FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA
DE DERECHO

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito—Ecuador

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta del mismo

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii "(…) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (…) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones" y literal vii "La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad".**

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

BIBLIOTECA
Instituto Derecho Comparado
Universidad Central
Quito - Ecuador
Nº 200 9274 Año .....
Precio 10 s. Donación .....

EL NIÑO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito — Ecuador


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

347.1
U2.99

EMILIO UZCATEGUI

EL NIÑO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

Segunda Edición ampliada y actualizada

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito—Ecuador

EDIT. CASA DE LA CULTURA ECUATORIANA
Quito-1955

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

INDICE

	Pág.
A manera de introducción	7
Qué debe entenderse por niño	11
Nacionalidad de los niños	17
Garantías fundamentales en favor del niño	20
Principio de la existencia de las personas	38
Clasificación de los hijos	45
Hijos legítimos	49
Obligaciones y derechos entre padres e hijos legítimos	56
Hijos reconocidos	72
Hijos no reconocidos	76
Permanencia del estado civil legalmente adquirido	90
Derecho a alimentos	92
Cómo se hacen efectivos los derechos	95
La paternidad, la filiación y la patria potestad en el Derecho Internacional Privado	103
Adopción de Menores	105
Tutela y guardas especiales	110
Administración de bienes por el tutor	123
Responsabilidad de los tutores	130
Deberes de los tutores en cuanto a crianza y educación	134
Casos especiales de guarda	136
Remuneración de los tutores	140
Incapacidades, excusas y remoción de los guardadores	144
Juicios sobre incapacidades, excusas y remoción de los guardadores	150
La tutela en el Derecho Internacional Privado	153
Patrimonio familiar	155
Incapacidades de los niños	157

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Pág.

Privilegios, garantías y excepciones concedidos por la ley en favor de los niños 161
Otras disposiciones de excepción relacionadas con niños 167
Trabajo de menores 169
Delincuencia infantil 175
Contravenciones y delitos cometidos contra niños 183
Excepciones en materia penal basadas en relaciones de familia y en razón de guarda 195
Defensa de menores 197
Reglas especiales de prescripción 198
Asistencia y protección de menores 200
El Seguro Social y los menores 206
Código de Menores 209
Legislación sobre higiene, sanidad y recreación infantil 225
Conclusiones 232
Notas 234
Bibliografía 237
Leyes ecuatorianas estudiadas 239


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1826
QUITO

A MANERA DE INTRODUCCION

Visión certera fue la de Ellen Key, eminente escritora y pedagoga sueca, cuando, al iniciarse esta centuria, la calificó de "Siglo de los Niños" en importante obra educativo-sociológica.

En efecto, un movimiento intenso, en cierto modo sistemático, y de positivos resultados en favor del niño, sólo puede encontrarse en lo que va transcurrido del presente siglo. De esta época, son las declaraciones de derechos de los niños, como la de Ginebra de 1923, la fundación de establecimientos de la significación y trascendencia del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia de Montevideo, la expedición de leyes de excepcional valor como el Código del Niño, promulgado en el Uruguay el 6 de abril de 1934 y el advenimiento de regímenes políticos, sincera y realmente interesados en la defensa y protección de la niñez.

Convencido de la utilidad de presentar orgánicamente lo que podríamos llamar el Estatuto del Niño Ecuatoriano, al seleccionar el tema que habría de servir para mi tesis doctoral, antes que repetir con mayor o menor acopio de erudición y con alguna novedad de forma quizá, los agotados comentarios de numerosos y afamados jurisconsultos, desde la Roma antigua, madre del Derecho contemporáneo, he preferido inves-

tigar, a través de la frondosidad de la legislación ecuatoriana, el lugar que ocupa, la importancia que se atribuye y el porvenir que se finca en la niñez.

Defecto de casi todos nuestros sistemas y construcciones ha sido asentarlos en el vacío, levantarlos a fuerza de imaginación, desdeñando e ignorando a porfía las bases de la realidad.

Mi trabajo estará, por tanto, exento de elucubraciones de toda clase; ofrecerá datos positivos y acaso alguna sugerencia. Constituirá la primera y fundamental parte de una obra demasiado vasta. Sólo persigue saber y precisar lo que es jurídicamente el niño en el Ecuador. Labor de más tarde, tal vez de ótros, será la presentación de cómo debe ser.

No presumo de ofrecer un trabajo completo en términos absolutos; mas puedo asegurar que no he dejado de estudiar ninguno de los Códigos ni de las Leyes de alguna importancia. Se prescinde, por cierto, de las leyes normativas de la educación, en todo aquello no relacionado con el objetivo propuesto.

Más que cualquiera otra cosa, esta labor ha sido de verdadera paciencia en la recolección y luego en la ordenación y presentación de los materiales.

Pero, en todo caso, esta investigación al menos servirá para fijar el estadio de nuestra evolución jurídica en todos cuantos problemas se refieren al niño ecuatoriano y han sido abordados por el legislador.

Cuando hace veinte años escribí esta monografía había un fuerte movimiento reformista en la legislación civil y así fue, como hallándose ya impreso casi el volumen entero, se expedieron importantísimas reformas al Código Civil, que lo hicieron adelantar particularmente en cuanto a los derechos y situación jurídica de la niñez. Expedido el decreto supremo Nº 94 de 11 de noviembre de 1935, me ví precisado a incluir

a manera de alcance una hojita sintetizando las principales reformas.

Desde entonces a estos días son muchos los progresos de nuestra legislación, siendo los más fundamentales la expedición del Código del Trabajo y la del Código de Menores, en 1938. Es muy grato constatar que algunas sugestiones de la primera edición han sido ya aceptadas.

Esta nueva edición, que la hago en vista de muchas solicitudes de la primera que está agotada desde hace muchos años, incorpora todas las reformas y avances de nuestra legislación acerca del niño e implica, por esta razón, en varios capítulos, una nueva redacción que los actualiza.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1826
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1826
QUITO

QUE DEBE ENTENDERSE POR NIÑO

Los romanos, de los cuales derivan todas nuestras instituciones jurídicas, más o menos intocadas únas, débil o fuertemente transformadas ótras, casi subconscientemente diríamos, hubieron de cimentar muchas de sus normas legales en el hecho capital del sexo, ni más ni menos que cualquier freudiano o pansexualista moderno.

Y he aquí que el gran Justiniano, siguiendo con leves modificaciones a los antiguos jurisconsultos, toma la pubertad, época del despertar de la sexualidad, como fundamento divisorio de las edades de los hombres: "... hemos establecido que la pubertad comience en los varones a los 14 años cumplidos, y dejamos subsistente la regla de que las mujeres lleguen a la edad núbil cuando cumplan los doce años", dice en las Institutas (I - XXII).

Para el derecho romano antiguo en el desarrollo psico-físico del hombre, distínguense dos hechos fundamentales determinantes de tres períodos o edades: 1) el uso de la palabra acompañado de discernimiento, cuya plenitud la establecieron al término del séptimo año, denominándose, por esto, **infancia** a esta primera etapa de la vida humana desde el nacimiento hasta los siete años cumplidos; **infans qui fari**

nequit decían los romanos para designar al que no puede proferir las palabras sacramentales de rigor en los actos civiles y caracterizados por falta de intelecto serio; 2) el aparecimiento de los caracteres sexuales diferenciales entre varón y hembra, íntimamente ligado al impulso de comunión sexual, fijado para los hombres en los 14 años y para las mujeres en los 12. Este fenómeno divide la impubertad que comprende los años que van del séptimo en que termina la infancia, al 12º o 14º, y la pubertad en la cual, para el derecho romano antiguo, se entra en la completa capacidad para obrar obligándose o actuando en juicio. .

Sólo más tarde, en el siglo 6º, en vista de los engaños de que eran víctimas los menores de 25 años, se estableció una nueva edad, la minoridad que comenzaba al término de la pubertad y concluía a los 25 años, en que se entraba de lleno a la plenitud de la capacidad, denominándose este período mayor edad. La **lex plaetoria de circumscriptione adolescentium** establece la protección de los púberes menores de 25 años.

Las Partidas ni el Código de Portalis, impropiamente llamado de Napoleón, nada precisan acerca de la pubertad ni de la niñez; no definen estos conceptos ni determinan su extensión. Limítanse a fijar el número de años que se requiere tener para contraer matimonio o para entrar en la mayor edad o plenitud de la capacidad jurídica.

El Código Civil Ecuatoriano, siguiendo con suma fidelidad al Chileno, dice en su artículo 21: "Llámase **infante** o **niño** el que no ha cumplido siete años; **impúber** el varón que no ha cumplido catorce y la mujer que no ha cumplido doce; **adulto** el que ha dejado de ser impúber . . ."

En estricto rigor jurídico, deberíamos entender por niño o infante a quien "no ha cumplido siete años" y, por tanto, a estas personas debería restringirse nuestro estudio. Pero, de un lado, para el mismo Código, como se comprende de su con-

texto, no es de importancia la distinción entre niño e impúber y, de ótro, el significado corriente y el anatomo-fisiológico de la palabra niño nos hace incluir en esta denominación a todos los individuos no adultos, es decir que no han llegado a la pubertad o a la nubilidad.

Para la Academia de la Lengua como para muchos diccionarios —el Espasa, entre ellos— niñez es el "período de la vida humana" o "edad primera de la vida que acaba en la adolescencia o pubertad". Niño es el individuo "que se halla en la niñez". Sólo para el término **infancia, infante** se circunscribe la edad hasta los siete años.

Nuestro trabajo seguirá este criterio, diferencial de niñez y edad adulta que es el mismo adoptado por el Código del Niño del Uruguay (art. 41) y por la Comisión de especialistas que redactó su exposición de motivos. Sin embargo, en la generalidad del estudio se considerará al menor dentro de las circunstancias que se precisan aquí.

Para afirmar la conveniencia de nuestro punto de vista, examinemos someramente algunos hechos que nos ofrece la fisiología a este respecto.

Si estudiamos los cambios que experimentan en los seres vivientes los órganos y sus funciones, podemos distinguir fácilmente dos grandes períodos de la vida, eslabonados por ótro intermedio. Aunque sus límites no pueden precisarse con exactitud, sus características son bastante marcadas y permiten señalar una edad aproximada para su comienzo y término, edad que difiere en atención al sexo.

Estos tres períodos fundamentales son: 1) de crecimiento que se extiende desde el nacimiento hasta los 25 años en la mujer, y hasta los 30, en el hombre, en que se adquiere la plenitud del desarrollo físico y moral; 2) de virilidad o intermedio que es una transición del período de crecimiento al de decrecimiento y constituye la edad adulta, abarcando desde los

25 hasta los 35 años en la mujer y de los 30 a los 60 en el hombre, y 3) de decrecimiento, decadencia o vejez que se inicia al final del período anterior y conduce al ocaso de la personalidad con la muerte.

Si bien, en lo criminal, interesa el período de vejez por las modificaciones que puede sufrir la imputabilidad de los delitos en atención a la edad, para la jurisprudencia, es de especial importancia el primero de los períodos, es decir, el de crecimiento, dentro del cual se distinguen cuatro etapas: infancia, puericia, pubertad o adolescencia y juventud.

Según los fisiólogos que aceptan esta división como la más conforme a la evolución somática y psíquica del individuo, tales períodos y sus subdivisiones son los más característicos y determinados, guardando aún cierta regularidad en su duración.

A este respecto, prescindiendo de ciertas modificaciones climatéricas y étnicas, es donde hay mayor acuerdo; todos coinciden en que la pubertad se inicia a los 14 años y la nubilidad a los 12. La niñez, en el sentido empleado por nosotros, incluirá las dos primeras etapas del período de crecimiento: la infancia y la puericia, o sea, todo el período comprendido entre el nacimiento de un individuo y la aparición de la pubertad.

Psicológicamente, el problema ofrece dos aspectos: el del desarrollo intelectual y el del desenvolvimiento moral.

Hay correlación positiva entre inteligencia y moralidad, si bien, siquiera aparentemente, preséntanse algunas excepciones. Es un hecho demostrado que, antes que los estigmas físicos, es la debilidad mental la más importante característica de los delincuentes, por lo menos en un 25%. A este propósito escribe Terman: "Si bien puede señalarse algunas pequeñas discrepancias en los resultados con respecto al monto del porcentaje de débiles mentales, no hay ningún investigador que

niegue el pavoroso papel que desempeña la deficiencia psíquica en cuanto atañe a la producción del vicio, del crimen, de la delincuencia en general". (1)

El mismo psicólogo explica por qué los débiles mentales están fuertemente predispuestos a la criminalidad. Se debe sencillamente a que "la moralidad depende de dos cosas: a) de la aptitud de prever y de pesar las consecuencias posibles en lo referente a nosotros mismos y a los demás, en relación con las distintas normas de conducta o de comportamiento que puedan observarse; b) de la voluntad y capacidad de ejercer control de las acciones y dirigirlas. Que hay muchos criminales inteligentes, es cierto, pero es debido al hecho de que el factor a), indicado en el párrafo anterior, puede existir sin el factor b). Por otra parte, b) presupone a a). En otros términos: no todos los criminales son débiles mentales; pero todos los débiles mentales son, al menos, posibles criminales, criminales "en potencia..." La moralidad no puede florecer y fructificar si la inteligencia se mantiene en un estado infantil" (2).

Por lo que respecta al primer factor, el meramente intelectual, por más que se ha trabajado y progresado inmensamente en cuanto a su medida objetiva, aún no hay completo acuerdo acerca de la edad precisa en que culmina su desarrollo y potencialidad.

En términos de Thorndike, se identifica inteligencia y capacidad de aprendizaje. Y bien, esta capacidad según observaciones del mismo psicólogo, aumenta hasta los 22 a 25 años, desde donde empieza a declinar suavemente. Terman señala los 16 años como promedio de la edad de madurez intelectual. Kuhlman-Anderson, por su parte, afirman: "la edad más alta, es decir, la "edad adulta", que debe emplearse como divisor al evaluar los cocientes de inteligencia ha sido colocada en varios puntos entre los 13 y los 20 años, por diferentes autori-

dades en la materia" (3). Estos dos psicólogos acogen la edad de 18 años como la más conveniente, advirtiendo sí que "el nivel medio del adulto es aún más alto". Las dificultades de mensura y, por consiguiente, para determinar la edad de plenitud de desarrollo moral, de completa evolución del carácter, para referirnos a este segundo factor de la conducta, son inmensamente superiores y bien poco se ha adelantado en esta materia. Mientras los tests para la medición de la inteligencia son numerosos y han alcanzado un elevado grado de exactitud, los tests para apreciar rasgos temperamentales, volitivos y de carácter, puede decirse que sobrepasan poco la etapa de ensayo. No existe todavía ninguna escala que permita medir con exactitud todos los aspectos de la personalidad.

Ante semejantes obstáculos que, sin duda, serán pronto vencidos por los investigadores, no nos cabe otra cosa que satisfacernos, por de pronto, meramente con los datos de la fisiología, para precisar los límites de los principales períodos de la vida. Convendría sí que para los actos jurídicos de importancia, la ley y los jueces tomaran en cuenta la posibilidad de medir la inteligencia de los individuos, en casos tales, como la determinación de la responsabilidad de un delincuente, en la aceptación de testimonios o en la apreciación de la validez de actos jurídicos de los deficientes mentales.

En todo caso, el presente estudio tomará en consideración que el Código de Menores Ecuatoriano declara como menor, para los efectos de la protección social a todo individuo humano desde su nacimiento hasta la edad de 21 años.

NACIONALIDAD DE LOS NIÑOS

La Constitución vigente (4) coincidiendo con la generalidad de las Cartas Políticas americanas, toma el **yus soli**, de un modo general, como base para establecer la nacionalidad de los componentes humanos del Estado Ecuatoriano.

Según el numeral 1º del artículo 9º "Son ecuatorianos por nacimiento:

1º—Los nacidos en el territorio nacional y que están comprendidos en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si ambos padres son ecuatorianos o extranjeros domiciliados en el Ecuador a la fecha del nacimiento del hijo, o si ambos son padres desconocidos;

b) Si uno solo de los padres es ecuatoriano y el hijo reside en el Ecuador o ha sido inscrito antes de los 18 años como ecuatoriano en el Registro de Nacimientos, o si, habiendo cumplido la edad expresada, no manifiesta voluntad contraria;

c) El hijo de padres extranjeros no domiciliados, que, cumplidos los 18 años, declara su voluntad de ser ecuatoriano".

Asimismo concede esta calidad de ecuatorianos por nacimiento —contemporizando con el **yus sanguinis**, y siguiendo en cierta forma la ficción de la extraterritorialidad— a

los enunciados en el numeral 2º del mismo artículo que dice: "Los nacidos en territorio extranjero y comprendidos en cualquiera de los casos siguientes:

a) Si el padre, o la madre, o ambos, son ecuatorianos que se hallen al servicio del Ecuador, en ese territorio, a la fecha del nacimiento del hijo;

b) Si el padre o la madre, o ambos, son ecuatorianos o extranjeros domiciliados en el Ecuador a la fecha del nacimiento del hijo, y éste, habiendo cumplido la edad de 18 años, no manifiesta voluntad contraria".

Hay también, en el artículo 10, la disposición que establece que "En general, se presume que es ecuatoriano por nacimiento quien hubiere nacido en el territorio de la República".

Son ecuatorianos por naturalización "Los nacidos en el exterior, de padres extranjeros que después se naturalizaren en el Ecuador, mientras sean menores de 18 años. En este caso, conservarán la nacionalidad si no la renuncian de manera expresa" (letra c, art. 11).

En las disposiciones precedentes se nota un fiel respeto al principio básico de que la nacionalidad no se impone. Naturalmente, tratándose de niños, no cabe inquirir su voluntad de ser nacionales de uno u otro Estado; pero se deja a salvo la posibilidad de que, a su tiempo, a los 18 años, puedan optar por la nacionalidad que más les agrade.

El Reglamento para la aplicación de la Ley de Extranjería, dictado el 14 de junio de 1950, por decreto Nº 985, consecuentemente con la Constitución, en su artículo 7º establece: "Los hijos menores del extranjero solicitante de Carta de Naturalización, podrán ser comprendidos en la solicitud y obtener la nacionalidad, siempre que estuvieren bajo la patria potestad, sin perjuicio de su derecho de optar por su nacionalidad de origen llegados a los 18 años".

En cuanto a los ecuatorianos, la disposición correlativa la encontramos en el artículo 14 del mismo Reglamento, cuyo texto es: "El ecuatoriano que se naturalizare en otro país pierde la nacionalidad ecuatoriana. Igualmente pierden la nacionalidad ecuatoriana la mujer y los hijos menores del ecuatoriano que se naturalizare en otro país, si por este hecho adquieren la nacionalidad extranjera; pero conservan su derecho para recobrar su nacionalidad de origen al término del matrimonio, o al alcanzar mayor edad respectivamente".

Para la movilización de los menores, el inciso tercero del artículo primero del Reglamento General de Pasaportes dispone: "El pasaporte es documento individual; pero podrán ser incluídos en el del jefe de familia, la mujer ecuatoriana y los hijos menores de 18 años".

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito—Ecuador

GARANTIAS FUNDAMENTALES EN FAVOR DEL NIÑO

Más comprensiva y generosa que las Constituciones anteriores, la de 1929, matizada con muy ligeros tintes socialistas, ya entrevé la necesidad de garantizar a la niñez siquiera algunos de sus primordiales derechos.

Es la primera vez que, en nuestro país, se consignan entre las garantías fundamentales, las relacionadas con la protección a la infancia y al hogar. De aquí, el alto significado del numeral 19 del artículo 151 que dice:

"La protección del matrimonio, la de la familia y la del haber familiar.

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

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

"Establécese el derecho de investigación de la paternidad, en la forma y en los casos que la Ley determine.

"El Estado, a falta de los padres, cuidará de crear para

los hijos ilegítimos condiciones suficientes para el mejor desarrollo físico, intelectual y social".

Desgraciadamente, los hermosos postulados que encierran los párrafos transcritos, por varios años no fueron otra cosa que meros enunciados lírico-filosóficos.

Solamente desde la administración del General Alberto Enríquez empiezan a convertirse en realidad las declaraciones legales en favor de la niñez con la expedición de la Ley Orgánica de Hogares de Protección Social y el establecimiento efectivo de muchos de los organismos creados por esta ley.

El mayor avance legislativo en la materia constituye la Carta Política de 1945, en la cual el artículo 142, detallando las garantías fundamentales, enumera principios justos aunque de cierto revolucionarismo como los siguientes: "Los hijos ilegítimos tienen los mismos derechos que los legítimos en cuanto a crianza, educación y herencia"; "La ley reglamentará todo lo referente a la filiación y sus derechos, y a la investigación de la paternidad. Al inscribir los nacimientos, no podrá exigirse declaración alguna sobre la calidad de la filiación"; "Se garantizan la defensa de la salud física mental y moral de la infancia y los derechos del niño a la educación y a la vida de hogar"; "El Estado creará para los menores que carezcan de protección familiar o económica, condiciones adecuadas para su desarrollo"; "En materia penal, los menores de edad están sometidos a una legislación especial protectora y no punitiva".

Por cierto, hay que reconocer que algunos de estos principios existían ya en la legislación secundaria, especialmente en el Código de Menores; pero esta vez son elevados a la categoría de garantías fundamentales constitucionales.

Muy poco más de un año duró esta Constitución, pues en diciembre de 1946, tras un golpe de Estado, se reune una nueva Asamblea, que dicta la Constitución en actual vigen-

cia, la que en varios aspectos y particularmente en cuanto al problema que nos ocupa, significa un indudable retroceso.

Las disposiciones pertinentes son: "El Estado ampara la maternidad y protege a la madre y al hijo, sin considerar antecedentes.

"El Estado creará para los menores de catorce años que carezcan de protección familiar y económica, condiciones adecuadas para su amparo y desarrollo". (Art. 162)

"El Estado protege y las leyes regularán el matrimonio, la familia y el haber familiar". (Art. 163)

"No solamente los hijos legítimos, sino también los ilegítimos, tienen derecho a ser criados y educados por sus padres, y a heredarles en los términos que la Ley establezca".

"En caso de concurrencia con hijos legítimos, cada hijo ilegítimo tendrá una porción hereditaria que será igual a la mitad de la que corresponda a cada hijo legítimo". (Art. 164)

"La Ley reglamentará todo lo referente a la filiación y sus derechos, y a la investigación de la paternidad. Al inscribirse los nacimientos, no podrá exigirse declaración alguna sobre la calidad de la filiación". (Art. 165)

"La madre trabajadora será objeto de particular solicitud. La mujer en gravidez no será obligada a trabajar en el lapso que fije la Ley anterior y posterior al parto, durante el cual tendrá derecho a remuneración completa. La madre gozará, además, durante el trabajo, del tiempo necesario para lactar a su hijo". (Art. 185, j)

"Se prohibe el trabajo de menores hasta de catorce años, salvo las excepciones que la Ley establezca, y se reglamentará el de los menores hasta diez y ocho años". (Art. 185, k)

Más bien se ha logrado algo en el campo de los principios básicos de la educación, ya que la gratuidad, laicismo y obligatoriedad de la enseñanza primaria, garantizadas en el numeral 21 del mismo artículo 151, de la Constitución de

1929 tienen alguna vida dentro de nuestras instituciones docentes, quizá porque su prescripción data de 1906, de la anterior Constitución.

El mentado numeral 21 disponía textualmente:

"La libertad de educación, de enseñanza y de propaganda.

"La enseñanza es libre, sin más restricciones que las señaladas en las leyes; pero la enseñanza oficial y la costeada por las Municipalidades son esencialmente seglares y laicas".

"La enseñanza primaria y la de artes y oficios, de carácter oficial, son gratuitas, y, en consecuencia, no se podrá cobrar derecho alguno ni aún a título de matrículas. Además, la primera es obligatoria, sin perjuicio del derecho de los padres para dar a sus hijos la enseñanza que a bien tuvieren.

"Ni el Estado ni las Municipalidades subvencionarán ni auxiliarán, en forma alguna, directa ni indirectamente otras enseñanzas que la oficial y la municipal.

"La enseñanza particular sólo podrá darse de acuerdo con las leyes y reglamentos del Ramo y sometiéndose a la vigilancia oficial".

El laicismo y el carácter de seglar afectaba a todas las ramas de la enseñanza impartida en los establecimientos del Estado y de las Municipalidades, instituciones que, de otro lado, estaban absolutamente prohibidas de prestar ayuda económica a los establecimientos privados de educación, prohibición que obedece a la necesidad de mantener la neutralidad plena del Estado en materia religiosa, evitando las preferencias del todo perjudiciales a la armonía social que se presentan desde cuando es legal que el Gobierno y los Municipios contribuyan con los fondos públicos, procedentes de individuos de todas las creencias, al fomento de alguna de ellas en particular.

La obligación y gratuidad correspondían tan sólo a la educación primaria, y a la enseñanza de artes y oficios en lo que se refiere a la segunda característica. Opinamos que convendría extender también a la segunda enseñanza el carácter compulsivo y gratuito de la educación, conforme ya es práctica en otros países.

Merecen también citarse, a este respecto, los artículos 168, 169 y 86 Nº 4 de la Constitución de 1929 que determinan respectivamente: a) la obligación del Estado de atender a la educación de la mujer de un modo preferente, ofreciéndola profesiones y oportunidades para una vida económica independiente; b) la garantía de que por lo menos el 20% de las rentas del Estado se destinarán anualmente en el Presupuesto General al sostenimiento e incremento de la Educación Pública. (El texto constitucional dispone el aumento progresivo de las rentas destinadas a la educación, durante 5 años, hasta alcanzar el 20% de las rentas generales, período que ya está cumplido rigiendo para lo sucesivo la cuota íntegra del 20%), y c) la excepción en favor de la Educación, como también de la Asistencia Pública, Sanidad, Ferrocarriles y Deuda Pública, por la cual deben respetarse los fondos destinados a estos servicios aún en el caso de que el Ejecutivo, en uso de las facultades extraordinarias, pueda invertir libremente, sin sujeción a las normas presupuestarias, las demás rentas del país. Esta excepción únicamente se halla limitada para el caso extremo de guerra internacional.

La Ley Orgánica de Instrucción Pública, vigente entonces, en su artículo 3º, reformado por Decreto Legislativo de 26 de noviembre de 1920, establecía sanciones para los funcionarios que, de cualquier modo, auxiliaren con fondos públicos forma alguna de enseñanza que no fuere seglar y laica, con lo que se reforzaba y daba eficacia a lo dispuesto por la Constitución.

La Constitución de 1945 fue también la más amplia y más progresista en cuanto a sus disposiciones referentes a la educación. Reproducimos el artículo 143 que contiene todo lo relativo al problema que nos ocupa:

"La educación constituye una función del Estado.

"Se garantiza la educación particular, ajustada a las leyes y a los reglamentos y programas oficiales.

"La educación oficial y la particular tienen por objeto hacer del educando un elemento socialmente útil. Deben inspirarse en un espíritu democrático de ecuatorianidad y de solidaridad humana.

"La educación pública debe tener unidad y cohesión en su progreso integral. Para ello se organizará de modo que exista una adecuada articulación y continuidad en todos sus grados. Empleará métodos que se fundamenten en la actividad del educando y desarrollen sus aptitudes, respetando su personalidad.

"La educación oficial es laica y gratuita en todos sus grados. Ni el Estado ni las Municipalidades pueden subvencionar otra educación que ésta; pero los servicios sociales serán suministrados, sin diferencia alguna, a todos los alumnos que los necesiten.

"La educación primaria es obligatoria. En la oficial el Estado proporcionará, sin costo alguno, los materiales escolares necesarios.

"El Estado y las Municipalidades cuidarán de eliminar el analfabetismo y estimularán la iniciativa privada en este sentido.

"En las escuelas establecidas en las zonas de predominante población india, se usará, además del castellano, el quechua o la lengua aborigen respectiva.

"El Estado atenderá especialmente al desarrollo de la educación técnica, de acuerdo con las necesidades agrícolas e industriales.

"Las Universidades son autónomas, conforme a la ley, y atenderán de modo especial al estudio y resolución de los problemas nacionales y a la difusión de la cultura entre las clases populares. Para garantizar dicha autonomía, el Estado procurará la creación del patrimonio universitario.

"Se garantiza la libertad de cátedra.

"La ley asegurará la estabilidad de los trabajadores de la enseñanza en todos sus grados y regulará la designación, ascenso, traslado, separación y remuneración de ellos.

"El Estado auxiliará a los estudiantes necesitados, a fin de facilitar su completa educación.

"En el presupuesto constará anualmente una partida destinada a becas para hijos de obreros, de artesanos y de campesinos.

"Se garantiza la libertad de organización de los profesores y de los estudiantes.

"La ley determinará la forma de intervención de los estudiantes en los asuntos directivos y administrativos de los institutos de educación".

Rota esta Constitución, en 1946, no fue ya posible que la nueva Asamblea Constituyente, con orientaciones y orígenes muy diferentes, mantuviera la vigencia de muchas de las conquistas alcanzadas en 1944 y 45.

La actual Constitución que aún quiso barrer con el laicismo, pero que no logró eliminarlo ante la enérgica defensa de educadores, periodistas y padres de familia, significa una marcha atrás en el progreso legislativo del país. El artículo precedente fue sustituído por los 171 y 173 en los que a más del retroceso ideológico, hay errores técnicos y de concepto, como se puede apreciar con el texto que transcribimos:

"La educación de los hijos es deber y derecho primarios de los padres o de quienes los representen. El Estado vigila-

rá el cumplimiento de ese deber y facilitará el ejercicio de este derecho.

"La educación y la enseñanza, dentro de la moral y de las instituciones republicanas, son libres.

"Las Municipalidades podrán subvencionar la enseñanza particular gratuita. Estas subvenciones no excederán del 20% de las rentas destinadas a educación. El Ejecutivo, cuando estime conveniente suministrar alguna ayuda, necesitará la aprobación del Consejo de Estado, para prestarla.

"La enseñanza primaria y la de artes y oficios, de carácter oficial, son gratuitas; y la primaria, sea oficial o particular, es obligatoria.

"Los servicios sociales escolares serán suministrados, sin distinción, en los establecimientos gratuitos, oficiales o particulares, a los alumnos que los necesitaren.

"En todos los grados de la educación se atenderá especialmente a la formación moral y cívica de los alumnos.

"En los organismos directivos nacionales de la enseñanza estarán representadas todas las fuerzas docentes del país, tanto oficiales como particulares, de conformidad con la ley.

"La Educación Oficial, sea Fiscal, Provincial o Municipal es laica, es decir, que el Estado como tal no enseña ni ataca religión alguna.

"El Estado respetará el derecho de los padres de familia o de quienes los representen para dar a sus hijos la enseñanza que a bien tuvieren". (Art. 171).

"El Estado fundará y mantendrá establecimientos especiales de enseñanza gratuita, de artes, oficios, comercio, agricultura y demás medios de trabajo remunerador, que serán, a la vez, de educación moral y cívica. En las escuelas y colegios se cultivarán, en secciones especiales de enseñanza objetiva, las aptitudes de los alumnos para el trabajo lucrativo.

"En los establecimientos oficiales de instrucción primaria

y de artes y oficios, el Estado suministrará gratuitamente los útiles indispensables para el aprendizaje, a los alumnos que carecieren de ellos". (Art. 173).

El artículo 172 declara la autonomía de las Universidades y por esta razón no necesitamos reproducirlo.

Hecho el estudio comparativo de las disposiciones transcritas de las dos Constituciones, es ostensible el antagonismo de los criterios que las han inspirado. La de 1945 reconoce y declara que la educación es función estatal; en la de 1946, el Estado pasa a ser un mero vigilante del derecho de los padres. La prohibición que el Estado y las Municipalidades tenían para auxiliar a los establecimientos no laicos se ha convertido en facultad para que lo hagan, con lo que se ha retrocedido medio siglo, ya que la prohibición indicada data de la Ley reformatoria de la Constitución de 1896. El resultado en la práctica es que mientras las instituciones oficiales carecen de lo fundamental y de que no hay recursos para aumentar profesores ni crear nuevas escuelas, ese mismo Fisco, pobre y urgido por necesidades no satisfechas, gasta en subvencionar una educación que no es la suya, algo así como si un padre de familia paupérrimo dejara de alimentar a sus hijos para ofrecer banquetes a los ajenos o a alguno de los propios vástagos que no se contenta con la modesta comida que le ofrece su hogar y exije una de privilegio. En el Presupuesto de 1954 se destinaron muchos miles de sucres a esta clase de subvenciones, a más de algunas cantidades extras ofrecidas por el Gobierno. Además algunos Municipios ampliando la atribución constitucional, subvencionan planteles religiosos que no son gratuitos y a los cuales no ampara la misma Constitución que tantos beneficios les dispensa.

*
* *

A fin de dar una visión completa del problema legal de la obligación escolar, reproduzco la parte pertinente de mi libro "La Obligatoriedad de la Educación en el Ecuador" publicado por UNESCO en 1952, dentro de la serie "Studies on Compulsory Education", Nº VII. (5)

La obligación escolar, que como se ha visto viene siendo garantizada constitucionalmente desde hace más de medio siglo, es reforzada y regulada por la Ley de Educación Primaria y Secundaria expedida en 1938 sobre la base del proyecto redactado por una comisión de técnicos educacionales.

El Art. 36 comienza por establecer que "A las escuelas de educación primaria concurrirán obligatoriamente hasta completar sus seis grados en las escuelas urbanas y cuatro en las rurales, los menores comprendidos entre los seis y los catorce años de edad".

Esta disposición se basa en el doble aspecto de la edad y de la zona en que vive el individuo. En principio el niño hasta los catorce años está obligado a concurrir a una escuela; pero como las regiones rurales disponen en general de escuelas de un solo o dos profesores y están organizadas únicamente para cuatro grados, la obligación tiene este otro límite impuesto por las circunstancias de ubicación de la escuela.

Más adelante la Ley tiene dos capítulos, el cuarto y el sexto que reglan la obligatoriedad escolar, el primero y el establecimiento de una categoría especial de escuelas conocidas como "prediales o industriales", y que tienden a contribuir a la extirpación del analfabetismo, el segundo.

He aquí las disposiciones textuales y vigentes sobre obligatoriedad de la educación.

"Art. 53.—El Ministerio de Educación formulará y distribuirá periódicamente a las Direcciones Provinciales de Educación las fichas escolares, las que servirán para el con-

trol de la asistencia de los alumnos a las escuelas primarias.

"Art. 54.—Las faltas de asistencia a las escuelas serán sancionadas por los Directores Provinciales, con multa de cinco a veinte sucres, impuesta a los padres, guardadores o patrones, según los casos.

"Art. 55.—Para el cómputo de la población escolar y control de la asistencia a las escuelas, el Ministerio del Ramo levantará anualmente el censo escolar, el que se realizará en toda la República, con la cooperación de las autoridades, funcionarios y Profesores de Educación Pública, siguiendo las directivas expedidas por el Ministerio.

"Art. 56.—Se excepcionará de la obligatoriedad escolar:

1.—Por enfermedad debidamente comprobada;

2.—Por anormalidad biológica que exija educación especial;

3.—Por falta de escuela primaria en un radio de cinco kilómetros del domicilio del alumno; y,

4.—Por recibir educación primaria a domicilio y previa la obtención de la ficha en una de las escuelas del Distrito.

"Art. 57.—El Reglamento del Régimen Escolar contemplará las sanciones por faltas no justificadas de los alumnos y las demás regulaciones de la obligatoriedad escolar.

"Art. 58.—No podrán ser empleados en ninguna clase de trabajos los menores de catorce años de edad, que no acrediten concurrir con regularidad a una escuela, a no ser que hubieren concluído los años de la educación prescritos por la Ley. El patrono que ocupare niños contraviniendo esta disposición, será penado con multa de cincuenta a quinientos sucres, impuesta por la respectiva Autoridad Escolar.

"Art. 59.—La matrícula en las escuelas primarias comenzará a partir del quince de setiembre en la Sierra, y del quince de marzo en el Litoral y las clases comenzarán, indefectiblemente, el primer lunes de octubre en la Sierra y el primer lunes de abril en el Litoral.

"Art. 60.—El Ministerio determinará las secciones del interior del país que, por sus características geográficas, deben ser consideradas como Litoral, para el efecto de la apertura de matrículas y comienzo y terminación de los cursos escolares.

"Art. 61.—Las matrículas en los planteles primarios quedarán abiertas en todo el año. Toda matrícula posterior al 15 de octubre en la Sierra y al 15 de abril en el Litoral se efectuará previa justificación o sanción reglamentaria".

Entre las atribuciones y deberes que señala la Ley a las diferentes autoridades de educación, encontramos invariablemente la de contribuir de alguna manera a hacer efectiva la obligatoriedad.

Así al Ministro de Educación le incumbe "Realizar la gratuidad y obligatoriedad de la educación en las etapas que señala esta Ley". (Art. 8º, Nº 3).

A los Inspectores de zona de Educación Primaria corresponde: "Procurar la efectividad de la reglamentación sobre obligatoriedad escolar, con el concurso de las autoridades políticas". (Art. 74, Nº 15).

A los Directores Provinciales de Educación, "Velar por el cumplimiento de la obligación escolar". (Art. 77, Nº 25).

A los Inspectores Escolares, "Dirigir el trabajo del censo escolar de acuerdo con el Reglamento respectivo". (Art. 83, Nº 2).

No queda exento de esta función el personal docente, pues Directores y Profesores de escuelas tienen el deber de "Velar por la obligatoriedad escolar y denunciar los casos de incumplimiento". (Art. 97, Nº 5).

Otros cuerpos de leyes afianzan y contribuyen al cumplimiento de lo prescrito en la Ley de Educación.

El Código del Trabajo toma en cuenta esta materia y consigna las siguientes prescripciones:

"Art. 83.—Prohíbese toda clase de trabajo por cuenta ajena, a los menores de 14 años con excepción de lo dispuesto en el capítulo del Servicio Doméstico.

"Con todo, el Inspector o Subinspector del Trabajo podrá autorizar el trabajo de menores comprendidos entre los 12 y 14 años, siempre que se acredite que han completado el mínimo de instrucción escolar exigido por la Ley, o que asistan a escuelas nocturnas, ateneos obreros o algún plantel de enseñanza primaria.

"Esta autorización será concedida sólo cuando se compruebe que el menor tiene evidente necesidad de trabajar para proveer a su propia sustentación, a la de sus padres o ascendientes con quienes viva que estuvieren incapacitados para el trabajo, o a la de sus hermanos menores que se encontraren en igual condición".

"Art. 84.—Los patronos que emplearen menores de 18 años que no hubieren terminado su instrucción primaria, estarán en la obligación de dejarles libres dos horas diarias de las destinadas al trabajo, a fin de que concurran a una escuela".

Con el propósito de asegurar más eficazmente esta obligación, el Art. 89 dispone: "En todo establecimiento que se ocupe a menores de 18 años deberá llevarse un Registro Especial en que conste su edad, la clase de trabajo a que se los destina, el número de horas que trabajen, el salario que perciben y la certificación de que el menor ha cumplido o cumple su obligación escolar.

"Copia de este Registro se enviará mensualmente al Inspector del Trabajo, sin perjuicio de enviarla también a la Oficina de Estadística y Colocación. Aquellos funcionarios podrán exigir las pruebas que estimaren convenientes para asegurarse de la veracidad de los datos declarados en el Registro".

Por último se establecen penas para los reacios al cumplimiento de estas leyes, como se ve en el Art. 94: "Las infracciones de las reglas sobre el trabajo de mujeres y menores serán penadas con multa de cincuenta a quinientos sucres, en cada caso, según las circunstancias, pena que doblará en caso de reincidencia.

"El producto de la multa o multas se entregará al menor o a la mujer perjudicados".

"La Policía cooperará con el Inspector del Trabajo y más autoridades especiales a la comprobación de estas infracciones".

El Código Civil Ecuatoriano también cuida de la educación de la niñez. Así el Art. 241 dice: "Corresponde de consuno a los padres, o al padre o madre sobrevivientes, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos".

Concordando con esto, el Art. 246 establece: "Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal".

Por muerte de uno de los padres esta obligación se transfiere al sobreviviente (Art. 247) y a falta de éstos o porque no disponen de recursos, son los abuelos legítimos los encargados de este deber. (Art. 249).

La dirección de la educación de los hijos está encomendada al padre y en su falta a la madre. (Art. 253).

Análogamente, en tratándose de hijos ilegítimos el cuidado y educación corresponden al que primero los reconoció (Art. 311) lo mismo que los gastos que demanden estos cuidados. (Art. 313).

Dentro del término educación se entienden, según expresión textual de la ley "por lo menos, la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión". (Art. 313).

Igualmente el Código Civil ordena que "Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de

proporcionar al alimentario menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio". (Art. 357).

Siempre con la finalidad de favorecer la educación de los menores, el Código Civil obliga a los tutores a preocuparse de la educación de sus pupilos; pero deben hacerlo conformándose a la voluntad de los padres en los términos que ya hemos explicado. (Art. 464).

El Art. 465 dispone: "El tutor, en caso de negligencia de la persona o personas encargadas de la crianza y educación del pupilo, se esforzará, por todos los medios prudentes, en hacerlos cumplir su deber; y si fuera necesario, ocurrirá al juez".

"Cuando los padres no hubieren provisto por testamento a la crianza y la educación del pupilo, suministrará el tutor lo necesario para estos objetos, según competa a la posición social de la familia, sacándolo de los bienes del pupilo, y en cuanto fuere posible, de los frutos". (Art. 467).

Otra garantía más se da, para la educación del pupilo, al disponer que "La continuada negligencia del tutor en proveer a la congrua sustentación y educación del pupilo, es motivo suficiente para removerle de la tutela". (Art. 470).

El Código Penal, en el cual con la reforma de 1938 se refundió el de Policía, al incorporar en aquél las contravenciones, contiene también normas que tienden a la efectividad de la obligación escolar.

Así en el Libro III, Art. 578, al sancionar a los padres que incurren en esta infracción, se considera como contravención de primera clase, esto es, de las que se reprimen con multa de dos a diez sucres, la contenida en el numeral 57 que dice: "Los padres de familia que abandonaren a sus hijos, no procurándoles la educación que permiten y requieren su clase y facultades; o que fueren remisos y negligen-

tes en procurar que asistan a las escuelas de instrucción primaria siempre que no tengan legítima excusa".

El Código de Menores expedido en 1938 con el objeto de dar protección a todos los menores, establece también en su Art. 4º que "La protección del menor comprende los siguientes aspectos: la salud y el desenvolvimiento físico y mental, el resguardo del derecho del niño a un hogar, la adaptación social y familiar y la formación profesional e intelectual del mismo".

Para cumplir con esta finalidad ha organizado y mantiene el Ministerio de Previsión Social una variedad de establecimientos denominados genéricamente "Hogares de Protección Infantil" y que son de carácter preescolar, escolar y profesional, hallándose destinados todos ellos a "la recuperación física, la educación y rectificación de los menores protegidos". (Art. 7º).

Varias normas del Reglamento de Régimen Escolar, las que se encuentran en el Capítulo II, determinan la manera de coadyuvar al cumplimiento de la obligatoriedad de la concurrencia a una escuela primaria.

Las disposiciones relacionadas con esta materia pueden verse en los siguientes artículos:

"Art. 6º—Los padres, guardadores o patronos de los niños comprendidos en la edad escolar de seis a catorce años, que no hubiesen matriculado en escuelas a sus hijos o pupilos hasta el 15 de octubre en la Sierra y hasta el 15 de abril en el Litoral, pagarán una multa de cinco a cincuenta sucres, impuesta por el Director Provincial de Educación. No es necesario que los padres, guardadores o patronos matriculen personalmente a sus hijos, pupilos o domésticos, si el año anterior los hubieren matriculado en la misma escuela.

"Art. 8º—Para ser matriculado en una escuela pública o particular se requiere: a) Encontrarse en edad escolar;

b) No tener enfermedad contagiosa; en los casos de duda, el Director suspenderá la matrícula y pedirá la intervención del médico escolar, quien informará en un plazo no mayor de quince días acerca del estado de salud del niño".

La disposición contenida en el Art. 5º de este Reglamento facilita y afianza el cumplimiento de la obligación escolar, pues aunque fija fechas para la apertura de matrículas y para la terminación del período dentro del cual debe darse cumplimiento a este deber, establece por otra parte que las matrículas quedarán abiertas durante todo el año, con lo cual los padres o guardadores no tienen excusa ni pretexto para dejar de enviar los niños a la escuela.

En conexión con la materia que tratamos, debe citarse también el artículo 597 del Código Penal, numeral 57, por el que se considera contravención de primera clase, penando, por tanto, con multa de dos a diez sucres a "Los padres de familia que abandonaren a sus hijos, no procurándoles la educación que permiten y requieren su clase y facultades; o que fueren remisos y negligentes en procurar que asistan a las escuelas de instrucción primaria, siempre que no tengan legítima excusa".

*
* *

Relativamente a las garantías fundamentales en favor del niño, aunque no constan en el texto mismo de la Constitución, debemos citar las establecidas por la Ley de Cultos de 1904 que, en guarda de los derechos inalienables como el de la libertad personal, impide el enclaustramiento de menores de 18 años. La clausura perpetua es de tal trascendencia para el individuo y la sociedad que no cabe permitir que se entreguen inadvertidamente a ella quienes no se hallan en la plenitud de su juicio y conocimiento. Así como

se protege contra los peligros que comportan los demás individuos a quienes no tienen suficiente discernimiento, así también, justo es que se ampare al menor de una absoluta y definitiva pérdida de libertad, de una abdicación completa de su categoría de hombre. Bien hicieron, pues, los legisladores de 1904 al dictar la Ley de Cultos prohibiendo el noviciado para los menores de 18 años en los siguientes artículos:

"Art. 6º—Prohíbese también la fundación de nuevas órdenes religiosas, así como el noviciado para lo sucesivo, en los conventos de clausura perpetua o de vida contemplativa".

"Art. 10.—En las comunidades donde no se prohibe el noviciado, sólo se permitirá el ingreso a ellas, en calidad de novicios, a las personas mayores de diez y ocho años".

PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

Esencia del derecho civil es la protección jurídica de la propiedad. La pugna de intereses, especialmente en lo que respecta a la sucesión de las personas, o sea, al traspaso de los bienes de un individuo a ótro por causa de muerte —en razón de herencia— ha determinado un conjunto de sistemas antagónicos y complicados en cuanto a precisar el momento mismo en que comienza un individuo a existir, esto es, el instante en que se hace sujeto de derechos.

El artículo 66 de nuestro Código Civil fija el momento legal en que principia la existencia de las personas:

"El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, siempre que viva veinte y cuatro horas a lo menos, desde que fue separada completamente de su madre".

"La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación veinte y cuatro horas a lo menos, se reputará no haber existido jamás".

Los sistemas principales que sientan normas acerca del

principio de existencia de las personas son cuatro, según lo resume el Dr. Luis F. Borja: (6)

1º) El romano que exige que la criatura haya nacido viva, con forma claramente humana y que sea viable.

2º)—El del Código Napoleón que requiere al menos la existencia por un instante y viabilidad.

3º) El de los Códigos Chileno y Argentino para los cuales es preciso que la criatura haya vivido por lo menos un instante después de la separación del vientre materno; y

4º) El de la Novísima Recopilación, que es el del proyecto de Goyena, seguido por nuestro Código, y en el cual es indispensable para considerar que una persona ha existido civilmente, que haya vivido por lo menos veinte y cuatro horas después de la separación del vientre materno.

En todos estos sistemas se habla de que el niño haya vivido un tiempo determinado, por mínimo que sea, y en este requisito está cabalmente la clave de las dificultades.

¿Cuándo ha nacido vivo un niño? Es una pregunta que mejor pueden responder los biólogos que los jurisconsultos. Atentas las funciones esenciales a los organismos vivientes, la medicina legal ha tomado el fenómeno respiratorio como medio de evidenciar si un niño ha vivido o no. La presencia de aire en los alvéolos pulmonares es el signo de vida admitido como inequívico por los médicos forenses. Las diferentes clases de docimasia son los métodos científicos que permiten afirmar si el recién nacido ha vivido o no aunque sea un instante.

El segundo inciso del artículo que estudiamos —que establece la presunción de derecho de inexistencia total de quien, por una causa cualquiera, no ha completado 24 horas de vida independiente del claustro materno y del ligamen umbilical —no autoriza, en forma alguna, el infanticidio. Al contrario, el artículo siguiente, el 67, prevé la protección

de estos niños en la siguiente forma: "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

"Todo castigo a la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse, hasta después del nacimiento".

El Código Penal acentúa más esta protección al niño en gestación, al disponer, con laudable espíritu humanitario, en su artículo 59: "Ninguna sentencia en que se imponga pena de reclusión, se notificará a una mujer embarazada, sino sesenta días después del parto. . ."

El Dr. Pérez Borja, comentando este artículo, opina que "debe entenderse en el sentido de que la sentencia no debe pronunciarse o que no debe presenciar la mujer que se encuentre en el caso del artículo 46", hoy 59. Este artículo que corresponde al 38 del anterior Código Penal, ha omitido la expresión "ni se ejecutará", lo que en nada modifica la índole precisa de la disposición, menos aún si se la interpreta en la forma propuesta por el Dr. Pérez Borja, que es la más razonable.

*
* *

Más arduo y delicado es el problema de fijar la fecha legal de la concepción, desde que la misma ciencia tan sólo la presume basada en conjeturas que fluyen de ciertas manifestaciones externas.

He aquí la regla acogida por nuestro Código, en su forma textual:

"Art. 68.—De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

"Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento".

El vicio fundamental de que adolece es el mismo de todos aquellos artículos que precisan fechas y períodos fijos para fenómenos psíquicos o fisiológicos tan variables por su naturaleza de un sujeto a ótro. En lo cual no hace sino seguir exactamente las leyes romanas, basadas, en este punto, en la autoridad de Hipócrates.

Tan grande como es la importancia de fijar la fecha de la concepción, así es de enorme la dificultad de realizar con exactitud esta determinación. Es uno de los problemas más oscuros de la ciencia, dada la imposibilidad de su verificación práctica. Se comprende lo invencible de las dificultades, si se tiene en cuenta que no siempre coincide el momento de la cópula con el de la fecundación; que en una misma mujer hay diferencias de tiempo de duración de las gestaciones, las que son mucho mayores de una mujer a ótra; que no siempre corresponde exactamente el lapso de la gestación con el tiempo que media entre la concepción y el nacimiento, y que, de otra parte, los intereses contrapuestos se esfuerzan por falsear, a veces, y ocultar, en ótras, los datos que sirven de antecedentes a la fijación de la fecha de concepción. En vista de numerosas observaciones realizadas desde antiguo por notables hombres de ciencia, el profesor chileno Ramírez Frías concluye:

"1º Que la inmensa mayoría de los partos se verifican de 270 a 280 días después de la concepción (249 veces en las 925 que cita el doctor Veyga);

"2º Que el día más favorecido es el 274;

"3º Que especialmente también hay partos tardíos que

alcanzan hasta el día 332 o 336 (25 casos de los 925 que aduce el señor Veyga);

Según este último autor, Veyga, el plazo más corto observado es de 210 días, aunque no le atribuye plena fe. Sin embargo, los avances de la ciencia han permitido conservar con vida a un 30% de los niños nacidos de seis meses.

Para obviar los errores e inconvenientes de nuestro rígido sistema que fija los períodos máximo y mínimo en disconformidad con los datos de la ciencia, el citado profesor argentino Veyga propone que se establezca como presunción el plazo mínimo de 250 o 180 días y el máximo de 300; "pero admitiendo en uno y otro caso prueba de filiación".

Por su parte, Ramírez Frías sometió a la consideración del Congreso Científico Internacional Americano de Buenos Aires de 1910 estas dos proposiciones, que estimamos muy aceptables:

"1ª Deben revisarse las disposiciones legales relativas a la fecha de la concepción de una criatura a fin de adoptar un sistema que consulte en la mejor forma posible los datos de la ciencia y las conveniencias jurídicas y sociales.

"2ª Son inadmisibles en esta materia las presunciones **juris et de jure**".

El artículo 69 de nuestro Código Civil, según acertadamente lo resume el Dr. Borja, se contrae a dar forma detallada a este importante principio del Derecho Romano: "La criatura que está en el vientre materno se reputa nacida cuando se trata de su utilidad". El texto del artículo es el siguiente:

"Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hu-

biese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del artículo 66 inciso 2º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido".

A propósito de esta materia, debemos anotar que por el artículo 28 del Código de Derecho Internacional Privado "Sánchez de Bustamante" —incorporado en nuestro derecho positivo previa aprobación por la Legislatura de 1932— debe aplicarse "la ley personal para decidir si el nacimiento determina la personalidad y si al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, así como para la viabilidad y los efectos de la prioridad del nacimiento en el caso de partos dobles o múltiples".

*
* *

Por la Ley de Registro Civil, cuya codificación vigente data del 21 de junio de 1948 y que comenzó a regir el 1º de enero de 1901, se establece en cada parroquia y cabecera de cantón una Oficina de Registro Civil, a cargo del Teniente o Jefe Político respectivamente, oficinas que, entre otros libros, deben llevar por duplicado los Registros de Nacimientos y de Reconocimientos y Legitimaciones de hijos ilegítimos (Art. 3º), cuyar partidas o inscripciones tienen el carácter de instrumentos públicos (Art. 4º).

El Registro de Nacimientos que es materia del Capítulo 3º de la ley contiene la inscripción de todos los nacimientos acaecidos en el territorio de la República y de los hijos de ecuatorianos, verificados en el exterior.

Cada uno de estos registros consta de tres secciones destinadas: a) a los hijos legítimos; b) a los ilegítimos y c) a los expósitos o abandonados.

La obligación de inscribir al hijo legítimo, que debe cumplirse dentro de los diez días subsiguientes al parto, re-

cae en primer término, en el padre; por imposibilidad de éste, corresponde a la madre, y por impedimento de uno y ótro, al pariente más próximo, de mayor edad y residente en el lugar del nacimiento.

Los administradores deben declarar, asimismo, dentro de diez días, los nacimientos que se produzcan en los hospitales, cárceles y más establecimientos análogos que estén a su cuidado.

Los administradores de Casas de huérfanos o la persona que encontrare a un recién nacido harán igualmente la declaración, presentando en la Oficina de Registro Civil al niño abandonado junto con los documentos y objetos que se encontraren con él (Art. 15 a 29 de la ley).

CLASIFICACION DE LOS HIJOS

La injusticia social es tal que muchas veces se encarna en los Códigos hechos para la imposición del bien y la equidad. La intolerancia de las gentes y su incomprensión de los fenómenos biológicos y sociales han hecho arraigar hasta en las legislaciones modernas instituciones como la llamada "vindicta pública" que, en su implacable venganza, no se detiene ni ante los seres inocentes e indefensos como los niños para castigar con crueldad, supuestas o efectivas faltas de sus padres. Sólo así puede concebirse una explicación de la clasificación demasiado artificiosa de los hijos que hace el Derecho Civil desde los tiempos romanos hasta los nuestros. Aún prescindiendo en absoluto —pues, es materia de ótro y profundo estudio— de la licitud de las relaciones sexuales extramatrimoniales, no podemos justificar, de ninguna manera, que los niños hayan de nacer en diversidad de condiciones económicas y jurídicas, en expiación de un acto en el que no tienen ni pueden tener la menor responsabilidad. Al contrario, el niño que viene al mundo, expuesto a padecer todos los sufrimientos, es más bien una víctima que necesita amparo.

Los artículos 30 a 35 del Código Civil que definían las

distintas categorías de hijos hasta la reforma de 1935 no requieren de mayor comentario para los efectos de nuestro estudio, a más de éste general y adverso a su existencia. Nos limitamos, por tanto, a presentar un cuadro de la clasificación de los hijos, de acuerdo con el sistema del derecho civil ecuatoriano antiguo y a transcribir después, el texto literal de los indicados artículos.

- **HIJOS**
  - **Legítimos**
    - Concebidos durante el matrimonio
    - Legitimados por matrimonio posterior
  - **Ilegítimos**
    - Reconocidos: naturales
    - No reconocidos: simplemente ilegítimos
    - De reconocimiento prohibido: de dañado ayuntamiento.
      - adulterinos
      - incestuosos
      - sacrílegos

En cuanto al último grupo de hijos, opinamos que, desde que hay separación entre la Iglesia y el Estado y siendo esencialmente laicas la Constitución y las leyes ecuatorianas vigentes, era absurdo que subsistiera como grupo aparte el de los hijos sacrílegos, los cuales, según nuestro modo de ver, podían perfectamente ser reconocidos o legitimados, subsistiendo la prohibición tan sólo para los incestuosos y adulterinos. Además, aboga en favor de nuestro razonamiento el hecho de que la Ley de Matrimonio Civil no prohibió jamás a los sacerdotes que contrajeran matrimonio.

A manera de curiosidad histórica reproducimos los ar-

tículos pertinentes que estuvieron en vigencia hasta 1935.

"Art. 30.—Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que surta efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción. Todos los demás son ilegítimos.

"Art. 31.—Los hijos ilegítimos son, o naturales, o de dañado ayuntamiento, o simplemente ilegítimos.

"Se llaman naturales los que han obtenido el reconocimiento de su padre, o madre, o de ambos, con arreglo al título XII de este libro. (Se refiere al Primero).

"Se llaman de dañado ayuntamiento los adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

"Los que no son reconocidos como naturales, ni provienen de dañado ayuntamiento, se llaman simplemente ilegítimos.

"Art. 32.—Es adulterino el concebido en adulterio, esto es, entre dos personas de las cuales una a lo menos, al tiempo de la concepción, estaba casada con ótra; salvo que dichas dos personas hayan contraído matrimonio putativo, que respecto de ellas surta efectos civiles.

"Art. 33.—Es incestuoso para los efectos civiles:

"1º El concebido entre padres que estaban, uno con ótro, en la línea recta de consaguinidad o afinidad;

"2º El concebido entre padres de los cuales el uno se hallaba con el ótro en el segundo grado trasversal de consaguinidad o afinidad; y

"3º El concebido entre padres de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del ótro.

"La consanguinidad y afinidad de que se trata en este artículo comprenden la legítima y la ilegtima.

"Art. 34.—Es sacrílego el concebido entre padres de los cuales alguno era clérigo de órdenes mayores, o persona li-

gada por voto solemne de castidad, en orden religiosa reconocida por la Iglesia Católica.

"Art. 35.—Las denominaciones de legítimos, ilegítimos, naturales y las demás que, según las definiciones precedentes, se dan a los hijos, se aplican correlativamente a sus padres".

La última edición del Código Civil, de junio de 1950, incorpora en forma codificada las reformas hechas hasta la fecha y, por esto, desaparece la infamante clasificación y denominación de los hijos y en vez de los varios artículos destinados a definirlos, sólo consta el 29 que dice:

"Los hijos son **legítimos o ilegítimos.**

"**Legítimos,** los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que surta 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 por ambos, o aquéllos que hayan sido declarados tales por resolución judicial".

En el artículo 30 se añade que "Las denominaciones de **legítimos** e **ilegítimos** que, según las definiciones precedentes, se dan a los hijos, se aplican correlativamente a sus padres.

Es al gobierno del Ing. Federico Páez a quien debemos esta trascendental reforma que, desde luego, es susceptible de mayores progresos.

HIJOS LEGITIMOS

El artículo 202 del Código Civil no hace sino repetir la definición de hijos legítimos dada en el 29.

El siguiente artículo, en bien de los hijos y a fin de evitar los escandalosos litigios que, de otra manera, se producirían, establece la presunción de derecho por la que se reputa concebido en el matrimonio y, por tanto, hijo legítimo del marido, al nacido después de los 180 primeros días del matrimonio. La única excepción a esta regla, que permite al marido impugnar la paternidad que le atribuye presuntivamente la ley, tiene lugar cuando éste demuestra convincentemente que estuvo en imposibilidad física absoluta de cumplir las funciones sexuales con su mujer durante los 120 días —establecidos en el artículo 68— que median entre los 180 y los 300 contados hacia atrás desde las doce de la noche en que principie el día del nacimiento. El sentido de la disposición de nuestro Código es más amplio que el atribuído por los redactores del Código Napoleón, pues, la imposibilidad física de acceso a la mujer puede deberse a ausencia por viaje, a enfermedad, o simplemente a impotencia.

La sola circunstancia del adulterio comprobado de la mujer no es suficiente para que el marido pueda rechazar al hijo como suyo. Precisa, además, que el adulterio se haya consu-

mado durante el período legal en que pudo verificarse la concepción y la concurrencia de otros hechos que permitan inferir con certeza que el marido es el padre.

Sólo al marido le es lícito impugnar la legitimidad del hijo concebido en matrimonio; pero únicamente puede hacer uso de este derecho dentro del breve plazo de 60 días contados desde aquél en que tuvo noticia del parto. Se trata de un derecho personalísimo que se trasmite exclusivamente a los herederos del marido y a quienes pudiera perjudicar el reconocimiento de la falsa legitimidad de un niño, siempre que haya muerto el marido antes de expirado el plazo legal fijado para la impugnación por éste.

El derecho a ejercer la acción de desconocimiento de la legitimidad del hijo, como bien lo establece Borja (Estudios sobre el Código Civil, tomo 4º, página 36) caduca al llegar la media noche del 60º día, pues, transcurridos los expresados 60 días, el hijo queda **ipso jure** en la calidad de legítimo, cosa que no podría suceder si se aceptara que hay mera prescripción.

Por lo demás, reconocida la legitimidad por el padre ya sea en testamento u otro instrumento público queda definitivamente establecida, sin que nadie pueda discutirla.

Disuelto un matrimonio o declarada su nulidad, lo que equivale a la disolución por causa de muerte, el juez declarará la ilegitimidad del hijo nacido después de los 300 días subsiguientes. Y esto lo hará a petición de los ascendientes del marido o de cualquiera que tenga interés actual en ello.

El lapso de los 300 días, en caso de imposibilidad física de tener acceso a su mujer, se contará desde la fecha en que comenzó tal imposibilidad del marido.

El plazo para deducir la acción de impugnación de legitimidad, ya sea por el marido, ya por los ascendientes o herederos de éste a quienes la ley concede este derecho es de 60

días contados desde aquél en que supieron del nacimiento del niño o de la muerte del presunto padre, según los casos.

Si el hijo no tiene guardador, el juez le nombrará un curador **ad litem** y, en todo caso, se citará a la madre, como especialmente interesada en la defensa de la legitimidad; pero sin que constituya para ella una obligación el comparecer en juicio.

Aunque los comentaristas justifican en razones de moralidad el tercer inciso del artículo 211 que desecha la confesión de la mujer de haber concebido un hijo en adulterio, nosotros estimamos que sería preferible dar crédito a este testimonio por proceder de la persona más interesada en el bienestar del niño. No concebimos, sino como una rarísima excepción, reveladora de perversidad, el caso aludido por el Dr. Borja de que una madre recurra al "infame arbitrio de favorecer a los otros hijos a expensas de los bienes y la honra de aquél cuya legitimidad se ha puesto en tela de juicio" (Tomo 4º, página 76). Mucho más general y verosímil es el caso opuesto, es decir, que la mujer para defenderse del oprobio de que la sociedad rodea a la esposa infiel y para asegurar bienestar a su hijo lo haga aparecer como legítimo aún a conciencia de ser producto de adulterio.

Mientras se tramita el juicio, la ley presume la legitimidad con lo que no hace sino favorecer, con razón, la situación del niño, atribuyéndole la más ventajosa de las categorías por ella misma establecidas.

Bastante injusta —sobre todo en el caso de no haber ejecutado la mujer actos que perjudiquen a los herederos interesados en la declaración de ilegitimidad—es la disposición de la parte final del artículo 212 que obliga a la madre que pierde el litigio a indemnizar los perjuicios provenientes de él y que pueden englobarse en tres grupos: 1) los gastos del juicio; 2) el costo de alimentación y educación sufragados de bienes

de los herederos del marido, y 3) los frutos de los bienes hereditarios percibidos por el hijo y no restituídos a los herederos.

Si como consecuencia lógica del divorcio, se establece la separación de cuerpos, es obvio que "El concebido durante el divorcio de los cónyuges no tiene derecho para que el marido le reconozca por hijo suyo", desde luego con la justa excepción, en favor de la legitimidad y por ende en provecho del hijo, "a menos que probare que el marido, por actos positivos, le reconoció como suyo, o que, durante el divorcio, intervino reconciliación privada entre los cónyuges".

No están precisados cuáles son estos actos positivos; pero deben entenderse como tales, el trato como hijo legítimo, el suministro de alimentos, el cuidado de su educación.

En el deseo de que la filiación sea debidamente establecida y para salvaguardar los intereses económicos del hijo póstumo y de los herederos del nacido muerto, la ley faculta a la viuda para denunciar su preñez a los interesados en la sucesión del difunto, también dentro del plazo de 30 días contados desde aquél en que supo el fallecimiento del marido. Si ha procedido de buena fe, lo que se presume legalmente, tiene derecho a que del acervo de la herencia se le provea lo necesario a su subsistencia mientras dure la gestación y a los gastos del parto y su convalecencia. La mala fe de la mujer debe probarse y puede consistir en que fraudulentamente se ha hecho pasar por embarazada o en que el hijo haya de reputarse ilegítimo por haber nacido después de los 300 días subsiguientes a la muerte del marido o, por impugnación de los interesados en caso de probarse la imposibilidad física de acceso a su mujer con anterioridad a su muerte.

El artículo 195, haciendo una excepción en esta materia, concede facultades discrecionales al juez para que, en vista del dictamen de facultativos, declare a cual de los ma-

ridos pertenece el hijo habido en mujer que ha pasado a otras nupcias.

En el artículo 29 se concede el carácter de legítimo a los hijos productos de unión libre; pero cuya calidad se legaliza por el matrimonio que contraen con posterioridad sus padres. El fundamento de esta institución es permitir reparar la prescindencia que, de las leyes sobre la familia, han hecho los padres, otorgando al hijo los derechos y privilegios que, de otra manera, le estarían vedados. La justicia y necesidad de este sistema es tal que apenas hay un país, como Inglaterra, que lo rechace.

Nuestro Código admite con bastante liberalidad el sistema, aunque impone la siguiente restricción: El matrimonio putativo no basta para legitimar a los hijos que hubieren sido concebidos antes de que éste se verifique (Art. 224). En la legislación anterior se prohibía legitimar a los niños concebidos en adulterio.

Salvo estas limitaciones, el matrimonio posterior de los padres legitima **ipso jure** a los hijos concebidos antes y nacidos durante él, como también a los que legalmente hubieren sido reconocidos como hijos ilegítimos de ambos contrayentes. En los demás casos, la legitimación exige instrumento público que puede otorgarse en cualquier momento después de celebrado el matrimonio, con notificación de la persona que se trate de legitimar, de su tutor, curador o marido, si no tiene la libre administración de sus bienes, o de sus hijos legítimos, si es muerto aquél a quien se quiere legitimar.

El legitimado tiene derecho a aceptar o repudiar la legitimación; pero deberá hacerlo por instrumento público. Si no se pronuncia en ningún sentido dentro de los 90 días subsiguientes a la notificación, se presume que acepta, excep-

ción hecha del caso de probarse que estuvo imposibilitado para declarar su repudiación en el tiempo hábil.

La repudiación o aceptación pueden hacerla libremente los que no están sujetos a potestad marital o no requieren de tutor o curador para la administración de sus bienes. Los demás necesitan consentimiento del marido o del guardador, según el caso, o autorización judicial. De todos modos, se precisa que el juez se pronuncie previamente con conocimiento de causa.

En cuanto a la impugnación por otras personas distintas de la legitimada, he aquí lo que dicen los siguientes artículos del Código:

"Art. 234.—La designación de **hijos legítimos, aún con la calificación de nacidos de legítimo matrimonio,** se entenderá comprender a los legitimados, tanto en las leyes y decretos, como en los actos testamentarios y en los contratos; salvo que se exceptúe señalada y expresadamente a los legitimados.

"Art. 235.—La legitimación del que ha nacido después de celebrado el matrimonio, no podrá ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma manera que la legitimidad del concebido en matrimonio.

"Art. 236.—En los demás casos podrá impugnarse la legitimación, probando algunas de las causas siguientes:

"1ª Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante, según el artículo 68;

"2ª Que el legitimado no ha tenido por madre a la legitimante; sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título **De la maternidad disputada;**

"3ª Que el matrimonio no ha podido producir la legitimación, según el artículo 224.

"No serán oídos contra la legitimación sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos

del padre o madre legitimantes; éstos en sesenta días contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquéllos en los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho.

"Art. 237.—Sólo el supuesto legitimado, y en el caso del artículo 232 sus descendientes legítimos, llamados inmediatamente al beneficio de la legitimación, tendrán derecho para impugnarla, por haberse omitido la notificación o la aceptación prevenidas en los artículos 228, 230 y 232".

No hay diferencia en cuanto a los derechos de los legítimos propiamente dichos y de los legitimados. Los beneficios de la legitimación se extienden, naturalmente, a toda la descendencia legítima del legitimado; pero sólo tienen valor desde la fecha en que se celebró el matrimonio que la produce.

*
* *

Los reconocimientos y legitimaciones deben inscribirse en análoga forma a los nacimientos, según el capítulo quinto de la Ley de Registro Civil. El deber de hacer estas inscripciones es atribuído por la Ley a las personas que los hubiesen otorgado. Si son repudiados estos reconocimientos o legitimaciones, tienen el deber de hacer la respectiva inscripción, aquéllos que hubieren hecho uso de este derecho (Arts. 36 a 43)

OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE PADRES E HIJOS LEGITIMOS

Hemos afirmado ya que la base y objeto de la clasificación de los hijos es la concesión de tales o cuales derechos. El espíritu intensamente romano que inspira y domina toda nuestra legislación se pone de relieve especialmente al tratar de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos. Olvida el Código, como olvidó el Derecho Romano, que el niño no tiene la menor de las responsabilidades por el hecho fortuito de su nacimiento, y comienza por imponerle obligaciones, para, sólo una vez afirmadas éstas, señalar sus derechos. Un concepto más justiciero y moderno debería tener una base completamente opuesta. Para nosotros, lo primordial son los derechos de los niños; lo demás, un reflejo, una consecuencia de ellos.

Edward Westermark (7) explica la autoridad paterna por la superioridad física, intelectual y de experiencia que naturalmente tienen los padres con respecto a sus hijos, los que, mientras más tiernos, más indefensos se hallan ante sus propios padres y el mundo. Los derechos paternos, que equi-

valen a deberes filiales, tienen su base en el afecto instintivo y en la gratitud por los cuidados recibidos.

En todos los pueblos antiguos, la sumisión a los padres está íntimamente vinculada al culto y doctrina religiosa. Es lo que se observa en China y Japón, como entre los judíos, mahometanos e hindúes. Un escritor israelita sostiene que "los padres son para los hijos lo que Dios es para el mundo": "Son dioses visibles". Griegos, romanos y rusos coinciden también en atribuir un carácter casi divino a los padres, estimándose la piedad filial como un deber religioso. El temor reverencial, rayano en sagrado, muy notable en los pueblos citados como en muchos ótros contemporáneos civilizados o no, se patentizan en la inmensa trascendencia y eficacia que atribuyen a las maldiciones y bendiciones de los padres.

La independencia económica de los jóvenes, consecuencia del desarrollo industrial y de otros factores que acompañan a la civilización, ha mitigado en lo moderno el poder paternal y también, como la anota Westermark, "el crecimiento por todo el estado de una simpatía mutua que se oponía a que la libertad de los niños estuviera supeditada, con evidente sacrificio para ellos, al despótico poder de sus padres" (8).

Precisemos, ahora, los derechos que pueden exigir de sus padres los hijos legítimos aclarando, de antemano, que son éstos quienes disfrutan del máximun en relación con los otros hijos.

Estos derechos se reducen a crianza, alimentación, educación y establecimiento de los hijos en la forma que va a exponerse.

Tanto el padre como la madre, si ambos estuvieren vivos, o el cónyuge sobreviviente, tienen el deber de cuidar

personalmente de la crianza y educación de sus hijos legítimos (Art. 241).

No obstante lo que acaba de leerse, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez está facultado para confiar el cuidado personal de los hijos a otra u otras personas adecuadas; pero debiendo preferir para la elección en primer término a los ascendientes legítimos y después a los consaguíneos más próximos (Art. 242) y siendo de rigor en todos estos casos oír a los parientes del menor y proceder breve y sumariamente.

Esta misma regla tiene aplicación mientras se tramita el juicio de divorcio (Art. 243).

Hasta cuando se afianzó bien el régimen liberal impuesto en el país tras la revolución de 1895, el Código Civil había permanecido intocado, con una veneración que le hacía imposible de sufrir reformas. La primera de ellas, dictada en 1902, constituyó no sólo un triunfo más del liberalismo, sino una revolución jurídica de proyecciones. La Legislatura de ese año dictó la Ley de Matrimonio Civil que laicizaba el matrimonio e introducía el divorcio. La época en que se produjo y las circunstancias que rodearon la expedición de esta Ley impidieron que se estudiara y remediara la situación de los hijos en los casos de divorcio de sus padres. Después vinieron muchas reformas más; pero solamente en la ley de 5 de octubre de 1940 se dio una solución satisfactoria a este problema que en las anteriores leyes de divorcio había sido ignorado. De entonces datan las siguientes disposiciones que en la última edición (5ª) del Código Civil se hallan incorporadas con el texto que transcribimos literalmente y que corresponde al artículo 130:

"Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el Juez Provincial les convocará a una audiencia de conciliación, en la que,

de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

"En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad-litem, según el caso, cuya designación la hará el juez de acuerdo con las disposiciones legales vigentes prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

"Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, con todos los cargos, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a la reglamentación siguiente, en lo relacionado con la destinación de los hijos:

"1º A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad;

"2º Los hijos púberes estarán al cuidado de aquél de los padres que ellos elijan;

"3º No se confiará a la madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal de la madre, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente o haya temor de que se perviertan;

"4º Tampoco se confiará a la madre el cuidado de los hijos si el divorcio se ha decretado por adulterio de la mujer, por amenazas graves y frecuentes contra la vida del marido, o por tentativa contra la vida del marido, en que la mujer hubiere sido declarada autora o cómplice;

"5º Tampoco se le confiará dicho cuidado si se comprobare que la madre ha tratado de corromper a los hijos o adoleciere de sífilis, tuberculosis, lepra u otra enfermedad igualmente grave y contagiosa, o fuere toxicómana, o hubiere sido condenada a sufrir una pena de tres o más años de prisión o reclusión;

"6º El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad;

"7º Toca al padre divorciado o separado de su mujer el cuidado de los hijos que, por cualquier motivo, hayan sido sacados del cuidado de la madre así como del de los hijos púberes que hubieren manifestado voluntad de vivir con él.

"Sin embargo, si el padre se hallare o incurriere en cualquiera de los casos arriba citados como suficiente para privar a la madre del cuidado de los hijos, podrá también ser privado de ese cuidado;

"8º En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, o en el de que hubieren sido abandonados, el juez señalará el asilo o institución en el que deben ser internados, fijando, al efecto, la pensión que deben pagar así el padre como la madre para atender a la crianza y educación de los hijos; todo lo cual se resolverá a solicitud del Ministerio Público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

"El cobro de tal pensión se hará por apremio, en la forma determinada por el juez.

"La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible de recurso de apelación, pero sólo en el efecto devolutivo.

"El juez, podrá, en todo tiempo, modificar la providencia, en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será, también, susceptible del recurso de apelación, que se la concederá, igualmente, sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

"Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos".

Respetuoso de los afectos familiares, el legislador dispone que en ningún caso se prohibirá que los padres, aún privados judicialmente de la atención personal de sus hijos, puedan visitarlos con la frecuencia y libertad que regule el juez.

Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos corresponden a la sociedad conyugal. En garantía de este derecho de los hijos, el Nº 5 del artículo 1795 del Código Civil establece que la sociedad está obligada al pago "del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes" y de cualquiera otra carga de familia, debiendo entenderse como tal, por expreso mandato del Código, "los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes", aunque sólo lo sean de alguno de ellos; pero, asimismo quedan expresamente excluídos, por tratarse de gastos personales de uno de los cónyuges, los que se contrajesen para el establecimiento de hijos de un matrimonio anterior.

Disuelta la sociedad, tales gastos son de cuenta del marido, debiendo contribuir a ellos la mujer en la proporción establecida por el juez al decretar el divorcio o la separación de bienes. Si uno de los cónyuges hubiese muerto, todos los gastos pesan en el sobreviviente. En todas estas situaciones, si el hijo tiene bienes propios, puede deducirse de ellos los gastos; pero respetando, en lo posible, el capital.

"Art. 1.799.—Las expensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente común, y las que se hicieren para establecerle o casarle, se imputarán a los gananciales, siempre que no constare de un modo auténtico que el marido, o la mujer con autorización del marido o del juez en su caso, o ambos de consuno, han querido que se sacasen estas expensas de sus bienes propios. Aun cuando inmediatamente se saquen de los bienes propios de cualquiera de los cónyuges, se entenderán que se hacen a cargo de la sociedad, a menos de declaración contraria.

"En caso de haberse hecho estas expensas por el marido, sin contradicción o reclamación de la mujer, y no constando de un modo auténtico que el marido quiso hacerlas de lo suyo, él o sus herederos podrán pedir que se les reembolse de los bienes propios de la mujer, por mitad, la parte de dichas expensas que no cupiere en los gananciales. Y quedará a la prudencia del juez acceder a esta demanda, en todo o parte, tomando en consideración el caudal y obligaciones de los dos patrimonios, y la discreción y moderación con que en dichas expensas hubiere procedido el marido.

"Todo lo cual se aplica al caso en que el descendiente no tuviere bienes propios; pues, teniéndolos, se imputarán las expensas extraordinarias a sus bienes, en cuanto alcanzaren, y en cuanto le hubieren sido efectivamente útiles; a menos que conste de un modo auténtico que el marido, o la

mujer debidamente autorizada, o ambos de consuno, quisieron hacerlas de lo suyo".

Para asegurar la alimentación y educación de los hijos, en caso de haber muerto sus padres o no disponer de los medios suficientes para proveer a estas necesidades, la obligación de suministrarlas se transfiere a los abuelos legítimos por una y otra línea, conjuntamente y de acuerdo con la regulación que hará el juez atento a los recursos económicos de los obligados.

Puede ocurrir que un hijo menor de edad se encuentre ausente de la casa paterna y en urgente necesidad de alimentos. En estas circunstancias la ley faculta para que cualquier persona le provea de alimentos congruos, presumiendo, al efecto, la autorización del padre, madre o persona obligada a dar la sustentación, o de simplemente los alimentos necesarios, siempre con la misma presunción, si el hijo fuere de mala conducta o hubiere razones para creer que se ha ausentado sin consentimiento del padre.

Uno de los derechos fundamentales que establece la ley como un privilegio es el de la sucesión. En las sucesiones intestadas, son llamados en primer término los hijos legítimos e ilegítimos del difunto (C. C. Art. 1.044) los cuales excluyen a todos los demás herederos a excepción del cónyuge sobreviviente, al cual se asigna la porción conyugal (Art. 1.049).

La cuota de bienes correspondiente a cada uno de los herederos forzosos se llama legítima, de donde éstos toman el nombre de legitimarios. El padre o madre al hacer su testamento está obligado a respetar en la distribución que haga de sus bienes la porción perteneciente a los legitimarios. En armonía con lo prescrito para la sucesión intestada, el primer orden de legitimarios o herederos forzosos constituyen los hijos legítimos, los cuales excluyen a todo ótro. Los hijos

ilegítimos concurren con los legítimos; pero con derecho a una cuota de la mitad de la que recibe el legítimo.

Hechas las deducciones legales de la masa de bienes, consistentes en costas de publicación de testamento, apertura de sucesión, deudas hereditarias, impuestos fiscales, asignaciones alimenticias forzosas y porción conyugal, queda el llamado **acervo líquido.**

La mitad de este acervo —al que se acumulan imaginariamente las donaciones revocables o irrevocables hechas en razón de legítimas o mejoras, según las reglas del párrafo 3º sobre legítimas o mejoras— pertenece a los hijos legítimos e ilegítimos, entre los cuales, conforme a las normas que regulan la sucesión intestada, se reparte por cabezas o estirpes, en la proporción que ya se ha indicado. La cuota que resultare hecha esta división para cada uno de los hijos, representados por sí mismos o por sus descendientes, se denomina legítima rigurosa. La mitad de la masa restante, o sea, la cuarta parte del acervo líquido se destina para favorecer a uno o más de los descendientes legítimos e ilegítimos sean o no legitimarios.

La Ley de Impuestos sobre las Herencias, Legados y Donaciones sigue el mismo sistema preferencial del Código Civil con respecto a los hijos. El artículo 2º señala el impuesto mínimo para los herederos que tengan la calidad de hijos del difunto de cuya sucesión se trata. En la misma categoría incluye a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente y sobre la base de esta imposición mínima, eleva las cuotas a los colaterales en relación al grado de parentesco y luego a los extraños que son quienes pagan el porcentaje más alto. Por el artículo 6º de la misma ley: "Los asignatarios que tengan hijos vivos o representados por su descendencia, tendrán derecho a las siguientes rebajas del impuesto que debieren: diez por ciento si los hijos son dos; veinte

por ciento si son tres; treinta por ciento si son cuatro; cuarenta por ciento si son cinco, y cincuenta por ciento si son seis o más".

Para completar esta materia, resta añadir que el artículo 9º de la Ley sobre Impuesto a la Renta señala una rebaja al monto imponible de la renta en favor de los hijos, sin distinción de clases y, en general, de todo miembro de familia hasta el 3er. grado civil de consanguinidad y 1º de afinidad, menor de 21 años que se compruebe que vive a costa del contribuyente. La cantidad imponible se rebaja en 1.000 sucres por cada uno de los indicados menores.

*
* *

Los derechos de los padres, que significan deberes de sus hijos para con ellos, son mucho más numerosos y detallados en el Código Civil.

Aunque el Código la establece en título aparte, no cabe duda que la **patria potestad** es el primero y más importante de los derechos concedidos por la ley a los padres. Derivada del sistema despótico de los romanos, entre los cuales, según lo recuerda el comentarista Dr. Luis F. Borja, "El padre, dueño absoluto del hijo, podía disponer de él a su arbitrio"; y tratándose exclusivamente de las relaciones domésticas entre el padre y el hijo, no había diferencia alguna entre el hijo y el esclavo" (9), el concepto moderno de esta institución mantiénese el mismo con ligeras atenuaciones que no podían menos que ser impuestas por la evolución social y jurídica de los pueblos. El artículo 258 define así: "La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres legítimos sobre sus hijos no emancipados".

El Código Civil Chileno, siguiendo literalmente el pro-

yecto de Bello, añade: "Estos derechos no pertenecen a la madre". Suprimida esta oración en nuestro Código, en el cual se concede la transferencia de tales derechos a la madre en los términos del artículo 282, se endereza el sentido de equidad de que carece a este respecto el original de Bello: "En todos los casos en que termine la patria potestad del padre sobre sus hijos no emancipados, sucederá en ella la madre, con todos sus derechos y obligaciones".

Sin embargo, la reforma impone algunas restricciones:

1ª El padre puede designar por testamento un curador adjunto, para la administración de los bienes de sus hijos menores;

2ª La madre que pasa a nuevas nupcias pierde definitivamente el derecho a la administración de los bienes; pero conserva todos los demás que son propios de la patria potestad;

3ª Pierde total y definitivamente la patria potestad la madre que da a luz un hijo ilegítimo o que llega a prostituirse.

Por la legitimación, que concede al legitimado los mismos derechos y obligaciones que al hijo concebido en matrimonio, los padres legitimantes entran al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores de edad, cesando la guarda de la que éstos dependieron, derecho que en nada afecta a los actos propios del cargo o empleo público que desempeñare el menor, pues en todo lo concerniente a sus empleos, los empleados públicos menores de edad, se reputan mayores.

El derecho fundamental que otorga la ley en virtud de la patria potestad es el beneficio de usufructo sobre los bienes del hijo, que dura hasta la emancipación de éste, que no requiere caución para la conservación y restitución de los bienes fructuarios y cuya extensión se puntualiza en las

excepciones del artículo 261 que dice: "El padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, exceptuados los siguientes:

"1º Los bienes adquiridos por el hijo, en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico;

"2º Los bienes adquiridos por el hijo, a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador han dispuesto expresamente que tenga el usufructo de estos bienes el hijo, y no el padre;

"3º Las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido éste desheredado.

"Los bienes comprendidos bajo el número 1º forman el peculio *profesional* o *industrial del hijo;* aquéllos en que el hijo tiene la propiedad, y el padre el derecho de usufructo, forman el peculio *adventicio ordinario*; los comprendidos bajo los números 2º y 3º el peculio *adventicio extraordinario*.

"Se llama *usufructo legal* del padre de familia el que le concede la ley".

El derecho de usufructo del padre de familia sobre los bienes de sus hijos es constituído por el Nº 1 del artículo 796.

Los bienes cuyo usufructo concede la ley al padre son también administrados por éste, excepto en los casos de haber sido donadas, heredadas o legadas las cosas con la condición de que no las administre el padre y de herencias y legados transferidos al hijo por incapacidad o indignidad del padre o por haber sido desheredado.

De todos modos, el padre responde hasta de culpa leve por los resultados de su administración y pierde la facultad

de administrar los bienes del hijo cuando es culpable de dolo o de grave negligencia habitual.

Para la administración y goce de su peculio profesional o industrial, la ley considera emancipado al hijo de familia. En consecuencia, sus actos son válidos sin necesidad de autorización del padre.

Con la intención de proteger los bienes del hijo, el Código prescribe:

"Art. 274.—No podrá el padre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores".

La patria potestad se suspende en virtud de decreto judicial previos conocimiento de causa y audiencia de los parientes del hijo y del Ministerio Público y el Tribunal de Menores. Causales para la suspensión son: demencia del padre, interdicción de administrar sus propios bienes y ausencia larga que pueda perjudicar los intereses del hijo.

La patria potestad termina con la emancipación del hijo que puede ser: voluntaria, legal y judicial.

En cuanto concierne a los niños, objeto al que se circunscribe nuestro estudio, no puede tener efecto la primera forma, pues voluntariamente sólo se puede emancipar al menor adulto que consiente en ella. De los cuatro casos de emancipación legal —que se verifica tan pronto ocurre el hecho previsto por la ley— sólo el primero puede producirse con niños, o sea, por muerte natural o civil del padre cuando no existe la madre. En cambio, todos los cuatro casos de emancipación judicial —que precisa sentencia del juez con conocimiento de causa— son susceptibles de acaecer con niños. El artículo 288 señala estos casos.

"La emancipación judicial se efectúa por sentencia del juez:

"1º Cuando el padre o la madre, en su caso, maltratan habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida, o de causarle grave daño;

"2º Cuando el padre o la madre han abandonado al hijo;

"3º Cuando la depravación del padre o de la madre les hace incapaces de ejercer la patria potestad.

"En estos tres casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquiera consaguíneo del hijo, y aún de oficio.

"4º Se efectúa asimismo la emancipación judicial por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que declare al padre o a la madre culpados de un crimen a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad.

"La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena; a menos que en el indulto se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad".

Tanto en la emancipación legal, como en la voluntaria, el niño, por continuar incapaz para administrar sus propios bienes, dejando de ser **hijo de familia**, carácter que le distinguía mientras su permanencia bajo la patria potestad, pasa a ser pupilo y como tal, tiene un tutor encargado de la mejor administración de sus bienes.

*

* *

A más de la dependencia que impone al hijo legítimo con respecto al padre que ejerce la patria potestad, la ley le atribuye los siguientes deberes:

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

1º) Obediencia y respeto a ambos progenitores; pero con sometimiento especial al padre; precepto que antes que legal es de pura moralidad y que está más estrechamente vinculado a las costumbres que al mandato positivo del legislador;

2º) Acatamiento y subordinación a las disposiciones paternales que tiendan a su corrección. El padre puede castigar moderadamente a sus hijos. Si los castigos que le imponga personalmente no fueren suficientes, se podrá pedir al Tribunal de Menores la internación en establecimientos especiales, la que se regirá por lo dispuesto en el Código de Menores" (Art. 251). Esta facultad se extiende a la madre o a cualquiera otra persona encargada del cuidado personal del hijo, en caso de muerte, ausencia o inhabilidad del padre. La facultad puede ejercer sólo contra menores de 21 años.

3º) Aceptación de la clase, forma y sistema de educación que elija el padre. El padre y en su falta, la madre tiene el derecho de dirigir la educación de sus hijos, el cual cesa respecto de los hijos que, por mala conducta del padre o madre, hayan sido sacados de su poder y confiados a otra persona. El derecho se transfiere, entonces, al tutor o a la persona a quien se transfiere, con ausencia del tutor.

Dado el gran atraso cultural que aqueja a un enorme porcentaje de los padres de familia, especialmente si se considera la ignorancia que llega al analfabetismo en las masas proletarias y campesinas, incultura que aún se observa en las gentes llamadas pudientes, no es imposible aceptar la amplitud de este derecho de los padres para imponer una educación y, por tanto, una vida al indefenso hijo. Menos mal que el despotismo paternal aparece mitigado a este respecto en nuestro Código con respecto al Chileno y al Proyecto de Bello.

En nuestro concepto y en mérito de la función tutelar del Estado, debe ser éste el único facultado para dirigir la educación de la niñez, desde luego, con prescindencia de dogmas religiosos y políticos y sólo inspirado en los principios inconcusos de la pedagogía y más ciencias de la educación.

Antes que el capricho o la ignorancia de los padres, debía imperar el criterio de comisiones o juntas técnicas de psicólogos, educadores y sociólogos que deberían ser los llamados a dictaminar en estos casos.

Los padres que hubiesen llevado sus hijos a una casa de expósitos, que los hubiesen abandonado en cualquier otra forma o sobre quienes haya recaído providencia de separación de los hijos de su lado a causa de su mala conducta, pierden los derechos de dirigir la educación, corregir, castigar, etc., a sus hijos que acabamos de enunciar. Si el hijo abandonado ha sido alimentado y criado por otra persona, para sacarlo de poder de ésta, el padre deberá reembolsar los costos de crianza y educación, que los determinará el juez (Arts. 254 a 257 del C. C.).

El artículo 579 del Código Penal (Nº 57) considera contraventores de primera clase, esto es, sanciona con multa de dos a diez sucres a "Los padres de familia que abandonaren a sus hijos, no procurándoles la educación que permiten y requieren su clase y facultades; o que fueren remisos y negligentes en procurar que asistan a las escuelas de instrucción primaria, siempre que no tengan legítima excusa".

HIJOS RECONOCIDOS

Los hijos ilegítimos que más técnicamente debía llamarse "reconocidos", ya que a raíz del reconocimiento son por decirlo así legalizados, "hechos legales", constituyen la segunda categoría en la clasificación de hijos establecida por el Código. El reconocimiento efectuado por el o los padres es el elemento esencial y consiste en la declaración libre y voluntaria que hace el padre o la madre de que tiene por hijo suyo a una persona dada, ya mediante testamento o escritura pública, ya simplemente ante un juez y tres testigos, ya por declaración personal al inscribir el nacimiento del niño, o en el acta matrimonial de los padres. A causa de la libertad y espontaneidad que presiden el reconocimiento, la persona que reconoce no está obligada a designar aquella ótra en quien o de quien obtuvo el hijo.

El reconocimiento puede hacerse en beneficio de cualquier hijo concebido fuera de matrimonio.

Como se reputa existente al hijo concebido en todo cuanto sea para su provecho, cabe igualmente el reconocimiento de los hijos que están por nacer. En cambio, por falta de disposición expresa, no es aceptable, dentro de la legislación ecuatoriana, el reconocimiento del hijo ilegítimo que ha muerto, aunque no hay razón alguna para tal olvido, ya que el mismo Código (Art. 232) permite la legitimación del hijo muerto.

Para que el reconocimiento de un hijo como ilegítimo surta efectos jurídicos es necesario que se notifique al interesado y que éste lo acepte, pudiendo, por cierto, repudiarlo. Para lo cual se siguen las mismas formalidades prescritas para la legitimación, esto es, valiéndose de los términos del Dr. Borja: "que el instrumento público se notifique a la persona a quien se trata de conferir la calidad de hijo natural; que si ella no necesita de tutor o curador para la administración de sus bienes, o vive bajo potestad patria o marital, puede aceptar o repudiar el reconocimiento libremente; que, en caso contrario, debe intervenir en la aceptación o repudiación el representante legal; que la aceptación puede ser expresa o tácita, y que la repudiación debe constar de escritura pública" (10).

Conviene tener presente que los efectos del reconocimiento son irrevocables para el reconocido y para el que reconoció.

Como la legitimación, el reconocimiento de un hijo en su condición de ilegítimo es susceptible de impugnación; pero este derecho sólo se concede a las personas que prueben interés actual en ello, que puede revestir dos formas: el pecuniario, porque se restaría el patrimonio perteneciente a otra persona y el concerniente a las relaciones que establece la filiación natural y que sólo afectan al verdadero padre o madre del reconocido.

Las causales apuntadas por el artículo 295 para alegar impugnación y que necesitan probarse son:

1ª Que el padre que pretende reconocer el hijo no puede serlo en realidad, por imposibilidad absoluta de haber tenido acceso a la madre por parte del pretenso padre durante los 120 días que median entre los 180 y los 300, contados hacia atrás desde la media noche en que principie el día del nacimiento, que es el único período en que es legal-

mente aceptada la concepción. Esto exige comprobar quien es la madre del hijo a reconocerse, lo que acarrea un semillero de dificultades, propias de la investigación de la maternidad;

2ª Que el hijo a quien se trata de reconocer, no lo es de la pretensa madre;

3ª No haberse otorgado el reconocimiento por testamento, escritura pública, ante un juez y tres testigos; en la inscripción del nacimiento del hijo o en el acta del matrimonio de los padres.

En cuanto a los derechos de los hijos ilegítimos, el primero de todos es el derecho del hijo a ser criado y educado por el padre que lo ha reconocido, lo que se traduce en obligación para el padre ilegítimo en los mismos términos correspondientes a los padres legítimos, conforme al artículo 241. De donde se infiere —y el artículo 313 lo declara explícitamente— que los gastos de crianza y educación, entendidos en la última por lo menos la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio, correrán por cuenta del padre o padres que lo hayan reconocido, pudiendo deducirse los gastos de su establecimiento y aún los de su crianza y educación de los bienes propios que tuviere el hijo; pero cuidando de mantener íntegro el capital dentro de lo posible.

En caso de que el reconocimiento se haya llevado a efecto por parte de ambos padres, se aplican las mismas reglas que para las situaciones análogas de los hijos legítimos, que son las del artículo 130 del Código Civil, ya transcritas.

Asimismo se extienden al hijo ilegítimo o reconocido las obligaciones que deben guardar por la ley los hijos legítimos con sus padres: respeto y obediencia al padre que lo haya reconocido y especial sometimiento al padre, si es reconocido por ambos.

Por el artículo 1044 del Código Civil son llamados también los hijos ilegítimos a la sucesión intestada; pero en las condiciones desventajosas que vamos a enunciar:

"Si el difunto hubiera dejado hijos legítimos e ilegítimos, la porción de cada uno de los primeros será igual al doble de la porción de cada uno de los segundos.

"Por consiguiente, la herencia se dividirá en tantas partes cuantas fueren las unidades contenidas en la suma del número de los hijos legítimos multiplicado por dos, y el número de los hijos ilegítimos.

"Cada uno de los primeros tomará dos de estas partes, y cada uno de los segundos tomará una parte". (Art. 1050).

A falta de posteridad legítima, suceden al difunto los hijos ilegítimos; pero en concurrencia con los ascendientes de grado más próximo y con el cónyuge del causa-habiente. De las tres partes en que se divide la herencia, en este caso, una se asigna a los hijos ilegítimos. Si no hay cónyuge sobreviviente, de las dos partes en que se divide la herencia, en esta nueva situación, a los hijos ilegítimos corresponde una parte (Art. 1051).

En caso de no dejar cónyuge ni ascendientes el difunto, la herencia corresponde íntegramente a los hijos ilegítimos.

"Cuando concurrieren dos o más ascendientes del grado más próximo, o dos o más hijos ilegítimos, los asignatarios de las respectivas porciones se dividirán de éstas por partes iguales". (Art. 1051).

En cuanto a la sucesión testada, la ley concede el carácter de legitimarios a los hijos ilegítimos, ya personalmente, ya representados por su descendencia legítima; les atribuye primer lugar, junto a los hijos legítimos del difunto (Art. 1238). En lo tocante a la concurrencia, exclusión y representación de los hijos ilegítimos como de los demás legitimarios, se sigue el orden y reglas de la sucesión intestada (Art. 1239).

HIJOS NO RECONOCIDOS

Son la última clase de hijos, formada por aquéllos a quienes una ley que pretende de moralizadora niega todo derecho y arroja al abandono más espantoso en nombre del orden social y del honor de la familia. Podría decirse, son los hijos de nadie.

Es de tal magnitud y trascendencia la situación de ilegitimidad decretada por la ley que hacia ella convergen las causas y soluciones de gran número de problemas sociales. Nelson, citado por Morquio, dice con razón: "Todos los problemas de la infancia se agudizan en el caso del hijo ilegítimo; él es el que abulta las cifras de la mortalidad infantil; él es, más especialmente, el que pone en evidencia, la condición insustituíble de la leche materna; él el que, aglomerándose en los asilos, recoge y trasmite las infecciones que diezman las poblaciones". (11)

Incuestionablemente y no obstante los progresos gigantescos de la ciencia, la determinación científica, es decir, sin lugar a dudas, de la filiación natural es uno de los problemas más difíciles de resolverse y, aunque ya se disfruta de algunas conquistas de enorme importancia y prometedoras de futuros perfeccionamientos, no puede decirse que la in-

vestigación de la paternidad disponga de un método seguro, exacto y eficaz en todos los casos. Pero de este hecho a proscribir en absoluto la investigación de la paternidad —como hasta 1935, lo hacía nuestro Código— hay un abismo tan grande que ya la Asamblea Nacional de 1928-29 estableció entre las garantías constitucionales reconocidas a todos los habitantes del Ecuador, el derecho de investigación de la paternidad, en la forma y en los casos que la ley determine, forma y casos que mantuviéronse indeterminados por falta de ley, permaneciendo, por tanto, suspensa esta preciosa conquista en los derechos de los niños, mientras llegara una legislatura que quisiera preocuparse de dar vida a tan trascendental derecho.

Ante todo conviene revisar someramente las bases biológicas en que se funda la filiación natural. Desde Mendel a esta parte, las investigaciones acerca de los fenómenos de la herencia han logrado notable incremento y no pocos triunfos de elevado valor.

Siguiendo a Forel, podemos admitir como científicamente aceptables estos tres hechos esenciales, en materia de herencia:

1º En sus rasgos generales, "cada individuo es la copia de sus padres o ancestros directos, con las particularidades sexuales correlativas y con las variaciones llamadas individuales";

2º No existen dos individuos vivientes, especialmente mientras más elevado es su sitio en el árbol genealógico de las especies, que sean absolutamente idénticos;

3º "Por lo general, cada individuo se parece sobre todo a su ascendencia directa y a sus parientes cercanos y se distingue tanto más profundamente de su parentela, cuanto ella está más alejada".

Por cierto, no es posible atribuir a estas conclusiones

un carácter muy absoluto, dadas las circunstancias del atavismo, la existencia de los llamados caracteres dominantes y recesivos, los casos teratológicos, etc.

El Dr. Bastidas, sintetizando el estado actual de las investigaciones de los fenómenos hereditarios, se expresa así (12):

"Podemos, pues, concluir diciendo que el valor probatorio de la herencia biológica, tiene una relativa importancia como hecho positivo, cuando se encuentran rasgos morfológicos, antropométricos, anatomo-patológicos, psíquicos, etc., semejantes a los que poseen los padres, sin ser posible ninguna correlación en el caso contrario".

Para aproximarse más a la certeza en la determinación de la filiación habría, pues, que añadir al análisis de los caracteres somáticos y psíquicos enumerados, el estudio de las pruebas de carácter jurídico de que pueda disponerse.

Los métodos que han gozado de mayor fama son el de las albúminas sanguíneas y el de los sueros; pero ninguno, ni con mucho, alcanza un apreciable porcentaje de evidencia en la solución del problema.

Muy importante es, con todo, la determinación serológica de los cuerpos sanguíneos por la **iso-hemo-aglutinación**, que ya cuenta con algunos éxitos jurídicos en la investigación de la paternidad.

Parte de la existencia comprobada de cuatro grupos sanguíneos de individuos que tienen las apreciables características de estabilidad, inmutabilidad y trasmisibilidad hereditaria. Según la presencia o ausencia de ciertos elementos activos llamados **aglutinógenos A y B** en los glóbulos rojos y **aglutinas a y b** en el suero sanguíneo, distínguense estas cuatro clases de combinaciones sanguíneas grupo I: A y B; grupo II: A. b; grupo III: B. a., y grupo IV: O.

La importancia práctica de este método es decisiva; pe-

ro tan sólo en el aspecto negativo, o sea, en cuanto a asegurar la imposibilidad de una determinada herencia sanguínea, que, al menos, sirve para impedir que a una persona se le achaque infundadamente la paternidad de un hijo ajeno.

Está científicamente demostrado que se nace con los caracteres de determinado grupo sanguíneo y que nada puede durante la vida hacerlo cambiar a ótro.

Sobre la base de las pruebas A, B, O hasta 1933 un hombre tenía una sola probabilidad entre 6 de probar su no paternidad.

Habiéndose descubierto que al mezclarse el suero de un conejo con glóbulos rojos humanos se distinguen en la sangre humana dos nuevos factores llamados M y N, las probabilidades aumentaron de una a tres. Más tarde en 1940 fueron descubiertos nuevos tipos de sangre, en forma tal que la probabilidad de defenderse con buen éxito de una falsa paternidad ha aumentado al 55% por el factor denominado Rh.

En la práctica ha empezado a tener aplicación la determinación científica de la paternidad por el método de los grupos sanguíneos y ya hay 8 de los 48 Estados de los Estados Unidos que aceptan como prueba jurídica de la paternidad el análisis de la sangre. Los resultados son satisfactorios con la limitación que hemos indicado de que sólo se trata de prueba negativa.

Veamos un caso típico. Richard Roe es acusado por Mary Doe de ser el padre de su niño. Se analizaron muestras de la sangre de la madre, del padre presunto y del niño para determinar a qué grupo pertenecían. El experimentador encontró que la sangre de Richard Roe era del grupo AB, mientras la madre y el niño tenían sangre del grupo O.

De acuerdo con estos resultados, resultaba imposible que el acusado Richard Roe fuera padre de este niño.

En Alemania, Inglaterra, Austria, Bélgica, Dinamarca, Polonia, Suiza y Francia se ha practicado esta prueba en mayor o menor grado de amplitud y la tendencia general es creciente en el sentido de incorporarla en muchas legislaciones.

En el Ecuador no conocemos que haya sido practicada esta prueba; pero, desde 1935 en que desapareció el artículo del Código Civil que prohibía la investigación de la paternidad, creemos que no hay razón para que un Juez pudiera desechar esta prueba en caso algún interesado la solicitara.

Del estudio de Villegas-Pulido, "La Inquisición de la Paternidad por el Examen de la Sangre", copiamos las siguientes leyes fundamentales de la herencia de la sangre:

"1ª Las propiedades grupales A y B se heredan —según las leyes de Mendel— como propiedades dominantes en relación con su ausencia, puesto que ellas no pueden aparecer en el hijo, si no existían en sus padres (von Dungern-Hirszfeld).

"2ª El padre o la madre del grupo 0 (cero) no puede tener un hijo del grupo AB; y el padre o la madre AB no pueden tener un hijo del grupo 0 (cero). (Berstein).

"3ª Las propiedades M y N no pueden encontrarse en los hijos, si ellas no existen en sus padres. (Landsteiner y Lévine).

"4ª El padre y la madre M no pueden tener un hijo N; y el padre y la madre N no pueden tener un hijo M (Landsteiner y Lévine).

"5ª Las propiedades M y N son propiedades independientes entre sí y por esto es que la propiedad M (sin N) o N (sin M) deben existir en los hijos si ellas existen aisladamente en los padres.

"6ª Las propiedades del grupo P se heredan y por lo tanto no pueden aparecer en el hijo si sus padres no las tenían; más todavía, si los glóbulos rojos de los padres se unen débilmente debe presentarse igual síntoma o condición en el hijo, es decir, que existe la misma debilidad de unión entre los glóbulos del padre y los del hijo. (Landsteiner)" (13).

Ahondando más en esta importantísima materia, hacemos presente que von Dungern y Hirszfeld descubrieron que el antígeno A reviste dos formas cualitativamente diferentes conocidas con los nombres de A_1 y A_2. El hecho de que existan dos aglutininas distintas permite separar A_1 y A_2 serológicamente.

Robert Hoffstetter, en su libro "La Genética y el Hombre" dice a este respecto: "Se nota que la consideración de los grupos A_1 y A_2 viene a aumentar las posibilidades de exclusión de un supuesto padre. Por ejemplo, cuando la madre y el hijo pertenecen ambos al grupo A, ningún padre puede estar excluído. La misma incertidumbre queda si madre e hijo son ambos del grupo A_1. Pero si la madre es A_1 y el hijo A_2 entonces es imposible un padre A_1B. Si la madre es A_2 y el hijo A_1 los padres O, A_2, B y A_2B están excluídos. Por fin un hijo A_2 de madre A_2 no puede tener un padre A_1B". (14).

Existe además la propiedad llamada S, que se ha establecido de la circunstancia de que los antígenos del sistema ABO pueden existir o estar ausentes de la saliva o de varios tejidos, por lo que se distinguen dos nuevos tipos, los llamados secretores, los únos y no secretores los ótros. Según esto, un hijo S de madre necesita proceder de un padre S, con lo que se aumenta un caso más de exclusión de paternidad.

Debemos también dejar constancia de que existen otros

grupos sanguíneos como el P y otros denominados Lutheran, Kell, Lewis, Levay y que se ha calculado en 1'705.860 el número de combinaciones de genotipos.

Tomamos también del profesor Hoffstetter un caso teórico que demuestra hasta dónde ha avanzado la ciencia en cuanto a investigación de la paternidad.

"Una mujer cuya fórmula sanguínea es A_1 M P R_h^- tiene un hijo de fórmula A_2 M N P+ R_h + La investigación de la paternidad interesa a seis padres. Estos pertenecen a los grupos siguientes:

1.—B N P+Rh-
2.—B M P+Rh+
3.—A_1 MN P+Rh+
4.—A_2 M P+ Rh+
5.—A_1 B MN P-Rh_1+
6.—B MN P-Rh+

"Las conclusiones son fáciles de sacar, según lo dicho anteriormente:

"El examen del sistema A B O excluye al individuo 5
(A_1 B no puede tener hijo A_2)

"El examen del sistema MN excluye los individuos 2
(M X N no puede dar MN)

"El examen del sistema P excluye los individuos 4 y 6
(P- X P- no puede dar P+)

"El examen del sistema Rh excluye el individuo 1
(Rh- X Rh- no puede dar Rh+)

"De tal suerte que, entre los padres presuntos, sólo el individuo 3, corresponde a un padre posible del hijo considerado.

"Se ve que la consideración de un solo sistema hubiera dejado en cada caso 4 o 5 padres posibles, entre los 6 individuos considerados. En cambio, los cuatro sistemas (entre los más clásicos) han permitido pronunciar cinco exclusiones.

"Por fin, podemos decir que el número cada vez más

grande de grupos sanguíneos determinables, permite esperar en un porvenir cercano a la posibilidad de identificación serológica de un individuo, en la misma forma que se establece la individualidad de las huellas digitales".

He aquí el cuadro que resume las distintas posibilidades e imposibilidades sanguíneas de filiación de acuerdo tan sólo al sistema ABO:

Madre	Hijo	Padre posible	Padre imposible
	O	O A B	AB
	A	A AB	B O
O	B	B AB	A O
	AB	Madre incompatible	
	O	A B O	AB
	A	todos	ninguno
A	B	B AB	A O
	AB	B AB	A O
	O	A B O	AB
	A	A AB	B O
B	B	todos	ninguno
	AB	A AB	B O
	O	Madre incompatible	
	A	todos	ninguno
AB	B	todos	ninguno
	AB	A B AB	O

Las imposibilidades se ven en el siguiente cuadro:

Grupo sanguíneo de la madre:	Grupo sanguíneo del presunto padre	Imposibilidad del grupo sanguíneo del niño:
O	O	A B AB
O	A	B AB
O	B	A AB
A	O	B AB
A	A	B AB
B	O	A AB
B	B	A AB

En el concepto positivo del derecho también se ha progresado bastante en esta ardua e importantísima materia, especialmente en el campo de la legislación soviética.

El Código del Matrimonio, la Familia y el Tutelaje de 1926 contiene valiosísimos artículos conducentes a investigar la paternidad, los cuales transcribimos íntegramente como modelo digno de seguirse:

"Art. 28.—Con el fin de defender los intereses del niño, la madre podrá presentar una declaración, durante el embarazo o después del alumbramiento, ante el funcionario local del Registro Civil, sobre el padre del niño, indicando el nombre, apellido y domicilio de tal padre.

"Art. 29.—De acuerdo con la declaración presentada, el funcionario de Registro Civil declarará padre a la persona indicada. Si no hay objeción por parte de dicha persona durante un mes, a partir del día en que se le hiciere saber la resolución mencionada, quedará inscrita como padre del niño. En el mismo tiempo, la persona indicada como padre, podrá demandar a la madre del niño ante el Tribunal la falsedad de la declaración.

"Art. 30.—Después del nacimiento del niño, la madre tendrá también el derecho de dirigirse al Tribunal, indicando al padre de aquél.

"Art. 31.—Si el Tribunal reconociere que la persona indicada es el padre del niño (Arts. 28 y 30 de este Código), expedirá un decreto declarándolo padre o imponiéndole la obligación de contribuir a los gastos ocasionados por el nacimiento y sostenimiento del niño, así como a los del embarazo y sostenimiento de la madre, durante seis meses después del parto.

"Art. 32.—Si en la investigación de la paternidad, el Tribunal llegare al convencimiento de que la madre del niño tuvo relaciones sexuales, durante el período de la concep-

ción, con otras personas, fuera de la indicada en el Art. 28 del presente Código, declarará a éstas o a una de aquéllas personas padre del niño, y le impondrá las obligaciones previstas en el artículo 31".

Es también de utilidad anotar sobre este particular que en Suecia, Noruega y Dinamarca basta el juramento de la madre para que sea declarada la paternidad de pleno derecho, quedándole al padre la facultad de probar lo contrario.

En nuestro Derecho Civil, a más del reconocimiento voluntario y más o menos solemne, a causa de las formalidades de rigor para dar a un hijo la calidad de ilegítimo se acepta el reconocimiento provocado, o sea la declaración judicial.

El derecho civil antiguo, inspirado en el predominio del hombre sobre la mujer, concedía al sexo masculino privilegios del todo injustificables. Tal acontecía con la prohibición de investigar la paternidad que se mantuvo en nuestra legislación hasta las radicales reformas al Código Civil introducidas por el Gobierno del Ingeniero Federico Páez en noviembre de 1935. Aunque deja mucho que desear, pues sólo permite la investigación en determinados casos y con pruebas restringidas, hay que reconocer que significa un verdadero triunfo la ruptura de la granítica muralla que desde los tiempos romanos obstaba el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales fuera de los raros casos en que el padre quería efectuarlo. Hácese, por tanto necesario proseguir la reforma hasta alcanzar la inquisición de la paternidad sin restricciones de ninguna clase.

De dos maneras puede ser declarada judicialmente la paternidad ilegítima:

1ª Cuando notificado el presunto padre para que declare juratoriamente ante el juez que cree ser tal padre, lo confiesa expresamente. Esta acción corresponde al hijo y puede intentarse únicamente durante la menor edad del

hijo, o vencida ésta, hasta los dos años subsiguientes, si se tratare de un hombre o hasta los cinco años inmediatamente siguientes si es mujer soltera quien solicita el juramento.

2ª Cuando se logra probar en juicio que el supuesto padre ha incurrido en alguna de las siguientes situaciones:

a) "En los casos de rapto, violación, detención o secuestro personal arbitrario, siempre que hubiese sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro". ¿Cuándo se considera que fue posible la concepción de la raptada, detenida o secuestrada, siendo causante de ella quien la raptó o secuestró? Entendemos que es suficiente que la mujer haya permanecido en poder de éste tan sólo una parte de uno de los 120 días en que —habida cuenta del período legal de la concepción comprendido entre el máximo de 300 días y el mínimo de 180 con respecto al del nacimiento— pudo verificarse la conjunción sexual. Esta acción debe intentarse, como la del caso siguiente, para no caer en caducidad, dentro de los dos años inmediatamente siguientes al parto o en los dos años subsiguientes al cumplimiento de la mayor edad del hijo. Pero no hallamos razonable que el lapso intermedio entre estos dos períodos esté vedado para intentar una acción que, por la necesidad de alimentos para el hijo, puede hacerse necesaria aún después de los dos años que siguen al parto.

b) "En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, promesa de matrimonio, y siempre que, en cualquiera de estos casos exista un principio de prueba por escrito, en los términos del artículo 1767, respecto a la paternidad". Constituye principio de prueba por escrito, "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". Estimamos absurda la exigencia del

principio de prueba por escrito, por el hecho de que el rapto, la violación como la detención o secuestro personal arbitrario son delitos y de que, siendo tales, deben perseguirse admitiéndose toda clase de pruebas. Es completamente irrazonable exigir prueba escrita para la persecución de delitos.

c) "En el caso de que el presunto padre y la madre, hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción", o sea, en las mismas condiciones del caso a). Cesa el derecho a intentar esta acción transcurridos dos años desde la cesación del concubinato, restricción que tampoco la hallamos justa.

Lo dispuesto en éste y en los dos casos anteriores tiene aplicación "cualquiera que fuere la edad de la mujer de que se trate y aunque el hecho alegado no constituya infracción penal ni se haya seguido el juicio criminal al respecto".

d) "En el caso de que el supuesto padre ha provisto o participado en el sostenimiento y educación del hijo, siempre que, con audiencia del supuesto padre, se probare que lo hizo en calidad de padre". También expira el derecho a presentar la demanda si no se ha hecho uso de él dentro del tiempo en que el padre atiende a estos gastos o en los dos años subsiguientes al día en que dejó de hacerlo. Lamentablemente esta disposición ha tenido en muchos casos efectos contraproducentes, pues, hay padres que para evitarse sentencia condenatoria basada en ella, han evitado proporcionar alimentos a sus hijos o lo hacen en forma clandestina, a fin de que no haya la menor constancia probatoria.

Como excepción general al derecho concedido en los cuatro casos precedentes, el Código dispone en su artículo 299 que "Sin perjuicio de los otros medios de defensa, será rechazada la demanda fundada en los cuatro últimos casos del artículo anterior, (los que hemos indicado) si se

prueba que durante el período legal de la concepción la madre era de mala conducta notoria, o tenía relaciones de tal naturaleza que hagan presumible el trato carnal con otro individuo". En la primera parte de esta disposición nos basamos al afirmar que nuestra ley no rechaza las pruebas de carácter serológico y creemos que, aun más, para que no quede desamparado el niño cuyo padre no se puede precisar por la promiscuidad sexual de su madre, debería prescribirse para esta situación la prueba de los grupos sanguíneos que por lo menos en algunos casos podría dar resultados satisfactorios, ya que su fracaso se presentaría tan sólo cuando ambos o todos los posibles padres tuviesen las mismas reacciones serológicas.

La acción de investigación de la paternidad corresponde al hijo, quien puede hacer uso de ella y presentarse en juicio por sí solo si es mayor de 18 años. Este mismo derecho tiene la hija que fuere casada; pero, con consentimiento de ella, puede intentar la acción el marido y si fuere demente o sordomuda, el consentimiento lo dará el juez.

Tratándose de impúberes, la acción puede ser intentada por la madre ilegítima por sí sola, excepto si fuere casada. Si el hijo fuere adulto, deberá contar con el asentimiento de éste, a menos que fuere demente o sordomudo.

En caso de faltar la madre ilegítima o de hallarse ésta casada, interdicta o demente, la acción se propondrá por el tutor o un curador especial o *ad-litem*. Si el menor es adulto que no ha cumplido 18 años necesita dar su consentimiento, excepto en el caso de ser demente o sordomudo y la acción se intentará por el curador general, un curador especial o un curador *ad-litem*.

La investigación de la maternidad ilegítima es permitida en términos más amplios. Si la presunta madre negare ante el juez que el demandante es hijo suyo, este tiene la

facultad de hacer uso de cualquiera clase de testimonios fehacientes que acrediten el hecho del parto y la identidad del hijo.

Durante la menor edad del hijo o en caso de ser demente o sordomudo, corresponde intentar la acción representando al hijo, a su padre ilegítimo, o al tutor o curador general, o un curador especial o *ad-litem*.. Si no se ha hecho uso de este derecho durante la menor edad, el hijo podrá intentar la acción dentro de los dos años subsiguientes al cumplimiento de la mayor edad.

Otras restricciones para la investigación de la paternidad y maternidad son la muerte de los supuestos padre y madre o el hecho de estar casada ésta.

En resguardo de investigaciones fraudulentas que podrían llegar a declarar padres o madres a personas completamente extrañas, la ley dispone que "No valdrán la citación de la demanda ni el juicio y fallo consiguientes, si no se hubiere hecho aquella citación en la persona del demandado. Las notificaciones se verificarán de conformidad con el Código de Procedimiento Civil". (Art. 309).

Hay sobra de razón para que se haya hecho esta reserva, para juicios de la inmensa gravedad que entrañan la declaración de paternidad o maternidad, sobre todo cuando se observa la frecuencia con que se propone juicios de divorcio, sucesorios y ótros en que se juegan grandes intereses, con el socorrido medio de hacer las tres citaciones por la prensa escogiendo periódicos de tan escasa circulación que bien merecen el calificativo de clandestinos.

PERMANENCIA DEL ESTADO CIVIL LEGALMENTE ADQUIRIDO

En relación con los menores, es de interés conocer las reglas pertinentes acerca de los efectos de la ley.

El artículo 7 del Código Civil establece que en caso de presentarse conflicto entre una ley posterior con una anterior, se lo resolverá aplicando, entre ótras, las siguientes reglas:

"2ª El estado civil adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución subsistirá, aunque dicha ley deje de regir; pero las obligaciones y derechos inherentes a él se subordinarán a la ley posterior, ora constituya nuevos derechos u obligaciones o modifique o derogue los antiguos. En consecuencia, la subordinación o dependencia entre cónyuges, padres e hijos, guardadores y pupilos, etc., se sujetará a la nueva ley desde que principie a regir, sin perjuicio del efecto de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de una ley anterior;

"3ª Los derechos de usufructo legal y de administración que el padre de familia tuviere en los bienes del hijo, y que hubieren sido adquiridos bajo una ley anterior, se

sujetarán en cuanto a su ejercicio y duración, a las disposiciones de la ley posterior;

"4ª Las personas que bajo el imperio de una ley hubieren adquirido la condición de hijos ilegítimos, conservarán esa condición, gozarán de todas las ventajas, y estarán sujetas a todas las obligaciones que les impusiere una ley posterior;

"5ª El hijo ilegítimo que hubiere adquirido derecho a alimentos bajo el imperio de una ley, seguirá gozándolos bajo el de la que se dé posteriormente. Pero en cuanto a goce y extinción de este derecho, se seguirán las reglas de la ley posterior;

"6ª Las meras espectativas no constituyen derecho. Así, la capacidad que una ley reconoce en los hijos ilegítimos para que puedan ser legitimados por el matrimonio de sus padres, no les da derecho a la legitimidad si el matrimonio se contrajere bajo el imperio de una ley posterior que prescriba nuevos requisitos o formalidades para la adquisición de ese derecho; a menos que se cumpla con ellos al tiempo de celebrar el matrimonio".

Estas disposiciones tienden a mantener la estabilidad de hechos tan esenciales y de tantas consecuencias como es por ejemplo el estado civil. Daría lugar a numerosas y graves dificultades la eventualidad de que un hijo legítimo pasara a ser ilegítimo o que un ilegítimo reconocido o declarado legalmente pudiera dejar de serlo por el advenimiento de una nueva ley.

DERECHO A ALIMENTOS

De las ocho categorías de personas a quienes se debe alimentos por mandato de la ley, tres corresponden a las que son objeto de nuestro estudio. Estas son: a) los descendientes legítimos que ocupan el segundo lugar de la escala, después del cónyuge; b) los hijos ilegítimos y su posteridad legítima, a los que se asigna el cuarto lugar, y c) en quinto lugar los padres ilegítimos.

La obligación de suministrar alimentos cesa en los casos determinados expresamente por la ley, los que no son sino dos: a) El hijo ilegítimo está vedado de pedir alimentos a su madre, si ésta se halla casada; b) Cuando el que podía exigir alimentos ha cometido injuria atroz contra el alimentante, caso que jamás o muy excepcionalmente puede presentarse en niños, sobre todo si se atiende a que, por falta de disposición especial que puntualice lo que ha de entenderse por injuria atroz para este caso de dación de alimentos, hay que recurrir a los artículos 1029 y 1030 que, al señalar las personas que son indignas de suceder al difunto o de percibir un legado, enumeran casos de indignidad o de injuria atroz.

Reglas especiales que norman la prestación de alimentos en lo que concierne a los hijos y sin perjuicio de las generales, son las siguientes:

"Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza y educación de los hijos legítimos corresponden al sobreviviente (Art. 247)".

"Los gastos de crianza y educación de los hijos legítimos pertenecen a la sociedad conyugal (Art. 246)".

Incumben al padre o madre que ha reconocido al hijo ilegítimo los gastos de su crianza y educación.

Los alimentos son de dos clases: congruos que se conceden a los descendientes legítimos y consisten en aquéllos correspondientes a una modesta subsistencia atenta la posición del alimentario y necesarios, que se señalan a los hijos ilegítimos y que consisten en lo estrictamente suficiente para conservar la vida.

Tanto en los alimentos congruos, como en los necesarios, el legislador ha incluído expresamente el deber de proporcionar al menor la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio.

El artículo 1192 del Código Civil establece con claridad los derechos derivados del legado voluntario de alimentos que hiciese el testador:

"Si se legaren alimentos voluntarios, sin determinar su forma y cuantía, se deberán en la forma y cuantía en que el testador acostumbraba suministrarlos a la misma persona; y a falta de esta determinación, se regularán tomando en cuenta la necesidad del legatario, sus relaciones con el testador, y el caudal del patrimonio en la parte que el testador ha podido disponer libremente.

"Si el testador no fija el tiempo que haya de durar la contribución de alimentos, se entenderá que debe durar por toda la vida del legatario.

"Si se legare una pensión anual para la educación del legatario, durará hasta que cumpla veinte y un años, y cesará si muere antes de cumplir esa edad".

También refiriéndose a las asignaciones alimenticias he-

chas voluntariamente, ya por testamento, ya por donación entre vivos, el Código (Art. 371) establece que se respetará la voluntad del testador o del donante, sin otra limitación que la de no excederse de lo que ha podido disponer libremente.

Correlativamente, al derecho de los hijos, la madre ilegítima puede también pedir alimentos a su hijo; pero pierde este derecho —a modo de sanción —en el caso de haberlo abandonado en su infancia.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1826
QUITO

COMO SE HACEN EFECTIVOS LOS DERECHOS

Examinemos, ahora, la forma como se puede dar efectividad a los derechos sustantivos que acabamos de enunciar. Nos sirven principalmente los artículos que forman las secciones 15 y 16, título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil (Art. 763 a 788).

Primera cuestión que se presenta a este respecto es la prueba del respectivo estado civil, la demostración de la clase de hijo que se es para invocar tales o cuales derechos, fundamentalmente el de obtener alimentos.

El estado de hijo legítimo se prueba con la respectiva partida de nacimiento que, desde luego, puede impugnarse, por cuanto dicho documento no acredita sino la declaración hecha en él, mas no su veracidad.

El estado civil de hijo ilegítimo se prueba mediante el instrumento que al efecto hayan otorgado el o los padres que reconocieron al hijo con este carácter, mediante copia tomada del Registro Civil.

La persona que se encuentra en notoria posesión de un estado civil no necesita justificarlo para reclamar un derecho fundado en él; pero en caso de objetarse por la otra

parte, se discutirá en el mismo juicio, excepto si se trata de juicios ejecutivos o sumarios, los que se suspenden hasta resolver acerca del estado.

La presentación del instrumento probatorio es, a pesar de esto, no obstante la notoria posesión de su estado, indispensable para la reclamación de alimentos o de herencia que los hijos ilegítimos o los legitimados por matrimonio posterior a su nacimiento hagan fundados en sus respectivas calidades (C. C., Art. 343, inciso 2º).

El hijo ilegítimo que demanda alimentos deberá, pues, acompañar a la demanda la escritura pública, testamento o acta en que consta el reconocimiento de que fue objeto debidamente inscrito en el Registro Civil. El legitimado, asimismo, deberá presentar la correspondiente escritura de reconocimiento.

La notoria posesión del estado de hijo legítimo que debe comprender un período mínimo de diez años continuos, "consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo con ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y conocido como hijo legítimo de tales padres". (C. C., Art. 345; C. de P. C., Art. 771).

Como una excepción al principio general de que las sentencias sólo aprovechan o perjudican a los litigantes el fallo que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo o la maternidad discutida, tiene fuerza con respecto a todos, relativamente a los efectos causados por dicha legitimidad o maternidad; pero para ello es necesario: 1º) Que dicho fallo haya pasado en autoridad de cosa juzgada; 2º) Que se haya pronunciado con legítimo contradictor, entendiéndose por tal, el padre contra el hijo o viceversa en el juicio de paternidad, y 3º) Que no haya habido colusión en

el juicio, o sea, acuerdo fraudulento entre las partes que litigan sobre la filiación legítima o la maternidad disputada.

No sería correcto ni razonable y sí de funestas consecuencias que, a título de estabilidad de las leyes y sentencias, hubiera de mantenerse a toda costa el absurdo de seguir considerando legalmente padre o quien más tarde se demuestra fehacientemente que no lo es por haberse comprobado ser ótro el verdadero padre. Así, pues, el artículo 354 del Código Civil y el 781 del de Procedimiento establecen que "A quien se presenta como verdadero padre o madre del que es reputado por hijo de ótros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce, no podrá oponerse prescripción ni sentencia pronunciada en juicio seguido entre otras personas", lo cual no rige para el caso del hijo ilegítimo quien puede pedir que declare el padre si cree ser tal, con el único propósito de que le suministre alimentos.

El derecho del hijo contra el padre, por alimentos, pertenece a la categoría de los llamados **personales o créditos**, porque sólo pueden reclamarse de la persona por cuyo hecho y por disposición de la ley ha contraído esta obligación. Da lugar, como todos los derechos personales, a acción personal (Art. 613 C. C.). Además, constituye un derecho irrenunciable e inalienable.

El juicio de alimentos es quizá el recurso lícito extremo al que recurre la persona indigente. El reclamante se halla en una situación apremiante de la cual, aun conforme al significado mismo de la expresión alimentos necesarios, depende su vida o muerte. Del todo ilusorio sería este derecho si para su efectividad hubiese de esperarse que termine la sustanciación del juicio. Muy acertado es, por tanto, el artículo 361 del Código Civil que faculta al juez para ordenar que se suministren alimentos tan luego como en la secuela del juicio aparezca fundamento razonable. Esta or-

den, como es natural, tiene el carácter de provisional y se da sin perjuicio de que el condenado al pago de alimentos exija la restitución de lo gastado en caso de ser absuelto y siempre que el peticionario hubiere procedido sin razón ni buena fe.

Los alimentos deben pagarse por mesadas anticipadas y desde la fecha de presentación de la demanda, lo que se explica fácilmente, pues, de un lado, estaría contra el concepto de alimentos necesarios la exigencia de éstos por un tiempo que ya vivió el alimentario sin que se le hubiesen proporcionado aquellos alimentos y, de ótro, mal podría subsistir en el futuro si no se le conceden con la suficiente anterioridad.

En lo demás, el juez tiene la facultad para determinar la cuantía, apreciando las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas, como también las posibilidades del alimentario, ya que se le deben sólo en la parte que le falta. Puede también regular la forma como hayan de prestarse los alimentos, que puede consistir en que se coloque un capital en un establecimiento bancario o de ahorros, para que los intereses de esta suma se entreguen mensualmente por concepto de alimentos si el alimentante no dispone de bienes raíces para garantizar el pago de la pensión.

La demanda se presenta ante el Juez Cantonal o Provincial, según la cuantía, quien señala cuatro días perentorios para acreditar el derecho que asiste al demandante y la cuantía de bienes del demandado. Vencido este término y mientras no se resuelva sobre la pensión provisional que fija el juez, no se admite al demandado solicitud alguna, ni aún la de confesión. El rigor de esta disposición obedece a que quien exige alimentos no puede esperar para satisfacerlos, un largo tiempo, pendiente de los incidentes que se promueven en los juicios. Por esta misma razón, el decreto

que ordena asistir con la pensión alimenticia provisional, no admite apelación sino en el efecto devolutivo y se ejecuta, aún cuando haya contradicción por parte del demandado.

Pero, en resguardo de los derechos del demandado, el mismo juez puede revocar este decreto o modificarlo, aumentando o rebajando la cuantía de la pensión, en cualquier estado del juicio y siempre que hallare fundamento razonable.

*
* *

Con motivo de la reclamación de herencias, últimamente ha surgido un problema jurídico, en cuanto a procedimiento y es el relativo a una modernísima teoría que han invocado algunos abogados en el sentido de que existe posesión notoria del estado civil de hijo ilegítimo.

En nuestra opinión ni del Código Civil ni del de Procedimiento se puede extraer nada que ni remotamente justifique la existencia de tal estado, ni que haga admisible una prueba de tal naturaleza. Al contrario, el texto y la índole de las disposiciones pertinentes están demostrando la improcedencia de esta alegación.

Los artículos 344 y 345 del Código Civil, como los 770 y 771 del de Procedimiento Civil que reproducen textualmente los que acabamos de citar definen y precisan minuciosamente en que consisten la posesión notoria del estado de matrimonio y la del de hijo legítimo, al establecer las reglas a las que se sujetan las pruebas del estado civil.

En ninguna parte se hace mención alguna a la posesión notoria del estado de hijo ilegítimo y no cabe que lo haga ya que el reconocimiento es un acto al que esta misma legislación le ha dado siempre ciertas solemnidades. Tanto es así que en las cuatro primeras ediciones de nuestro Código

el Título XIV del Libro primero se denominaba "De los hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente", lo que implica que, el reconocimiento demanda o exige determinadas solemnidades.

En efecto, el mismo Código Civil, según hemos visto, establece dos caminos, generales con algunas variantes, para el reconocimiento: a) la forma voluntaria, mediante escritura pública, ante un juez y tres testigos, por testamento o por declaración personal al incribirse el nacimiento o por igual declaración constante en el acto del matrimonio de los padres, b) la forma litigiosa o forzada, en casos especialmente previstos, dentro de cierto tiempo, sujeta a prueba y declarada en juicio por juez competente. Pero ni siquiera toda esta serie de exigencias es suficiente, pues la ley exige la aceptación del reconocimiento por el hijo que en el caso de juicio se entiende existir por el solo hecho de presentar la demanda de declaración de paternidad, y finalmente la inscripción en el Registro Civil.

Pero hay más, ambos Códigos, el Sustantivo y el Procesal, disponen textualmente "Con todo al hijo ilegítimo que demandare alimentos o una herencia, y al 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, según el Código de Procedimiento Civil". Esta disposición tan terminante está demostrando que jamás ha querido el legislador establecer la posesión notoria de estado de hijo ilegítimo, pues si así lo hubiere deseado, habría definido también en qué consiste como lo hace para los casos de matrimonio y de hijo ilegítimo.

Esta misma doctrina la exponen algunos tratadistas de derecho civil, como el chileno Luis Claro Solar.

He aquí sus palabras, referentes a Chile; pero aplicables al Ecuador:

"1982.—La ley no ha definido la posesión notoria de estado civil de un modo general, como lo hace el Código francés, sino que se ha referido únicamente al estado de matrimonio y al estado de hijo legítimo; por consiguiente, de la correlación de los artículos 310 y 311 que la defienden, con los artículos 305 y 309, resulta claramente que ningún otro estado civil puede ser probado por su posesión por más notoria que sea. Un hijo natural no puede probar su filiación de tal, sino por el instrumento público en que su padre o madre o ambos le hayan reconocido en este carácter. Un hijo ilegítimo no puede establecer su filiación con respecto a su padre, sino por la declaración de éste o por la presunción establecida con arreglo a los artículos 282 y 283, y con respecto a su padre, en la forma que expresa el artículo 289.

"La ley admite la prueba por la posesión notoria del estado civil, únicamente con relación a la familia legítima y como medio de asegurar la tranquilidad social con la certidumbre del estado que la posesión produce". (16).

Demasiado fácil y grave, por otra parte, sería recurrir al arbitrio de la posesión notoria del estado de hijo ilegítimo para evadir todas las exigencias legales. Nuestro sistema de testigos tan frágil y carente de valor permitiría que dos profesionales de la materia se presentaran ante el juez y declararan esta posesión notoria por el mero hecho de que un muchacho ha vivido en una misma casa con un supuesto padre que sólo es su protector o patrón.

Ciertamente sería ventajoso para el menor la existencia de esta prueba supletoria, pero las consecuencias gravísimas que se derivarían de su aceptación la hacen inadmisibles. Por mi parte, creo que la solución a este complejo problema debe ser más bien el eliminar las restricciones de tiempo y de procedimiento, particularmente en cuanto a la prueba en en los juicios de filiación.

Aunque para los efectos de obtención de alimentos y

desde la existencia del Código y de los Tribunales de Menores se ha facilitado bastante la tramitación que haga efectivo el derecho a ser alimentado, el juicio de investigación de la paternidad es largo, complicado y demoroso, pues permite las tres instancias y el trámite ordinario sujeto a todos los engorros y dilaciones.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1826
QUITO

LA PATERNIDAD, LA FILIACION Y LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Según el Código de Derecho Internacional Privado, aprobado en la Conferencia Internacional de La Habana de 1928 y por el Senado Ecuatoriano en noviembre de 1932 y ratificado por el Presidente de la República el 15 de abril de 1933, rigen los siguientes principios para solucionar los conflictos de leyes relativos a la paternidad y a la filiación:

1) Las reglas relativas a presunción de legitimidad y sus condiciones, las que confieren el derecho al apellido y las que determinan las pruebas de la filiación y regulan la sucesión del hijo son de orden público interno y debe aplicarse la ley personal del hijo, si fuere distinta a la del padre.

2) Son también de orden público interno; pero se aplica la ley personal del padre, las reglas que otorguen a los legitimados derechos sucesorios.

3) Son de orden público internacional la regla que da al hijo el derecho a alimentos y la prohibición de legitimar hijos no simplemente naturales (refiérese a ilegítimos).

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

4) La capacidad para legitimar se rige por la ley personal del padre y la capacidad para ser legitimado por la ley personal del hijo; pero la legitimación requiere la concurencia de los requisitos exigidos por ambas leyes.

5) Se someten a la ley personal del hijo las consecuencias de la legitimación, la acción para impugnarla y las reglas que señalan condiciones al reconocimiento, obligan a hacerlo en ciertos casos, establecen las acciones a ese efecto, conceden o niegan el apellido y señalan causas de nulidad.

6) Se rigen por la ley personal del padre los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos y por la ley personal del hijo, los de los padres ilegítimos.

7) Se regulan por el derecho territorial la investigación de la paternidad y de la maternidad, su prohibición y la forma y circunstancia del reconocimiento de los hijos ilegítimos.

8) Se someten a la ley personal del hijo la existencia y alcance de la patria potestad respecto de la persona, de los bienes, causas de su extinción, recobro, limitación por nuevas nupcias del derecho de castigar, la existencia del derecho de usufructo y las demás reglas aplicables a las diferentes clases de peculio sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren; esto último sin perjuicio de los derechos de tercero que la ley local otorgue ni de las disposiciones locales sobre publicidad y especialmente de garantías hipotecarias.

9) Pertenecen al orden público internacional las reglas que fijan la naturaleza y límites de la facultad del padre para corregir y castigar y su recurso a las autoridades, así como las que priven de la potestad por incapacidad, ausencia o sentencia.

(Art. 57 a 66 y 72 del Código "Sánchez de Bustamante").

ADOPCION DE MENORES

Es la más moderna de las instituciones de derecho civil dentro de la legislación ecuatoriana, pues apenas data del 26 de noviembre de 1948 en que el Congreso Nacional dictó una Ley especial, con el propósito de dar una protección más a los menores, ley que se ha incorporado ya en la quinta edición del Código Civil, constituyendo el Título XV del I libro (art. 315 a 332).

La adopción es el acto jurídico por el cual "un menor entra a formar parte de una familia extraña a la suya, con obligaciones y derechos" señalados en la ley tanto para el adoptante como para el adoptado.

Por la trascendencia del acto y sus consecuencias jurídicas, sociales y económicas, la ley exige ciertos requisitos e impone determinadas restricciones, que vamos a analizar.

Son requisitos para la adopción:

a) que el adoptante tenga capacidad jurídica esto es, que no se halle bajo el poder o dependencia de otra persona, puesto que como debe asumir la representación legal del adoptado y como adquiere la patria potestad sobre éste, sería absurdo que él mismo no fuera persona emancipada.

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

b) que tenga libre disposición de sus bienes, por las mismas razones anteriores que hacen que sea absurdo que un interdicto ejerza la representación de otra persona, siendo así que no es capaz de administrar sus propios bienes.

c) que no tenga menos de treinta años de edad ni sea mayor de sesenta, por cuanto el cuidado de un menor requiere por una parte de experiencia suficiente y por ótra de vigor físico y mental.

d) que el adoptante tenga por lo menos más de 20 años de edad con respecto al adoptado. Seguramente se ha puesto esta exigencia para obtener mayor seriedad y responsabilidad; pero parece que con una diferencia de 19 años ya habría suficiente garantía.

e) que haya consentimiento del adoptado si es menor de 15 años y de sus padres, pues sería absurdo colocar contra su volutad a una persona bajo la dependencia de un tercero que no tiene ninguna relación de parentesco o privar de la potestad a padres que no han dado motivo para ello, por el sólo hecho de atender al deseo de extraños. El consentimiento de uno solo de los padres es suficiente si ha muerto el ótro o está impedido legalmente de manifestar su voluntad. Asímismo en caso de divorcio o separación basta el consentimiento del padre que tiene la patria potestad, siempre que cuente con la aprobación del Tribunal de Menores. A falta de ambos padres, el consentimiento se dará por el representante legal o por un curador especial.

Están prohibidos de adoptar:

a) El guardador con respecto a su pupilo, mientras no haya rendido las cuentas de su cargo y hayan sido aprobadas judicialmente, para evitar perjuicios económicos al menor.

b) Los que se encuentren en estado de celibato, divorcio o viudez con respecto a personas de diferente sexo,

lo que se aplica fácilmente, pues amparados con una adopción podrían intentar o lograr la satisfacción delictiva de sus impulsos sexuales.

c) Los casados no pueden adoptar a menos que cuenten con la aceptación del otro cónyuge.

d) Las personas ya adoptadas por una no pueden ser adoptadas por otra persona, para evitar conflictos, por lo cual la única excepción a esta regla es que ambos adoptantes hayan contraído matrimonio entre sí.

"Por la adopción adquieren el adoptante y el adoptado los derechos y obligaciones correspondientes a los padres e hijos, en la siguiente forma:

"Si el adoptante o los cónyuges adoptantes no tuvieren hijos legítimos ni ilegítimos, el adoptante adquirirá todos los derechos de un hijo legítimo y gozará de las garantías que las leyes confieren a los hijos legítimos. Igual situación se establecerá entre el adoptante o los cónyuges adoptantes y el adoptado, si separada o conjuntamente los adoptantes tuvieren sólo hijos legítimos.

"En el caso del inciso anterior se exceptúa el derecho de herencia de los padres de los adoptantes; pues, de concurrir éstos con el menor adoptado, exclusivamente, la herencia se dividirá entre dichos padres y el adoptado, por partes iguales. Esta disposición no perjudica los derechos del cónyuge sobreviviente que están reglados por este Código.

"En caso de que el adoptante o cualquiera de los cónyuges adoptantes tuviere hijos ilegítimos, al adoptado adquirirá los derechos de un hijo ilegítimo, y su padre o padres adoptivos tendrán para con él las obligaciones que establece la ley para los padres ilegítimos.

"En ningún caso y por ningún motivo se alterarán ni modificarán los derechos de los adoptados ni las obligacio-

nes de los adoptantes por hechos o circunstancias posteriores a la adopción".

La patria potestad del adoptante se pierde o suspende por las mismas causas que se suspendería o perdería en tratándose de padres legítimos.

La adopción es definitiva, por esencia, como lo es el matrimonio; pero por causas graves debidamente probadas, que coinciden con las de desheredamiento de los legitimarios y las de revocación de donaciones se la permite mediante juicio verbal sumario tramitado ante un juez provincial y con la intervención del Presidente del Tribunal de Menores, si el adoptante es menor de edad.

Puede también terminar la adopción mediante escritura pública en que adoptante y adoptado manifiesten su conformidad, siempre que el adoptante sea mayor; o simplemente por la volutad del adoptado mayor de edad y por los motivos por los que se puede privar legalmente de la patria potestad.

El adoptado continúa perteneciendo a su familia natural y conserva todos sus derechos para con ella; pero los padres naturales pierden la patria potestad, de la misma manera que cesa cualquier guarda por el hecho de la adopción, cuyos efectos legales para con terceros y entre los que se ha verificado ésta comienzan desde la inscripción de la escritura pública en el Registro Civil.

El procedimiento para que se realice la adopción se somete a los siguientes pasos:

a) presentación de solicitud al Tribunal de Menores de la jurisdicción a la que pertenezca el adoptante;

b) informe del Servicio Social, o en su falta de uno de sus miembros, en el que constará la conveniencia o necesidad de la adopción; la aptitud del menor para ser adoptado, y la capacidad económica. moral y educativa del adoptante;

c) otorgamiento de escritura pública ante Notario, en la que se hará constar: la voluntad del adoptante, la aceptación del adoptado o de su representante legal, la autorización del Tribunal de Menores en la que constará que el adoptante ha tenido al menor bajo su protección y cuidado por lo menos durante seis meses, el número de hijos legítimos e ilegítimos del adoptante.

Por fin, conviene hacer presente que el Código Civil dispone que los Tribunales de Menores procuren obtener que los expósitos sean adoptados, preferentemente a la mera colocación familiar que les incumbe conseguir.

En cuanto a la adopción, el Código Sánchez de Bustamante establece que tanto la capacidad para adoptar y ser adoptado, cuanto las condiciones y limitaciones de la adopción siguen la ley personal de cada uno de los interesados, los cuales pueden impugnar la adopción conforme a las prescripciones de su ley personal.

"Se regulan por la ley personal del adoptante sus efectos en cuanto a la sucesión de éste, y por la del adoptado lo que se refiere al apellido y a los derechos y deberes que conserve respecto de su familia natural, así como a su sucesión respecto del adoptante" (Art. 74).

"Son de orden público internacional las disposiciones que en esta materia regulan el derecho a alimentos y las que establecen para la adopción, formas solemnes". (Art. 76).

TUTELA Y GUARDAS ESPECIALES

Los actos jurídicos tienen como elemento esencial a su naturaleza la voluntad de quien los realiza. El agente que ejecuta un acto jurídico debe ser capaz de querer y debe manifestar su voluntad. Y bien, no sólo de los estudios psicológicos, sino aún de la simple experiencia vulgar, se desprende la observación de que los niños, por su calidad de seres en formación, no disponen de la facultad de querer basada en ciencia y experiencia, estando, por esta razón, sujetos a errar no sólo en perjuicio de los demás sino de sus propios intereses. Su inocencia, candorosidad, excesiva confianza en los demás hacen, pues, necesario que alguien vigile por sus intereses, así como en los primeros años del nacimiento, la madre, o alguien en su falta, ha de velar por su vida, protegiendo al sér indefenso de las inclemencias y peligros del medio físico. Contra el ambiente moral y jurídico, se requiere, igualmente, que alquien lo proteja por falta, ausencia o incapacidad del padre. Nace, pues, la necesidad de la tutela, cuyo preciso contenido ideológico es defensa. Es una de las instituciones jurídicas más antiguas, como que se halla en los más remotos tiempos del derecho civil romano.

Desde los primeros momentos de la formación del de-

recho se consideró las desigualdades psíquicas y sociales que diferencian a unos hombres de ótros y se los agrupó en distintas clasificaciones.

La división que más nos interesa, para el caso, es la que distingue a los hombres que son dueños de sí mismos; esto es, **sui juris**, de los que están sujetos a potestad ajena, o **alieni juris.**

Los primeros, o **sui juris**, son los que no se encuentran bajo potestad, ya sea patria o señoril, y es a éstos a quienes se aplica la institución de la curatela, **cura** o **curatio**, lo mismo que la de la tutela, con la cual se encuentra íntimamente ligada, al extremo de que en la legislación moderna, casi llega a confundirse.

En efecto, en el Código Civil de Bello que ha sido adoptado en varios países, si bien se conserva la distinción entre tutela y curatela, en cuanto a la nomenclatura, en el fondo casi son una misma cosa. Así la tutela es la guarda que se da a los impúberes —hombres menores de 14 años y mujeres menores de 12— mientras la curatela se da a los demás incapaces, como los menores adultos, los dementes, los pródigos, los ebrios consuetudinarios, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Esta casi confusión de conceptos entre tutela y curatela no existía en el Derecho Romano. Al contrario, hay caracteres precisos que las separan.

De la definición de Servio Sulpicio que dice: "tutela es la fuerza y potestad en una cabeza libre para defender al que por su edad no puede defenderse por sí mismo, dada o permitida por el Derecho Civil", definición en la que la expresión cabeza libre debe entenderse como hombre **sui juris**, se infiere que el tutor se da primariamente a la persona del pupilo y secundariamente a sus cosas y patrimonio;

al tanto que el curador se concede principalmente a las cosas y en segundo término a las personas.

De la definición se colige que no se puede dar tutor al que tiene padre, por tener patria potestad que le defiende y no ser persona **sui juris;** ni al siervo, por estar bajo la potestad del amo; ni al extranjero, porque no se le hace partícipe de las reglas del Derecho Romano.

La tutela es la guarda que se confiere a los impúberes en razón de su absoluta incapacidad para los actos civiles y se extiende tanto a las personas sometidas a ella, como a los bienes de éstas, en lo moderno.

Por ser una institución de derecho público, fundada para precautelar los intereses de los impúberes, indefensos en la lucha por la vida, son cargos que impone la ley con fuerza obligatoria.

El individuo sujeto a tutela toma el nombre de pupilo.

Como la persona que está bajo patria potestad tiene al padre que la ejerce para cuidarle y representarle, síguese que no se puede dar tutela, en este caso, a no ser durante el tiempo que esté suspensa la potestad por disposición del juez, lo que se verifica por ausencia larga del padre que acarree perjuicio al hijo, por demencia o por interdicción de administrar sus bienes (C. C. Art. 280).

En ciertos casos, a más del tutor, puede nombrarse un curador adjunto para que ejerza por separado la administración de determinados bienes. Tal curador puede dar el juez a pedido del tutor que alegue complejidad en la administración de los bienes o cuando se deja a un pupilo herencia o legado o se le dona algo con la expresa condición que estos bienes sean administrados por la persona que designe el testador o donante, o a falta o por mala designación de éstos, por el juez. Pero no hay obligación de aceptar este curador, si oídos los parientes y el Ministerio Público apare-

ciere preferible al pupilo el rechazo de la donación, legado o herencia.

Se designa también curador especial, llamado curador de bienes, para la protección de los derechos eventuales del que está por nacer.

Puede colocarse bajo una misma tutela a dos o más individuos siempre que haya entre los pupilos indivisión de patrimonio.

Una misma tutela puede confiarse en conjunto a dos o más tutores.

Las tutelas como las curadurías, en atención al modo de constituirse, se distinguen en tres clases: testamentarias, las que se confieren por testamento; legítimas, cuando son establecidas por voluntad del legislador, el cual las confiere a los parientes del pupilo; y dativas, si corresponde al juez el conferirlas.

Pueden nombrar tutor o curador mediante testamento:

1) El padre legítimo a sus hijos que carezcan de madre; pero si tuvieren madre bajo cuya potestad deben quedar, sólo podrá nombrar curador adjunto lo mismo que al hijo que se halla todavía en el vientre materno. También puede nombrar curador adjunto —aunque tal nombre es impropio, pues la calidad de adjunto únicamente pertenece a los curadores con relación a quienes están bajo potestad o bajo otra guarda general— para la defensa de los derechos eventuales del que está por nacer. No puede hacer esta designación el padre a quien se ha privado de la patria potestad o removido judicialmente de la guarda de su hijo.

2) La madre legítima, por falta del padre, exceptuando la privada del ejercicio de la potestad, la divorciada a causa de adulterio ni la que haya pasado a otras nupcias.

3) El padre y la madre ilegítimos.

4) Los padres legítimos o ilegítimos sin tomar en cuen-

ta las restricciones anteriores y, en general, cualquiera persona, con tal que donen o dejen al pupilo alguna parte de sus bienes no debida como legítima. Como el guardador nombrado para este caso, lo es exclusivamente para la administración de los bienes donados o dejados al pupilo, se infiere, que sólo puede tratarse de curaduría adjunta, por más que en el texto mismo del artículo 396 se habla también de tutor.

La ley faculta al testador para que pueda nombrar, si así lo prefiere, dos o más tutores o curadores que hayan de ejercer la guarda simultáneamente y también para dividir entre ellos la administración. Si el testador no hubiese separado por sí mismo las funciones de los tutores o guardadores que deben obrar de consuno, el juez —oídos los parientes del pupilo— puede dividir las funciones entre los guardadores.

Por falta o expiración de la guarda testamentaria, tiene lugar la legítima que viene a ser, por tanto, supletoria de la voluntad del padre.

Son llamados a esta guarda, los parientes legítimos, en el siguiente orden preferencial y excluyente de los demás: 1) el padre, por ejemplo, en el caso de haber emancipado el menor; 2) la madre; 3) los demás ascendientes; 4) los hermanos varones del pupilo y los hermanos varones de sus ascendientes. Por imposibilidad del padre y madre, el juez elige la o las personas que deben encargarse de la guarda, de entre los demás ascendientes del pupilo y, a falta de éstos, de entre los colaterales ya indicados, debiendo preferir a quienes sean más aptos y presten mayores garantías de eficiencia y honradez.

En tratándose del hijo ilegítimo son llamados a desempeñar la guarda legítima el padre o madre que primero lo

hayan reconocido o, de haberlo hecho simultáneamente, el padre.

Vemos, pues, que cuando faltan todas las personas designadas por el testador, se confiere al pupilo tutor o curador legítimo, quien es reemplazado por ótro de su clase. A falta de todos ellos, viene la tutela o curaduría dativa, que es conferida por el magistrado, oyendo a los parientes del pupilo. Para esta designación, puede preferir al curador adjunto, caso de existir. Es facultativo también nombrar dos o más personas para el cargo y dividir entre ellas las funciones como en el caso de la curaduría testamentaria.

El curador dativo tendrá carácter de interino en dos circunstancias: 1) cuando, por una causa cualquiera, se retarda el discernimiento de una guarda, y 2) cuando durante la guarda sobreviene al tutor o curador un impedimento que obste al desempeño de su cargo, por ejemplo, el menor de 21 años, próximo a cumplirlos a quien se hubiere nombrado guardador por testamento, o en el caso del guardador ausente o enfermo. No se nombra tutor o curador interino, por no haber necesidad, cuando existe ótro que pueda suplir la falta, o cuando puede continuar ejerciendo la guarda la persona que actualmente la desempeña, mientras se provea a la designación de su reemplazo o sucesor.

Es tanta la importancia de las funciones del tutor, tal la trascendencia de su misión protectora del menor que, a más de las precauciones de que ha rodeado la ley a su nombramiento, establece también una serie de formalidades en amparo de los intereses del pupilo, previas al desempeño de tan delicado cargo al que van aparejadas, por otra parte, serias responsabilidades.

Hecho el llamamiento del tutor o curador testamentario o legítimo, o designado por el juez, el nombrado necesita rendir caución, que deberá consistir en fianza o en hi-

poteca suficiente. Salta a la vista la falta de lógica del Código en este aspecto, pues, indudablemente debió exigirse, en primer término hipoteca, por la mayor seguridad que ofrece, y sólo a falta de ella, pudo haberse admitido la fianza.

Están exceptuados de la obligación de prestar fianza:

1) El cónyuge, los ascendientes y descendientes legítimos por la confianza que inspiran en cuanto al interés que naturalmente tienen por sus pupilos, dada su condición de parientes;

2) Los guardadores interinos, por la brevedad del tiempo de su actuación y la urgencia de que entren a desempeñar el cargo;

3) Los que se dan para algún negocio particular sin administración de bienes, pues no hay peligro de que comprometan el patrimonio del pupilo;

4) Los guardadores de reconocida probidad y de suficiente solvencia, siempre que los bienes del pupilo sean pocos.

Después de rendida la correspondiente caución se requiere del discernimiento, formalidad de mera rutina en nuestro derecho, que no se exigía en el Código Napoleón y que consiste en el decreto por el cual autoriza el juez al tutor o curador para el ejercicio del cargo. La falta de discernimiento acarrea la nulidad de todos los actos realizados por el tutor o guardador antes de ser conferido; pero una vez expedido el decreto convalecen todos los actos anteriores, de cuyo retardo se siguieren perjuicios al pupilo.

Nombrado el guardador, rendida la caución y obtenido el discernimiento, es necesario que preceda inventario solemne para que pueda darse la administración de los bienes. Esta diligencia debe practicarse dentro de los noventa días subsiguientes al discernimiento, plazo que, de acuerdo con las circunstancias, puede ser ampliado o restringido por

el juez. Antes de formado el inventario, el guardador no puede realizar otros actos de administración que los estrictamente necesarios, como sería demandar a un deudor moroso cuando, de no hacerlo, peligren los intereses del pupilo.

La obligación de hacer inventario es tal que no puede ser eximida ni por el testador y que el guardador puede ser removido de la tutela o curaduría como sospechoso y condenado al pago de perjuicios, a causa de negligencia en formar el inventario y por toda falta grave en que incurra. Sólo puede prescindirse del inventario solemne si los bienes del pupilo son tan exiguos que no soportan el gasto. En este caso, oídos los parientes del pupilo y el defensor de menores, se procederá a formar un apunte privado que lleve las firmas del tutor o curador y de tres de los parientes más cercanos, mayores de edad o a falta de éstos, de tres personos respetables. Como el propósito de la ley al exigir el inventario solemne es custodiar y proteger los bienes del pupilo, resultaría contraproducente exigir este requisito aún cuando los bienes pupilares fueran a desaparecer o reducirse notablemente a causa de los gastos que implicaría el cumplimiento de esta formalidad. Por esto, el Código de Procedimiento repite, en su artículo 675, la misma disposición del 416 del Código Civil, por la que se exime del deber de inventariar solemnemente los bienes del menor que no resistan a los gastos de esta diligencia.

"El inventario deberá ser hecho ante el Secretario y testigos en la forma en que en el Código del Procedimiento Civil se prescribe" dice el artículo 417 del Código Civil. Según el de Procedimiento (Art. 673). "Cuando alguno o algunos de los herederos estén o deban estar bajo tutela o curaduría, o siendo menores no puedan estar representados por el padre o madre, por haber contraposición de intereses, se formará el inventario con asistencia de las personas que re-

presenten, del secretario de un juzgado, de dos testigos y del perito o peritos, y no concurrirá el juez sino a solicitud de algún interesado".

Comentando el Derecho Civil Francés, escribe Toullier: "El inventario es un instrumento público que contiene circunstanciadamente los bienes de la sucesión, muebles, efectos, mercaderías, dinero, créditos, pagarés, títulos y papeles dejados por el difunto: en una palabra es el cuadro de la sucesión.

"Así, el inventario debe ser exacto, fiel y completo; debe contener todos los bienes; aún deberían constar los inmuebles".

Siguiendo este amplio y preciso concepto de lo que debe ser un inventario, la ley especifica los detalles de su ejecución.

En el inventario, se debe hacer constar, según lo prescribe el Código Civil (Art. 418): 1) Una relación circunstanciada de todos los bienes raíces y muebles de la persona de cuya hacienda se trata, particularizándolos uno a uno, o señalando en conjunto los que consisten en número, peso o medida, debiendo expresarse la cantidad, la calidad y todo lo que fuere necesario para precisar la responsabilidad del guardador.

2) Los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas del pupilo de que hubiere comprobante o sólo noticia, los libros de comercio o de cuentas, lo cual permitirá determinar el activo y pasivo del pupilo.

3) Todos los objetos que se encuentren presentes, aunque no fueren de propiedad de la persona cuyos bienes se inventaría, pues sobre ellos pesa también la responsabilidad del guardador.

4) Los nuevos bienes que por cualquier título acrecie-

ren la hacienda inventariada o que se encontraren después de hecho el inventario, serán objeto de un nuevo inventario solemne que se agregará al anterior.

Las demás formalidades se hallan prescritas en el artículo 676 del Código adjetivo, que dice:

"Además de observarse los requisitos expresados en los artículos 417 y 418 del Código Civil, se hará lo siguiente:

"1º Se mencionará el nombre y domicilio de la persona o personas que hubiesen pedido la formación del inventario, de los interesados que hubiesen comparecido; de los que, citados, no hayan concurrido, de los ausentes, si fueren conocidos, y de los peritos;

"2º Se designará el lugar o lugares en donde se haga el inventario;

"3º Se describirán los objetos que se inventaríen, con designación del precio que fijen los peritos;

"4º Se describirán los papeles, libros de negocios y demás documentos que se encuentren, numerándolos y rubricándolos el juez, escribano o testigos, en su caso;

"5º Se enumerarán y describirán, asimismo, los títulos de créditos activos y pasivos;

"6º Se mencionará el juramento que prestaren los que han estado en posesión de los objetos, sobre no haber visto ni oído que ótros hayan tomado alguna de las cosas correspondientes a la herencia, o que se hallaban en la casa o casas del difunto;

"7º Se expresará la entrega de los bienes y papeles al depositario, o al heredero o albacea, en su caso, observando en cuanto a éstos, lo dispuesto en el artículo 653; y,

"8º Se firmará el inventario, día por día, por las personas que hubiesen estado presentes".

El afán protector del legislador es tal que, partiendo de estos dos principios del todo aceptables: que la guarda

es en beneficio del pupilo y que la oscuridad y dudas acerca del contenido del inventario se deben a negligencia o impericia del guardador, dispone que no habida prueba aceptable sobre el preciso alcance del contenido del inventario, todos los pasajes oscuros o dudosos se interpretan a favor del pupilo.

Además, siempre en beneficio del pupilo, el inventario constituye prueba plena contra el guardador, no admitiéndose en su descargo ni aún el error de hecho, a menos de mostrarse que se trataba de un error inevitable aún empleándose suma diligencia o sin la posesión de especiales conocimientos científicos o la verificación de experimentos de igual naturaleza. Tampoco se acepta al guardador, ni aún en razón de haber querido favorecer al pupilo, la excepción de haber hecho constar, a sabiendas, en el inventario, especies que realmente no se le entregaron.

Finalmente, resta indicar a propósito de esta materia, que para el cambio de tutor o curador se precisa también de inventario solemne con todos los requisitos de si se tratara de su formación. El guardador que sucede a ótro debe recibir los bienes por el inventario anterior, anotando en él las diferencias.

Analicemos, ahora, los trámites que deben seguirse para el nombramiento, discernimiento, declaración de incapacidad, admisión de excusas y remoción de los guardadores, todo lo cual es objeto de la sección 20, título II, Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Una vez nombrado y rendida fianza en los casos exigidos por la ley, lo que se hará constar por escrito presentado al juez, reconocido por el fiador, el guardador pedirá al juez Provincial que, visto su nombramiento, le señale día y hora para el discernimiento del cargo.

El día y hora señalados, en el correspondiente juzgado

y ante el secretario respectivo, el juez le tomará juramento y extenderá el discernimiento en acta en la cual, hecha mención del nombramiento de guardador, se expresará que le autoriza para ejercer todas las funciones de su cargo. Firman esta acta el juez, el secretario y el guardador, luego se ordena su protocolización y se entrega copia de ella al guardador para que le sirva de poder.

Tratándose de un niño demente, se presentan dos causas de incapacidad, cada una de las cuales por sí sola demanda el nombramiento de guardador; pero como no hay razón para que coexistan los dos, si el demente es impúber y tiene tutor, se le preferirá a éste para la curaduría interina y para la general, por ser la persona en quien se presume la mayor aptitud para el desempeño de la guarda.

Por lo demás, siendo el demente y el impúber absolutamente incapaces, o sea, inhábiles para todos los actos de la vida civil, ninguna necesidad hay de hacer declarar judicialmente la demencia.

El padre de familia del niño demente, cuando éste haya llegado a la pubertad continuará cuidando de su persona y bienes. Pero una vez llegado el demente a la mayor edad, 21 años, deberá precisamente provocar el juicio de interdicción.

Tanto el Código Civil chileno, como el ecuatoriano, cuyo artículo 492 es fiel copia del 457 de aquél, usan la expresión "podrá el padre de familia seguir cuidando de su persona y bienes...". Se refiere al pupilo demente. El proyecto de Bello, artículo 527, empleaba la expresión imperativa seguirá, en vez de la opcional podrá de nuestro Código. No hallamos la menor razón para este cambio, acerca del cual nada dice tampoco el comentarista Borja. Encontramos completamente improcedente el cambio, pues la reforma nada dispone, ya que en la forma como ha quedado el artículo

con la transformación, las cosas permanecen en su sitio; demente o no demente el hijo de familia que llega a la pubertad puede seguir bajo el cuidado de su padre.

Comentando el artículo 457 del Código chileno, 492 del nuestro, el nombrado doctor Borja encuentra en él esta regla: "El padre no puede solicitar la interdicción del hijo menor", concepto que no aparece en ninguna parte del artículo y que sólo se halla incluído en la redacción del proyecto de Bello que es la que debió aceptarse. Del texto del artículo 491 (456 del Código Chileno) que habla del "adulto que se halla en estado habitual de demencia", sí puede inferirse que el impúber no puede ser puesto en interdicción, lo que tampoco es agregar nada, ya que ningún impúber administra bienes ni celebra actos civiles por ser absolutamente incapaz, no habiendo, por tanto, causa ni objeto de interdicción.

En todo caso, lo real y seguro es que el demente impúber, y aún el menor adulto en estado de demencia, no necesitan ser puestos en interdicción siempre que conserven su calidad de hijos de familia.

"Para el nombramiento de curador de los derechos eventuales del que está por nacer, bastará que lo solicite la madre u otro interesado y que haya presunciones de que ella está encinta" (Art. 825 C. de P. C.).

Cuando, por causa de disipación, se haya dado curador al marido, corresponde a este mismo curador, a más de la administración de la soc edad conyugal, el ejercicio de la tutela de los hijos impúberes del disipador.

ADMINISTRACION DE BIENES POR EL TUTOR

El tutor, lo mismo que el curador, tiene tres clases de obligaciones en lo que concierne a la administración de los bienes de su pupilo:

1ª Representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que afectan al pupilo. Aunque en el artículo 426 del Código Civil se añade "y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones", la verdad, inferida del contexto de los numerosos artículos que constituyen el título XXI del Libro de las Personas de nuestro Código, es que dicho agregado no tiene razón de ser, desde que el tutor (o curador) como representante legal del pupilo tiene que intervenir absolutamente en todos los actos judiciales o extrajudiciales que pueden afectar a su representado. Al estudiar la historia de la ley, en esta parte, se comprende que el agregado sólo consta por un error de adaptación del proyecto original de Bello;

2ª Administrar los bienes del pupilo, respondiendo hasta de culpa leve por la conservación, reparación y cultivo de estos bienes.

Dentro del amplio concepto de administración, distínguense según Borja, 4 especies de actos: a) meramente ad-

ministrativos que el tutor debe realizar en beneficio de su pupilo; b) actos que puede ejecutar; pero previa autorización del juez; c) que requieren de la autorización judicial y de ciertas formalidades, y d) actos que le están prohibidos realizar;

3ª Llevar cuenta fiel, exacta y documentada de todos sus actos administrativos, día por día, y rendirla bajo su responsabilidad, al término de su administración. Esta obligación subsiste por más que el testador haya dejado bienes con la expresa condición de no exigirse la cuenta o el saldo. El juez, de oficio, o a solicitud de cualquiera de los otros guardadores, de los consanguíneos próximos o del respectivo defensor, podrá exigir en cualquier tiempo que el tutor exhiba las cuentas de su administración o manifieste las existencias a otro tutor o curador, o al especial que designe el juez.

Actos de mera administración:

1) El tutor debe buscar el medio de que los dineros de su pupilo produzcan renta. Al efecto, el dinero ocioso, esto es, el que sobrare después de provistos los gastos del pupilo, lo empleará en la adquisición de bienes raíces o colocándolo a intereses, bajo pena de pagarlos él y tomando, por cierto, las mayores seguridades. No puede dedicarlo a compra de acciones ni a otros negocios que los indicados, para no exponer al pupilo a perder su patrimonio en una especulación o negocio aventurados;

2) El tutor está facultado para recibir los dineros que, en calidad de pago, le entreguen los deudores del pupilo, con lo cual éstos quedan libres de su obligación en la parte abonada al tutor. Inmediatamente que se haga exigible un pago, el tutor cuidará de hacer abonar lo que se deba al pupilo, persiguiendo a los deudores por los medios legales, caso de ser necesario;

3) Las prescripciones se suspenden, en general, en beneficio de las personas que están bajo patria potestad o bajo tutela (Arts. 2527 y 2538 del C. C.); pero la de corto tiempo y la extraordinaria no se suspenden. Para estos casos, el tutor tiene el deber de interrumpirlas, a fin de no ocasionar pérdidas a su pupilo. Medios de conseguir la interrupción serían exigir el reconocimiento expreso de los derechos, o demandar en juicio para recaudar los bienes de propiedad del pupilo;

4) "En todos los actos y contratos que ejecuten o celebren el tutor o curador, en representación del pupilo, deberán expresar esta circunstancia en la escritura del mismo acto o contrato; so pena de que, omitida esta expresión, se repute ejecutado el acto o celebrado el contrato en representación del pupilo, si fuere útil a éste, y no de otro modo" (Art. 447). Con razón critica Borja la excesiva rigidez de esta regla que hace aún más odioso el cargo de guardador. De todos modos, ha de entenderse el acto en concordancia con el resto de la legislación y en la forma más inteligente. Por esto, debe tenerse presente: primero, que sólo los actos o contratos solemnes deben constar necesariamente por escrito; pues, los demás conservan su validez aún sin esta formalidad, y segundo, que hay actos o contratos que aún sin las palabras sacramentales "en representación del pupilo" se entiende que así tienen que ser dada la índole de tal acto o contrato. Por ejemplo, la venta de productos de la hacienda A, de propiedad del pupilo, tiene que ser forzosamente en representación de él.

Actos que requieren de autorización judicial y algunos, además, de otras solemnidades.

1) Para enajenar, hipotecar o gravar con servidumbre los bienes muebles o para enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección es indispensa-

ble que el tutor sea autorizado por el juez, quien concederá tal autorización únicamente por causa de utilidad o necesidad manifiesta.

Si se concede autorización para la venta, es requisito indispensable que se verifique en pública subasta, lo que tiene por objeto obtener mediante la libre concurrencia de los interesados el precio más ventajoso al pupilo cuyos bienes se venden. De tratarse tan sólo de permuta, los únicos requisitos para la validez del acto, serían la prueba de necesidad o utilidad manifiesta y la autorización judicial.

La única finalidad perseguida por el legislador al imponer estos requisitos para la enajenación o constitución de gravamen sobre muebles preciosos o de valor afectivo, como de los inmuebles, es la defensa de los derechos e intereses de los sometidos a tutela.

Se comprende, pues, que tales medidas precautelatorias no tengan por qué obstar ni menoscabar los derechos de terceros. No hay, por tanto, necesidad de nueva providencia judicial para enajenar los bienes del pupilo sobre los cuales hubiere precedido orden de ejecución y embargo ni tampoco para hipotecar ni constituir servidumbre sobre aquellos bienes raíces que se hubieren transferido al pupilo con cargo de constituir dicha hipoteca o servidumbre;

2) Para la división de bienes raíces o hereditarios que posea el pupilo pro-indiviso con ótros, deberá preceder también autorización judicial; pero, como en el caso anterior y en resguardo de los derechos de los demás, no se precisa nueva orden, si el juez hubiese decretado la participación solicitada por el comunero o coheredero que tuvieren derecho a ello.

Para que surta efectos la división de una herencia o de bienes raíces que el pupilo posea pro-indiviso con ótros, no es suficiente la autorización judicial. Debe, además, apro-

bar y confirmar el juez tal división, oyendo al respectivo defensor (Arts. 432 y 1378);

3) Es también de rigor la autorización judicial para celebrar transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que se valúen en más de ochocientos sucres o sobre cualquiera de sus bienes raíces.

Aún concedida la autorización, para la validez de la transacción o del fallo del compromisario, requiérese de nueva intervención judicial que apruebe tales actos;

4) Cuando se deja al pupilo una cantidad de dinero destinada a la adquisición de bienes raíces, el tutor deberá cumplir este mandato; pero puede dar otra inversión a la cantidad legada o donada, con autorización del juez que la concederá discretamente y con conocimiento de causa;

5) Requiérese autorización judicial para que el pupilo pueda obligarse como fiador; pero el juez la concederá únicamente por causa grave y urgente y a favor de un ascendiente legítimo o natural. No mencionamos al cónyuge ni a los descendientes, por cuanto nuestro trabajo se circunscribe a los impúberes. Sirva esta explicación para los otros casos en que asimismo prescindimos de todo aquello que no se relaciona con los niños;

6) El juez deberá prestar su consentimiento, igualmente, y con conocimiento de causa para que el tutor pueda repudiar una herencia deferida al pupilo o un legado o donación.

La aceptación de la herencia se hará con beneficio de inventario y la de donaciones o legados que impongan gravámenes u obligaciones al pupilo, previa tasación de las cosas donadas o legadas. De contravenirse a estas disposiciones, tales repudios o aceptaciones, en su caso, serían nulos, pues la ley no permite que, en ninguna forma, se comprometa el patrimonio ni perjudique el pupilo;

7) Es indispensable que preceda la autorización de los otros tutores o curadores no implicados en el negocio, o del juez en su falta, para que pueda ejecutarse o celebrarse válidamente "acto o contrato en que directa o indirectamente tengan interés el tutor o descendientes legítimos, o sus padres o hijos naturales, o sus hermanos legítimos o naturales, o sus consanguíneos o afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio" (Art. 448).

Como no es posible que, en estos casos, el comprador sea el mismo representante del pupilo y como tampoco puede éste contratar por sí solo, opinamos con Luis F. Borja, que debe nombrarse un curador **ad hoc** para el negocio.

Actos prohibidos al tutor:

1) No pueden donarse bienes raíces del pupilo ni aún con autorización judicial, lo que se explica muy fácilmente si se toma en cuenta que la donación es esencialmente un acto de dominio y el tutor, un mero representante, administrador de los bienes pupilares.

Para que pueda donarse dinero u otros bienes muebles del pupilo, deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que preceda autorización judicial; b) que la donación sea proporcionada a los recursos del pupilo, en forma tal que no sufran menoscabo notable sus capitales productivos, y c) que exista causa grave, como el auxilio a un consanguíneo necesitado o la contribución a un objeto de beneficencia pública. No están comprendidos en la prohibición los gastos de poco valor empleados en lícita recreación o en objetos de caridad;

2) También está prohibida la remisión gratuita de derechos del pupilo, remisión que se norma en todos sus aspectos por las reglas de la donación;

3) Los tutores están, igualmente, prohibidos de arren-

dar, aún con autorización judicial, el todo o una parte cualquiera de los predios rústicos del pupilo por más de ocho años, ni de los urbanos por más de cinco.

Como esta restricción se ha establecido únicamente en beneficio del pupilo para facilitar un nuevo arrendamiento sobre bases más provechosas e impedir el menoscabo del valor del inmueble que resultaría a consecuencia de la obligación de respetar un arrendamiento por un período demasiado largo, si de hecho se procediera a tal arrendamiento, el contrato no tiene fuerza obligatoria para el pupilo ni para quien le suceda en sus derechos en lo que exceda del período legal;

4) Ni al tutor, ni a su cónyuge, ni a sus ascendientes y descendientes legítimos o naturales, les es lícito comprar o tomar en arrendamiento bienes raíces del pupilo, ni aún con autorización del juez;

5) Con el objeto de que no sean perjudicados los intereses económicos de los menores, se castiga con multa y prisión a los tutores o curadores que sin haber obtenido la aprobación de sus cuentas contrajeren matrimonio personalmente o autorizaren para que lo contraigan sus descendientes con la persona que estuviere o hubiese estado bajo su guarda.

RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES

Hemos visto ya que las dos principales funciones del tutor son: representar al pupilo y administrar sus bienes como un buen padre de familia. El esmerado o simplemente buen desempeño de estos cometidos le impone gastos imprescindibles que debe sufragarlos sin dilación de su propio peculio en provecho del pupilo. Injusto sería que no tuviera derecho a hacerse pago de los gastos realizados para la debida subsistencia y educación del pupilo o para pago de intereses, por ejemplo. De aquí, y siempre en beneficio del pupilo, la ley faculta al tutor para reembolsarse con los dineros del pupilo, las anticipaciones efectuadas en provecho de éste, con los intereses corrientes entre tutor y pupilo. Pero para el cobro de los intereses por dichos fondos anticipados, es requisito esencial la autorización de los otros tutores o curadores generales del mismo pupilo o del juez, a falta de tales guardadores.

Cuando el pupilo sea deudor de bienes que deben entregarse a su tutor, por ser éste legatario de la persona que instituyó heredero al pupilo o en virtud de alguno de los contratos que puede celebrar con el dependiente de su guarda, no podrá tomar posesión por sí mismo de dichos bienes

raíces o muebles. Será necesario que la posesión le sea dada por los otros tutores o curadores generales o por el juez en su falta (Art. 446 C. C.).

El tutor tiene derecho a exigir que se le abonen los gastos que haya efectuado a causa del ejercicio de su guarda. De presentarse controversia sobre su conveniencia o sobre la suma invertida, resuelve el juez haciendo tasar el monto de dichos gastos ,Art. 450).

Tan pronto como expire su cargo, el tutor procederá a la entrega de los bienes confiados a su administración; pero mientras se verifique dicha entrega deberá realizar todos los actos que, de otro modo, se retardarían con perjuicio del pupilo (Art. 453).

La administración del tutor puede terminar por muerte de éste o del pupilo o porque el tutor se excuse o incurra en incapacidad para continuar ejerciendo la guarda. Tan luego termine su administración debe presentar la cuenta de que habla el artículo 451 y a la cual ya nos hemos referido al agrupar las funciones del tutor. Esta cuenta no queda cerrada, al transferirse la administración a otro tutor o curador, como es el caso del pupilo impúber, sino una vez que la apruebe el juez con audiencia del Ministerio Público. El nuevo guardador es quien examina la cuenta y la acepta o rechaza bajo su responsabilidad (Art. 458).

Al dar cuenta de su administración, el tutor está obligado a exhibir el inventario de las existencias. Si no lo hiciere o si se le comprueba dolo o culpa grave, el pupilo tiene derecho para apreciar bajo juramento y sin lugar a ser contradicho por el tutor la cuantía del perjuicio irrogado a su patrimonio con inclusión del lucro cesante. El tutor es condenado, entonces, al pago de la cuantía estimada y jurada por el pupilo, salvo en la parte que el juez quisiere moderarla (Art. 450).

Desde el día en que se cierra la cuenta o desde el momento en que incurra en mora de exhibirla, el tutor deberá pagar los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra. Recíprocamente, tiene derecho a cobrarlos desde el día en que los pida, después de cerrada la cuenta (Art. 460).

El Código prevé el caso de que por testamento se designe una persona a la cual deba consultar el tutor en el ejercicio de su cargo y estatuye para todo caso la responsabilidad del tutor por más que se haya sometido a la opinión del consultor designado.

Si no hubiere acuerdo entre tutor y consultor, habiéndose ordenado expresamente que el tutor procederá de acuerdo con el consultor, el tutor, para actuar, deberá obtener autorización judicial, la que se concederá con conocimiento de causa (Art. 428).

Es una disposición que extrema la responsabilidad del tutor en beneficio del pupilo; pero que complica inútilmente el sistema. Opinamos que la existencia de un consultor al que necesariamente deba oírse es del todo inútil, pues en tal caso, hácese preferible la designación de tutor a la persona que como consultor ha de intervenir forzosamente en todos los actos concernientes a la administración de los bienes del pupilo. En la forma de consejo, al que no se está obligado a seguir, que es el previsto en el primer inciso del artículo comentado (428), cabe la existencia de esta institución; pero no con el carácter compulsivo del segundo inciso.

La madre que, teniendo hijos bajo patria potestad, pasare a nuevas nupcias y la ascendiente legítima o madre natural que, desempeñando el cargo de tutor, contrajeren matrimonio sin denunciar previamente al juez para que nombre la persona que ha de sucederle en el cargo, se hacen responsables solidariamente con su marido, de toda la administración, incluyéndose los actos anteriores al matrimonio (Art. 546).

Los tutores o curadores que hayan ocultado las causas de incapacidad existentes al conferírseles el cargo o que hubieren sobrevenido después, a más de estar sujetos a todas las responsabilidades de su administración, pierden el derecho a remuneración por todo el tiempo que hubieren ejercido el cargo a sabiendas de su incapacidad (Art. 547).

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1826
QUITO

DEBERES DE LOS TUTORES EN CUANTO A CRIANZA Y EDUCACION

En lo que respecta a la administración de los bienes del pupilo, las reglas a que están sujetos tutores y curadores son idénticas; pero la circunstancia de ser el tutor el guardador especial del impúber, le impone deberes también especiales.

El cuidado de la crianza y educación del impúber, aunque se halle sujeto a tutela (la que dice relación principal con la administración de los bienes) se encomienda sólo por excepción al tutor, caso en el cual deberá sujetarse a la voluntad de las personas encargadas de dichas crianza y educación que son el padre legítimo, la madre legítima sobreviviente, los abuelos legítimos y, para los hijos ilegítimos, el padre o la madre que los hayan reconocido.

Si hubiese negligencia en el cumplimiento de este deber, el tutor los excitará por todos los medios prudentes a que lo cumplan, y si esto no fuere eficaz, recurrirá al juez (Arts. 464 y 465).

Generalmente los padres asignan en su testamento cantidades de dinero especialmente destinadas a la crianza y educación de sus hijos. Cuando esto no se ha hecho, el tu-

tor debe proveer a estos gastos, imputándolos de preferencia a los frutos y de no ser suficientes, a los bienes mismos; pero, en todo caso, tendrá cuidado de no realizar gastos inmoderados aunque sólo afecten a los frutos y de adecuar la crianza y educación del pupilo a la posición social de la familia. Para evitar su responsabilidad en este punto, puede pedir al juez que determine la suma máxima que haya de invertirse en crianza y educación (Art. 467).

Como la subsistencia y educación son dos cosas de las que no se puede privar a un pupilo impúber, de haber insuficiencia de los frutos, el tutor puede enajenar o gravar alguna parte de los bienes. Pero no podrá contraer empréstitos ni tocar los bienes raíces ni los capitales productivos sino por extrema necesidad y con la autorización debida (Art. 468).

Cuando el pupilo estuviese en tal situación de pobreza que le falten los alimentos necesarios, el tutor requerirá que le proporcionen las personas que están obligadas a prestarlos y, de ser necesario, las reconvendrá judicialmente (Art. 469).

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

CASOS ESPECIALES DE GUARDA

Concurrencia de varios guardadores.

A veces, varios tutores o curadores ejercen simultáneamente la guarda del pupilo. Si la división de las funciones de la guarda se ha hecho en forma tal que la administración se halle a cargo de uno de dichos tutores o curadores, es suficiente la intervención o autorización de éste.

En los otros casos, será necesario que todos autoricen de consuno los actos y contratos del pupilo, debiendo decidir el juez, al no haber acuerdo entre ellos. Se entenderá que los tutores o curadores obran de consuno cuando uno de ellos actúa a nombre de los ótros, en virtud de un mandato en forma, es decir, según la interpretación más verdadera, de mandato expreso. La responsabilidad es solidaria sea que todos los guardadores hayan intervenido personalmente o mediante mandato conferido a uno de ellos (Art. 449).

A la expiración del cargo, los guardadores que hayan administrado de consuno presentarán una sola cuenta; mas, si la administración hubiese estado dividida entre ellos, cada uno presentará cuenta separada por cada administración independiente (Art. 454).

A los tutores y curadores que administren conjuntamente les afecta responsabilidad solidaria, como también cuando hubieren dividido la administración entre sí sólo por acuerdo privado (Art. 455 y 457).

Si la administración hubiese sido dividida por el testador, por disposición del juez o con aprobación de éste, cada uno responde directamente por sus propios actos.

Afecta responsabilidad subsidiaria por los actos de los demás, aún a los tutores o curadores generales que no administran, en cuanto hubieran podido exigir presentación de cuentas o de existencias, para evitar la torcida administración de los otros tutores o curadores. La misma responsabilidad subsidiaria pesa, sobre los tutores; pero están exentos de ella los guardadores que administren en distintos lugares, habiéndose dividido la administración por mandato testamentario o con autorización judicial (Art. 456).

Tutores que ejercen el cargo sin serlo.

La defensa de los derechos del pupilo exige que en toda circunstancia haya alguien que cuide de su persona y patrimonio. La ley faculta para que, en caso de necesidad y con el objeto de amparar al pupilo, tome la administración de los bienes de éste, quien no ha sido designado por testamento, por la ley, ni por el juez; pero tal persona tiene la obligación de ocurrir inmediatamente al juez para que provea al nombramiento de guardador, bajo pena de hacerse responsable hasta la culpa levísima de ser voluntario el retardo. Mientras provea el juez lo conveniente, este extraño actuará como agente oficioso y tendrá únicamente las obligaciones y derechos de tal.

Puede, igualmente, suceder que una persona ejerza el cargo de guardador no siéndolo en realidad, pero creyendo serlo. Tal persona tiene todas las obligaciones y responsabilidades del verdadero tutor o curador. Si se le ha discerni-

do la guarda y su administración ha sido recta, tendrá, además, derecho a la retribución y podrá aún conferírsele el cargo de no presentarse otra persona con mejor derecho a ejercerlo; pero sus actos sólo obligan al pupilo en tanto en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja.

Aquél que hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor, tendrá las mismas responsabilidades que el de buena fe; será removido forzosamente de la administración y privado de todos los emolumentos de la guarda. Estará también sujeto al castigo correspondiente a su impostura conforme a las leyes (Arts. 462 y 463).

Curadores adjuntos.

Al impúber puede nombrársele curador adjunto, estando bajo patria potestad o bajo tutela, para la administración de ciertos bienes que se ponen al cuidado de este adjunto. Sus atribuciones se reducen a las facultades administrativas del tutor. Si son agregados a los curadores de bienes, tienen las mismas facultades que éstos.

Los curadores adjuntos son independientes de los respectivos padres y guardadores; pero éstos responden subsidiariamente por los curadores adjuntos de no ejercer la atribución concedida por el artículo 452 de pedir al juez que ordene la exhibición de cuentas o existencias de los bienes del pupilo.

Curador de bienes para el hijo póstumo.

Llámase póstumo al hijo nacido después de muerto su padre. Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, para el caso de que nazca vivo y en el tiempo debido, esto es, en el período dentro del cual se presume la paternidad, son administrados por el curador adjunto que haya designado para el efecto el padre en su testamento. Esta misma persona se reputa designada también para la curaduría de

los derechos eventuales de este hijo si, mientras está en el vientre materno, fallece el padre (Arts. 520 y 521).

Esta clase de curadores tienen como únicas facultades: 1) la ejecución de actos administrativos de mera custodia y conservación; 2) los necesarios para el cobro de créditos y pago de las deudas de sus representados, y 3) el ejercicio de acciones y defensas judiciales de sus representados. Todo otro acto les es prohibido. Su administración está sujeta a todas las trabas de los tutores y curadores en general (Arts. 522 y 525).

Prohibiciones especialmente indicadas, aunque no había necesidad de consignarlas ya que las atribuciones de estos curadores son exclusivamente las tres puntualizadas en el artículo 523, son: 1) alterar la forma de los bienes; 2) contraer empréstitos; 3) enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles, a menos que la enajenación corresponda al giro ordinario de los negocios administrados o que la requiera el pago de las deudas. Pueden realizarse estos actos prohibidos, con previa autorización del juez, la que se concederá sólo una vez comprobada la necesidad o utilidad.

La curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer cesa, como toda ótra de bienes, por la extinción o inversión completa de los bienes administrados y en el caso especial de producirse el parto (Art. 526).

Según prescripción del artículo 825 del Código de Procedimiento Civil, "para el nombramiento de curador de los derechos eventuales del que está por nacer, bastará que lo solicite la madre u otro interesado, y que haya presunciones de que ella está encinta".

REMUNERACION DE LOS TUTORES

Los trabajos y responsabilidades inherentes al cargo de guardador son de tal magnitud y gravedad que fácilmente se comprende la justicia de remunerar a las personas que lo desempeñan en compensación a su cuidado y labor. Bien está que se busque para el incapaz el máximum de las ventajas; pero no sería lícito exigir un trabajo delicado y arduo sin derecho a recompensa alguna.

La ley concede, por esto, a los guardadores el derecho a percibir como remuneración la *décima parte de los frutos* pupilares que administren. Sólo se impone una guarda gratuita cuando los frutos del patrimonio del pupilo sean tan exiguos que apenas basten para su precisa subsistencia.

La décima puede cobrarse únicamente a medida que se realicen o vendan los frutos y sea posible apreciar lo que efectivamente constituyen tales frutos, puesto que para determinar el valor de la décima se toman en cuenta no sólo las expensas invertidas en la producción de los frutos, sino todas las pensiones y cargas usufructuarias a que está sujeto el patrimonio. No se incluyen las obras o refacciones mayores, es decir las que ocurren una vez o a largos intervalos de tiempo y que se refieren a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria.

Dentro de los frutos se comprenden los naturales, o sea, aquéllos que produce la naturaleza espontáneamente o auxiliada por la industria humana, y los civiles como pensiones de arrendamiento, intereses de capitales y réditos de rentas vitalicias.

En cuanto a los frutos pendientes al iniciar o expirar la tutela, rigen para la computación de la décima las mismas reglas a que está sujeto el usufructo. De acuerdo con esto, el tutor tiene derecho a la décima de los frutos pendientes —entendidos por tales los que adhieren todavía a la cosa que los produce, como los productos de las plantas antes de ser separados de ellas—. Recíprocamente, nada puede cobrar el tutor de los frutos pendientes al expirar su guarda.

El tutor tiene derecho a la décima del producto de canteras y minas, por ser estimados por la ley como frutos. Pero la misma ley excluye de los frutos de que ha de deducirse la décima todas aquellas materias que, separadas, no renacen y aquellas ótras cuya separación disminuye el valor del fundo. Tal es el caso de la leña y madera vendidas cuando la corta no se hace con la regularidad necesaria para que se conserven en su sér los bosques y arboledas, que es el ejemplo escogido por el propio legislador (Arts. 569 a 572).

Enunciadas las disposiciones correspondientes a los frutos, réstanos examinar las relativas a la persona del tutor, que son las siguientes:

La regla general es que en ningún caso la remuneración puede exceder de la décima.

Si hay varios guardadores que administran en conjunto, se reparte la décima entre ellos por partes iguales. Pero si hubiere alguno cuyo trabajo fuera notoriamente más pesado que el de los demás, el juez puede aumentar la remuneración de éste deduciendo tal aumento de las décimas de los ótros.

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Si uno de los guardadores ejerce funciones a las que no está anexa la percepción de frutos, el juez deducirá de la décima de los ótros la remuneración que crea justo asignarle.

En los casos en que deba intervenir el juez, la nueva distribución rige sólo desde la fecha de la decisión judicial.

Cuando el testador señala expresamente la remuneración que se ha de dar al guardador por su trabajo, ésta se imputa a la décima. Si la asignación es inferior a la décima, el guardador tiene derecho a que se le complete la remuneración por tratarse de un cargo obligatorio. Si fuere mayor, tiene derecho a la asignación íntegra, mientras no exceda de la cuota de bienes de que puede disponer libremente el testador (Art. 564).

Ya vimos que el guardador tiene derecho a hacerse abonar los gastos necesarios realizados en razón del ejercicio de su cargo (Art. 450). Añadimos, ahora, que, como es lógico, dichos gastos se pagan independientemente de la décima (Art. 563).

"Las excusas aceptadas privan al tutor o curador testamentario de la asignación que se le haya hecho en remuneración de su trabajo; pero las excusas supervenientes les privarán solamente de una parte proporcional" (Art. 565).

Igualmente, las incapacidades existentes al deferírsele la guarda, le quitan el derecho a la antedicha asignación. Si la incapacidad es sobreveniente preséntanse dos casos: si la incapacidad ha sobrevenido sin hecho o culpa del guardador, lo mismo que cuando muere el guardador en el ejercicio de su cargo, no hay lugar a restitución de parte alguna de la asignación; mas si la incapacidad se origina por culpa del mismo guardador deberá restituirla en cuanto exceda de la décima concedida por la ley, ya que la mayor asignación prevista por el testador tiene el valor de condición.

Cuando el guardador interino ejerce por sí solo todas las funciones del propietario, por haberle relevado a éste de sus deberes, corresponderá a aquél la décima íntegra, en razón de que la remuneración es por el desempeño del cargo; mas si el propietario conserva el ejercicio de algunas de las funciones, tiene opción a una parte de la décima proporcionada a su trabajo.

Otro es el caso en que la remuneración consiste en una asignación testamentaria. Si el nombramiento del guardador interino se ha hecho necesario por justa causa —como evitar graves perjuicios en su patrimonio o entrar a desempeñar el guardador un cargo público— conserva éste su derecho a la herencia o legado íntegros y el curador interino cobrará la décima parte de los frutos que administre. Mas si la causa no es justificable, dicha décima cobrará el interino con cargo a la asignación testamentaria del principal, cosa que no lo dice la ley, pero que es indispensable aceptarla a fin de que exista la diferencia establecida por ella misma.

A los curadores de los derechos eventuales de un póstumo no se concede derecho a la décima; pero el juez les fija discrecionalmente una remuneración proporcionada a su trabajo, de los frutos de los bienes que administren (Art. 573).

La descuidada administración impide que el tutor pueda cobrar la décima de los frutos en aquella parte que, por su negligencia, hubiese sufrido detrimento o considerable disminución de productos.

Si el tutor administra fraudulentamente, esto es, si ejecuta actos prohibidos por la ley con ánimo de perjudicar al pupilo, pierde todo derecho a la décima y si algo hubiere percibido como remuneración está obligado a restituir.

Además, tanto en el caso de administración descuidada, como en el de fraudulenta, el pupilo puede exigir indemnización de perjuicios (Art. 568).

INCAPACIDADES, EXCUSAS Y REMOCION DE LOS TUTORES

Los cargos de tutor y curador son obligaciones impuestas a ciertas personas para la debida protección de quienes no pueden actuar jurídicamente por sí mismos y que, por lo mismo, requieren especiales condiciones de honorabilidad y aptitud en quienes han de ejercerlos. Partiendo de este justo criterio, la ley establece tres grupos de reglas para el no desempeño de estos cargos. En uno, precisa las inhabilidades o incapacidades que obstan al desempeño del cargo; en ótro señala los casos en que puede permitirse que se excuse una persona llamada a servir una guarda; y, en un tercero, dictamina sobre los casos y forma cómo debe removerse o separarse del cargo a los guardadores en quienes no hay confianza para una buena administración y representación.

En el título relativo a esta materia es quizá donde obsérvase mayor claridad en el Código Civil, y en donde, por consiguiente, la interpretación es más fácil y con mejores probabilidades de acierto.

Incapacidades.

En atención a defectos de orden físico, intelectual o mo-

ral —que en muchos casos les obsta aún para la administración de sus propios negocios y con mayor razón para los de extraños—, están absolutamente prohibidos de ejercer toda guarda: 1) los ciegos, 2) los mudos, 3) los dementes, aunque no estén en interdicción, 4) los fallidos mientras no han satisfecho a sus acreedores, 5) los disipadores a quienes se ha privado de administrar sus bienes, 6) los que carecen de domicilio en la República, 7) los que no saben leer ni escribir, 8) los de mala conducta notoria, 9) los condenados en juicio a pena de 4 años de reclusión o presidio u ótra de igual o mayor gravedad, no obstante el indulto que hubieren obtenido, 10) la mujer que ha sido condenada o divorciada por adulterio, 11) el que ha sido privado de ejercer la patria potestad por maltrato o abandono del hijo, por depravación o por condena de 4 años o de igual o mayor gravedad y 12) los que han sido removidos de una guarda anterior por torcida o descuidada administración o condenados por fraude o culpa grave a indemnizar al pupilo.

Por razón de su profesión, empleo o cargo público, tampoco pueden ser guardadores: 1) los eclesiásticos regulares y todos los que ejercen cura de almas, 2) el personal del Ejército y la Armada en actual servicio, incluyendo en él a los médicos y más personas adictas a los cuerpos de línea y naves del Estado, 3) los que por un tiempo largo o indefinido deben ejercer un cargo o comisión pública fuera del territorio nacional.

Por la edad, no pueden ser tutores ni curadores los menores de 21 años. Pero el guardador testamentario o el ascendiente legítimo o ilegítimo podrán ejercer su cargo al cumplir 21 años, siempre que quedare para desempeñarse la tutela un período de dos o más años. Si hubiere duda acerca de la edad, la calificará el juez con arreglo al artículo 348 y

el discernimiento subsistirá válidamente, cualquiera que sea la edad verdadera.

La mujer es incapaz de ejercer la tutela, á no ser en las siguientes excepciones: 1) la madre con respecto a sus hijos naturales, 2) la abuela y la bisabuela, de sus descendientes legítimos, 3) la mujer a quien se haya dado la administración de la sociedad conyugal, por interdicción o larga ausencia del marido, con respecto a los hijos comunes.

A causa de las relaciones de familia, es prohibido que el padrastro ejerza la tutela de su entenado, lo mismo que el marido que no ha obtenido consentimiento de su mujer, la de sus hijos ilegítimos.

Los pupilos católicos no pueden tener por tutor a persona que profese otra religión. Es una disposición inconsulta, pues, si se trata de mantener al niño en su religión nativa, ha debido decirse otro tanto con respecto a los pupilos de cualquiera otra religión.

Tampoco puede ser tutor de una persona aquélla que le disputa su estado civil; ni los deudores o acreedores de la misma; ni los que litiguen con ella por intereses propios o ajenos. Las dos últimas prohibiciones no rigen para los ascendientes del pupilo, o cuando el juez los autoriza para ejercer la tutela conjuntamente con ótros o si el testador los designó a sabiendas de la existencia del crédito, deuda o litis, ni tampoco si el juez juzga de poca importancia tal deuda o litis.

La tutela termina cuando durante su ejercicio sobreviene alguna de las múltiples causas de incapacidad que dejamos enumeradas. Si el guardador se halla demente, todos los actos realizados en tal estado son nulos aunque no haya sido puesto el demente en interdicción.

Excusas.

Las complejas funciones y fuertes responsabilidades

anexas a las guardas han sido tomadas en cuenta por el legislador para permitir que las personas enumeradas en el artículo 549, que reproducimos en seguida, puedan eximirse de desempeñar su cargo, aunque fueren llamadas a él estando plenamente capacitadas.

"Art. 549.—Pueden excusarse de la tutela o curaduría:

"1º El Presidente y el Vice-presidente de la República, los Ministros de Estado, los Ministros de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, los Fiscales y demás personas que ejercen el Ministerio Público y los Jueces del Crimen.

"2º Los administradores y recaudadores de rentas fiscales;

"3º Los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público a considerable distancia del lugar en que se ha de ejercer la guarda;

"4º Los que tienen su domicilio a considerable distancia de dicho lugar;

"5º Las mujeres;

"6º Los que adolecen de grave enfermedad habitual, o han cumplido sesenta y cinco años;

"7º Los pobres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario;

"8º Los que ejercen ya dos guardas; y los que, estando casados o teniendo hijos legítimos, ejercen ya una guarda; pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales.

"Podrá el juez contar como dos la tutela o curaduría que fuere demasiado complicada y gravosa;

"9º Los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos legítimos vivos; contándoseles también los que han muerto en acción de guerra bajo las banderas de la República;

"10º Los que tienen en propiedad un empleo en un establecimiento público de instrucción primaria, secundaria o superior; pero no pueden alegar esta excusa para separarse de la tutela o curaduría anterior al empleo, o admitida después voluntariamente".

"Art. 550.—En el caso del artículo anterior, número 8º, el que ejerciere dos o más tutelas de personas que no son hijos suyos legítimos o ilegítimos tendrá derecho para pedir que se le exonere de una de ellas, a fin de encargarse de la guarda de un hijo suyo legítimo o ilegítimo; pero no podrá excusarse de ésta".

"Art. 551.—La excusa del número 9º, artículo 549, no podrá alegarse para no servir la tutela o curaduría de un descendiente legítimo o ilegítimo".

A excepción del ascendiente legítimo y del padre ilegítimo, la persona que hubiere ejercido la guarda de un mismo pupilo por diez o más años continuos, puede excusarse de continuar en el ejercicio del cargo.

Remoción.

Son causas para la necesaria remoción del tutor: 1) incapacidad, 2) fraude o culpa grave en el ejercicio de un cargo, especialmente, la negligencia en formar inventario y la continuada negligencia del tutor en proveer a la congrua sustentación o educación del pupilo, 3) ineptitud manifiesta, 4) actos repetidos de administración descuidada, exceptuándose el ascendiente quien conserva la tutela, pero asociado a otro guardador, 5) conducta inmoral que pueda perjudicar a las costumbres del pupilo (Art. 574).

El hecho de deteriorarse los muebles o disminuir considerablemente los frutos sin que el tutor pueda dar explicación satisfactoria se presume descuido habitual en la administración, debiendo removerse al tutor.

Como el guardador que ha sido removido por fraude o culpa grave de alguna de las tutelas o curadurías que ejerce no inspira ya confianza, es justo que sea removido de las demás y así lo dispone el Código Civil (Art. 576).

Pueden solicitar la remoción del tutor los consanguíneos del pupilo, el Ministerio Público y cualquiera persona del pueblo. El juez, por su parte, puede promoverla de oficio. Pero en todos estos casos serán oídos los parientes del pupilo y el Ministerio Público. Por parientes se han de comprender, según el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, aquéllos que sean más inmediatos, esto es, los consanguíneos legítimos o ilegítimos hasta el cuarto grado, de uno y otro sexo, mayores de edad. A falta de éstos, el juez escoge para oírlas a dos personas probas y honradas. No existe entre nosotros el Consejo de Familia del Código Napoleón, considerado por algunos como institución más eficiente.

Mientras dure el juicio de remoción, se nombra un guardador interino, quien excluye al propietario que no sea ascendiente y es agregado al que lo fuere (Art. 578).

Es obligación del tutor o curador removido indemnizar al pupilo, aún de los perjuicios provenientes de la remoción, por más que no afecten a la administración. Además, hay acción criminal por todos los delitos que haya cometido en el ejercicio del cargo (Art. 579).

JUICIOS SOBRE INCAPACIDADES, EXCUSAS Y REMOCION DE LOS GUARDADORES

Las excusas para aceptar el cargo de guardador y los motivos de incapacidad que le inhabiliten para desempeñarlo se expondrán ante el juez dentro de los plazos siguientes:

Si el tutor o curador designado se halla en la provincia en donde reside el juez que ha de conocer de las incapacidades y excusas, las alegará dentro de los 30 días subsiguientes a aquél en que se le haya notificado el nombramiento. Si se encuentra en otra provincia de la República se añaden a este plazo cuatro días más por cada 50 kilómetros de distancia entre la ciudad cabecera de dicha provincia y la residencia actual del guardador nombrado (Art. 555 C. C.). Si el guardador nombrado estuviere en nación extranjera y se ignora cuando ha de volver o no se conoce su paradero, el juez, atentas las circunstancias, está facultado para señalar un plazo dentro del cual deba presentarse a ejercer su cargo o a excusarse. De ser conveniente, puede ampliarse este plazo. Mas si fuere preferible, declarará definitivamente inválido el nombramiento (Art. 558).

Las demoras en alegar las excusas y que pudieron evitarse con mediana diligencia, imponen al guardador la responsabilidad de los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) que ocasionare su retardo en encargarse de la tutela y, además, hacen inadmisibles las excusas voluntarias que pudiera alegar, a no ser que convenga aceptarlas en provecho del pupilo (Art. 556).

Las excusas deben alegarse al tiempo de conferirse la guarda (Art. 554); pero los motivos de excusa que sobrevengan durante el ejercicio de la tutela, no prescriben por ninguna demora en aducirlos, ya que depende de la voluntad del individuo el invocarlos o no (Art. 557).

Si la incapacidad sobrevenida lo es dentro del ejercicio de la guarda, debe denunciarse al juez en uno de los tres días subsiguientes a aquél en que se presentó dicha incapacidad o se tuvo conocimiento de ella, plazo que se amplía en la misma forma que el señalado para alegar las excusas e incapacidades existentes al ser llamado a la guarda. Cualquiera persona del pueblo está facultada para denunciar ante el juez la incapacidad de un tutor (Art. 548).

Presentada la excusa o alegada la incapacidad ante el juez, se corre traslado de la solicitud a dos de los parientes más próximos del pupilo, de mayor edad y mejor juicio y al respectivo defensor con el que se contará en todo el proceso.

Si los parientes y el defensor convienen en la verdad de la incapacidad o en la justicia de la excusa, se pronuncia sentencia. Si el juez admite la excusa o el motivo de la incapacidad, nombra otro guardador (Art. 828 C. de P. C.)

Mas si los parientes o el defensor se oponen fundándose en hechos justificables, se concede el término de prueba de 10 días vencido el cual se pronuncia sentencia (Art. 829 C. de P. C.). Mientras se tramita el juicio y hasta que se pro-

nuncie sentencia el guardador está obligado a servir el cargo.

Se nombrará un curador interino que actúe desde que se traba la litis hasta que se ejecutoríe la setencia, cuando la incapacidad ha sido denunciada por un consanguíneo del pupilo o por ótro que tenga derecho para ello. Estos mismos trámites se observan cuando las incapacidades y excusas han sobrevenido después de nombrado el guardador (Arts. 831 y 832 C. de P. C.).

El guardador es responsable de todos los perjuicios que irrogue al pupilo el retardo en encargarse de la guarda —a menos que ofrezca atenderla interinamente— cuando en primera instancia desechare el juez las causas de incapacidad o excusas alegadas, si el guardador no apelare o el Tribunal superior confirmare el fallo del juez *a quo* (Art. 560 C. C.)

En segunda instancia se resuelve por sólo los méritos de lo actuado (Art. 833 C. de P. C.)

Para la remoción de un guardador se sigue juicio ordinario. Una vez trabada la litis, se nombra un curador interino y se dictan por el juez todas las providencias conducentes a asegurar al pupilo su patrimonio. La apelación que se concede a este respecto sólo tiene efecto devolutivo (Arts. 834 y 835 C. de P. C.)

En la misma sentencia relativa a excusa, incapacidad o remoción, se condenará al guardador a indemnizar los perjuicios que hubiere sufrido el pupilo por negligencia en la administración, retardo en hacerse cargo de la guarda u otro motivo injustificable que lesione al pupilo (Art. 836 C. de P. C.)

LA TUTELA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Exponemos también aquí los principios del Código Sánchez de Bustamante aceptados por el Estado Ecuatoriano.

Se aplica la ley personal al menor o incapacitado:

a) Para lo referente al objeto de la guarda, su organización y sus especies (Art. 84);

b) En cuanto se relacione con la institución del protutor (Art. 85);

c) En lo concerniente al afianzamiento de la guarda y a las reglas para su ejercicio. No obstante, la fianza hipotecaria o pignoraticia se constituirá conforme a la ley local (Art. 87);

d) En todo lo relativo a las cuentas, excepción hecha de las responsabilidades de orden penal que se rigen por la ley territorial (Art. 88);

e) En lo tocante a las incapacidades especiales, funcionamiento, derechos y deberes del Consejo de familia (que no existe entre nosotros) (Art. 95).

Se aplican simultáneamente las leyes personales del menor o incapacitado y del guardador en cuanto a las incapacidades y excusas para el ejercicio del cargo (Art. 86).

Rigen simultáneamente la ley local y las personales del menor incapacitado y las del tutor o curador en cuanto al registro de tutelas (Art. 89).

Se aplicará la ley local a la obligación del tutor o curador de alimentar al menor y a la facultad de corregirlo moderadamente (Art. 93).

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

PATRIMONIO FAMILIAR

No pocas veces, a causa de aventuradas negociaciones u otros factores, las familias caen en la insolvencia arrastrando a ella a los niños que ninguna culpa pueden tener en el descuido, el derroche o la adversidad de los negocios.

Para evitar la miseria de los menores, la Ley ha buscado un remedio en la constitución del patrimonio familiar. En primer término el Congreso de 1940, con fecha 24 de Octubre, expidió la ley que crea la institución del patrimonio familiar, la que fue promulgada el 8 de Noviembre del mismo año (Registro Oficial Nº 56) y que actualmente está incorporada en el Libro II del Código Civil como un Título especial, el XI. Más tarde, las Constituciones de 1945 y de 1946 la elevaron a garantía fundamental.

"El marido o la mujer, mayores de edad, tienen derecho a constituir con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí y en beneficio de su familia legítima, quedando aquellos bienes excluídos del régimen de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores" (Art. 850 C. C.)

El beneficio del patrimonio familiar puede hacerse también extensivo a hijos de matrimonio anteriores, ya sean de

ambos cónyuges o de sólo uno de ellos, y puede ser instituído por un viudo, divorciado o célibe en favor de sus hijos.

Para constituir el patrimonio familiar se requiere otorgamiento de escritura pública de la que conste la autorización judicial para el acto y que exista por lo menos un hijo menor de edad. Se publicará la solicitud de constitución y se inscribirá en el Registro de Gravámenes.

Por este acto, los bienes afectados por él son inalienables, inembargables y no pueden ser sujetos a gravámenes reales, ni a división, sociedad ni anticresis. Pueden arrendarse por el instituyente sólo en caso de necesidad o conveniencia, previa autorización del juez con audiencia del Ministerio Público.

El máximun de la cuantía permitida es de veinte mil sucres.

La administración corresponde al padre de familia, en su falta a la madre y en defecto de ambos es atendida por curadores.

La mujer viuda que instituya patrimonio familiar en beneficio de hijos de anterior matrimonio durante posteriores nupcias, deberá designar un administrador con aprobación del Juez y lo mismo debe hacer el cónyuge divorciado, en este caso si contrajere nuevas nupcias.

Entre otras causas, da término o se extingue el patrimonio familiar al llegar a la mayor edad el último de los hijos beneficiarios.

INCAPACIDADES DE LOS NIÑOS

"La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de ótra". Ahora bien, lo normal es la independencia, el auto gobierno de las personas, la aptitud para proceder y para obligarse a conciencia. De donde resulta que la regla general es la capacidad, mientras la excepción es la incapacidad. Por esto, el artículo 1.502 del Código Civil —si bien a propósito de los contratos, lo hace con carácter general a todas sus disposiciones— sienta esta regla fundamental, que es fiel reproducción de la doctrina del Derecho Romano: "Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces". El derecho positivo tiene, pues, que precisar y señalar qué personas son incapaces, lo que es de mucha importancia por sus consecuencias jurídicas. Igualmente importante en la práctica es la forma de determinación de la capacidad. Dados los términos del artículo 1.502, la presunción legal es que toda persona es capaz, por lo que, la prueba de la incapacidad incumbe a quien la alega.

Como la capacidad es susceptible de aumento o disminución, la incapacidad puede ser absoluta o relativa, según carezcan jurídicamente de voluntad o tengan una aptitud

limitada que los permita actuar válidamente en ciertos cargos.

Además, la ley establece ciertas otras incapacidades peculiares, consistentes en la prohibición impuesta por la ley a ciertas personas para ejecutar determinados actos.

Los impúberes, juntamente con los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito —a causa de su insuficiencia física y psíquica— constituyen el grupo de los individuos jurídicamente declarados como incapaces absolutos, es decir, de aquéllos cuyos actos no surten ni aun obligaciones naturales, ni admiten caución (Art. 1.503 C. C.) Todo acto o contrato verificado por personas absolutamente incapaces —como son los impúberes— está viciado de nulidad absoluta. Tal nulidad debe ser declarada por el juez, ya sea de oficio, solicitada por el Ministerio Público, o alegada por cuantos tengan interés en ello, a excepción del que celebró el acto o contrato con conocimiento del vicio que le invalidaba. Los actos o contratos viciados de nulidad absoluta no pueden sanearse ni por ratificación de las partes, ni por un lapso inferior a 30 años (Arts. 1.738 y 1.739).

Una excepción a la nulidad de un acto en que ha intervenido un incapaz encontramos en la Ley sustitutiva de los títulos 8º y 9º del Código de Comercio, ley cuyo artículo 7º dice: "Si una letra de cambio llevare la firma de personas incapaces de obligarse, esto no afectará la validez de las obligaciones contraídas por los demás signatarios".

Consecuencias lógicas del principio general de la incapacidad absoluta de los impúberes son las siguientes que aparecen también expresamente mencionadas en algunos artículos de los Códigos:

1) Los impúberes no pueden contraer matrimonio, ya que no tienen biológicamente la madurez sexual indispensa-

ble a la vida conyugal. El matrimonio contraído de hecho por un impúber es nulo (Arts. 109 y 110 C. C.);

2) Los infantes, es decir, los niños que no han cumplido siete años son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para ótros. La falta de discernimiento y de voluntad que existe en los menores de 7 años explica esta prohibición, ya que la posesión implica dos elementos: a) tenencia de una cosa determinada con b) ánimo de señor y dueño. Este ánimo de señor y dueño es el que no se puede encontrar en un infante, dado su escaso desarrollo intelectual y su más escasa experiencia (Art. 755 C. C.);

3) Tampoco encuentra aceptable el legislador que un impúber pueda disponer de sus bienes en acto de última voluntad, razón por la que declara al impúber inhabilitado para testar (Art. 1.063 Nº 2º C. C.);

4) Los menores de 18 años están asimismo inhabilitados para servir de testigos en testamentos solemnes ni aun en los privilegiados (Arts. 1.070 y 1.089);

5) Los menores sujetos a patria potestad o bajo tutela o curaduría no pueden obligarse como fiadores sino en las circunstancias apuntadas a propósito de la patria potestad y de la administración de tutores y curadores (Art. 2.361);

6) Los menores, en general, y con mucha mayor razón, si son niños, no pueden ser albaceas (Art. 1.328), ni procuradores (Art. 43 Nº 2 C. de P. C.), ni testigos en las escrituras públicas (178 C. de P. C.), ni síndicos (568 C. de P. C.), pues las funciones de todas estas personas demandan mucho juicio, mucha experiencia que no las puede tener quien necesita de representante legal aun para los actos que dicen relación a su propia persona y bienes;

7) No pueden comparecer en juicio, ni como actores ni como demandados los menores, a no ser representados por sus respectivos guardadores (Art. 34 Nº 2, C. de P. C.)

Los menores que se hallan bajo patria potestad concurren al juicio representados por el padre o madre que la ejerza. Si no lo están ni se encuentran bajo guarda, se les da por la judicatura que conoce en el pleito un curador especial para el litigio, que, por esto, se llama curador *ad litem* (Art. 35 C. de P. C.) "Cuando el hijo demanda a su padre o madre, en la misma demanda pedirá venia al juez, quien la concederá en el primer decreto que dicte" (Art. 36 C. de P. C.);

8) El Código Civil acepta como medio de prueba el juramento deferido por el juez o por una de las partes a la ótra. En vista de las consecuencias desfavorables que podrían sobrevenir al pupilo y en protección de éste, el Código de Procedimiento Civil prohibe a los menores, como a todos los incapaces, que puedan prestar juramento decisorio (Art. 154);

9) En materia civil, los menores de 14 años no pueden ser testigos ni declarar válidamente en juicio aunque hayan presenciado el hecho materia de la investigación y por más que hubiere certeza de que hablan la verdad con pleno saber y discernimiento. Tampoco considera la ley testigos idóneos a los que declaran sobre hechos acaecidos antes de haber cumplido ellos 14 años (Art. 230 C. de P. C.).

PRIVILEGIOS, GARANTIAS Y EXCEPCIONES CONCEDIDOS POR LA LEGISLACION EN FAVOR DE LOS NIÑOS

Las mismas circunstancias de debilidad y necesidad de amparo que invocamos para fundamentar la institución de la tutela son valederas para explicar y justificar ciertos privilegios que, constituyendo una excepción dentro del sistema jurídico general, se conceden por la ley en favor de los impúberes.

Haremos una rápida revisión de estas excepciones legales que privilegian a la niñez:

1) No se toman en cuenta para la computación de las legítimas, ni de la cuarta de mejoras, ni de la cuarta de libre disposición, aunque se hayan hecho con la calidad de imputables, los gastos efectuados en la educación de un descendiente (Art. 1254 C. C.);

2) Las herencias que recaigan en niños, como, en general, de aquellas personas que no pueden aceptar o repudiar sino por ministerio o con autorización de ótras, se aceptarán necesariamente con beneficio de inventario, beneficio con el cual los herederos se hacen responsables de las obli-

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO

gaciones hereditarias y testamentarias únicamente hasta concurrencia del valor total de los bienes heredados. Si se prescinde de hecho de este requisito sólo responden por las deudas y cargas de la sucesión hasta donde alcance lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda, o se probare haberse empleado efectivamente en provecho de los herederos (Art. 1306 C. C.);

3) La inexperiencia de los menores, particularmente de los impúberes, los hace, en general, imprevisivos y derrochadores. Así al entregárseles una suma de dinero pueden malgastarla y consumirla en pocos momentos sin obtener el menor provecho. Por esto, si alguien se ha obligado con la condición de pagar una cantidad de dinero a alguna persona sujeta a tutela, no se tiene por cumplida la condición si se entrega tal suma al menor y éste la disipa, pues las condiciones han de cumplirse en la forma entendida por las partes, presumiéndose legalmente que las partes entienden siempre que debe cumplirse la condición del modo más racional (Art. 1539);

4) Para la venta o hipoteca de bienes raíces de personas sujetas a tutela debe intervenir necesariamente un Agente Fiscal, quien bajo su responsabilidad civil, se cerciorará de la necesidad o ventaja del acto (Art. 841 C. de P. C.);

5) Igualmente para el remate de bienes raíces, muebles preciosos o que tengan valor de afección pertenecientes a un menor, será requisito previo que se justifique la necesidad o utilidad de la venta. Pero si la venta es necesaria para la partición o el pupilo es sólo condueño, el juez ordenará la subasta sin más requisitos. La subasta se hará siguiendo todas las formalidades prescritas para el remate por ejecución, puntualizadas en los artículos 491 a 511 del Código de Procedimiento Civil;

6) Los tutores y curadores no pueden comprar parte alguna de los bienes de sus pupilos sino de acuerdo con las disposiciones dadas a propósito de su administración (Art. 1858 C. C.);

7) La responsabilidad que, de ser capaces para el delito, correspondería a los menores de 7 años sin excepción y a los de 16 que, a juicio del juez hubieren cometido delito o cuasi-delito sin discernimiento, se transfiere a sus respectivos padres o guardadores.

El padre y, en su falta, la madre son responsables civilmente de los actos de los hijos menores que habiten en su misma casa; el tutor responde, asimismo, de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado; los directores de colegios y escuelas, de los hechos de sus alumnos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

Esta responsabilidad cesa toda vez que estas personas no hubieren podido impedir el hecho empleando la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe.

Pero si los delitos y cuasi-delitos pueden probadamente atribuirse a mala educación o a los hábitos viciosos que les han dejado adquirir a sus hijos menores, subsiste la responsabilidad civil de los padres, sin excepción ni atenuación alguna (Arts. 2339 y 2340);

8) Las capitulaciones matrimoniales, esto es, "las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el úno al ótro, de presente o futuro", no pueden celebrarse en perjuicio de los derechos y obligaciones que las leyes señalan con respecto a los descendientes comunes (Art. 1773);

9) El inventario y la tasación de los bienes de la sociedad, que deben hacerse a la disolución de ésta, necesitan ser

solemnes, siempre que haya menores como partícipes de las ganancias (Art. 1825);

10) En el título dedicado a la prelación de créditos, el Código Civil establece cinco clases de créditos. La cuarta clase que, juntamente con la primera y segunda, comprende los créditos privilegiados, señala tres órdenes en favor de menores, que son: "3º Los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que fueren administrados por el padre, o por la madre, en su caso, sobre los bienes de éstos"; 4º Los de las personas que están bajo tutela o curaduría, contra sus respectivos tutores o curadores"; y 5º Los de todo pupilo contra el que se casa con la madre, abuela, tutora o curadora" sin hacer la denuncia previa al juez para que se nombre la persona que ha de sucederles en el cargo.

Estos créditos prefieren indistintamente únos a ótros, según las fechas de sus causas, como la del nacimiento del hijo en el Nº 3, la del discernimiento de la tutela en el 5º, la del matrimonio en el 5º. Las preferencias establecidas en estos números se entienden a favor de los bienes raíces o derechos reales constituídos en ellos, que pertenezcan a los respectivos hijos de familia y personas sujetas a guarda, que hayan entrado en poder del padre, madre, tutor o curador; y a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho de las mismas personas por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas... También se extiende la preferencia de cuarta clase a los derechos y acciones de los hijos de familia y pupilos contra sus padres o guardadores, por culpa o dolo en la administración de los respectivos bienes, probados fehacientemente (Arts. 2.499, 2.500 y 2.501);

11) No podrán levantar los sellos cuya fijación ordenó el juez con motivo de la apertura de una sucesión, por más que se haya inventariado y entregado los bienes y pape-

les al depositario, albacea o herederos, si tales herederos fueren menores, mientras se les dé guardador que presencie el acto (Art. 653 C. de P. C.);

12) En el Registro Mercantil, existente en la Oficina de Inscripciones de cada cantón, se inscribirán los documentos justificativos de los haberes del hijo que está bajo patria potestad y del menor que esté bajo tutela de un comerciante.

Esta inscripción debe hacer el comerciante dentro de quince días contados, según el caso, desde la fecha del documento o ejecutoria de la sentencia, sujetos a registro, o desde la fecha en que el padre o guardador empezaron a ejercer el comercio, si en la fecha de aquéllos no eran comerciantes (Arts. 28 Nº 7 y 29 Nº 1 del Código de Comercio).

Los comerciantes que omitieren el cumplimiento de esta obligación indemnizarán los daños y perjuicios que esta omisión ocasionare y pagarán, además, una multa de cien sucres por cada caso.

El hijo, el pupilo o cualquier pariente de ellos, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, están facultados para requerir el registro y fijación de los documentos sujetos a estas formalidades (Arts. 32 y 33 del C. de C.);

13) En defensa de los intereses de los incapaces, la Ley Orgánica del Poder Judicial prohibe especialmente a los escribanos autorizar escrituras de estas personas sin los requisitos legales (Art. 135 Nº 3º);

14) Por razones de interés social y siempre con el propósito de proteger a los menores, también la Ley Orgánica del Poder Judicial prohibe que puedan comprometerse en juicio de árbitros las demandas que versen: sobre alimentos debidos por ley, sobre el estado civil de las personas y sobre bienes raíces de pupilos, sin autorización del juez y en general sobre derechos irrenunciables. Esta prohibición es bas-

tante lógica, especialmente si se considera que gran parte del andamiaje y formulismo legislativo se ha construído en salvaguardia de la persona y bienes del incapaz;

15) Antes de celebrarse el matrimonio, los contrayentes, por sí o por sus procuradores, dejarán constancia ante el Jefe o Teniente Político, secretario y testigos del nombre y edad de sus descendientes legítimos habidos en matrimonio anterior disuelto y de la circunstancia de hallarse formados los inventarios de los bienes de los menores que estuvieren bajo la guarda o la patria potestad de alguno de los contrayentes, o la prueba de que éstos no tienen descendientes ni pupilos bajo su cuidado (Art. 117, C. C.)

También el Código Civil, de otro lado, prescribe al viudo que desee contraer nuevas nupcias teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su potestad o guarda, que forme un inventario solemne de los bienes que está administrando y le pertenezcan como a heredero de su cónyuge difunto o por cualquier otro título.

En la formación del inventario deberá intervenir un curador especial que se dará a dichos hijos, aunque no tengan bienes propios de ninguna clase (Arts. 149 y 150);

16) La Constitución y la ley garantizan la inviolabilidad de domicilio. Entre las pocas excepciones a este principio general, el artículo 173 del Código de Procedimiento Penal en su número 5º faculta para que se proceda de inmediato y sin ninguna formalidad al allanamiento de la morada de un habitante cuando un padre, madre o persona que tenga a ótra bajo su inmediata inspección o cuidado reclamen la extracción del hijo, pupilo o menor que hayan sido plagiados o raptados y estén ocultos en alguna casa.

OTRAS DISPOSICIONES DE EXCEPCION RELACIONADAS CON MENORES

1) No es embargable el usufructo del padre de familia sobre los bienes del hijo (Art. 2.485 C. C.);

2) La mujer casada no puede, en general, comparecer en juicio. El Código de Procedimiento Civil precisa los casos en que, a modo de excepción, puede hacerlo. Uno de éstos, para el que no necesita consentimiento ni del marido ni del juez, ya sea para proceder como actora o demandada, es para sostener los derechos de sus hijos legítimos que estén bajo su patria potestad (Art. 34);

3) Los escribanos en el otorgamiento de escrituras públicas en que haya menores interesados exigirán la manifestación de los comprobantes legales de la capacidad (Art. 173 C. de P. C.);

4) Por no ser posible la suficiente imparcialidad necesaria a un testimonio válido, no son considerados testigos idóneos los ascendientes por los descendientes, ni viceversa, ni el tutor o curador por su pupilo o menor (Art. 237 Nros. 1º y 9º C. de P. C.);

5) En caso de liquidación de compañías de comercio, los liquidadores están obligados a vender las mercaderías y de-

más bienes muebles e inmuebles de la compañía, aun cuando haya menores, sin sujetarse a las formalidades prescritas por el Código Civil en beneficio de los menores (Art. 349 Nº 6 Código de Comercio);

Los guardadores de éstos procederán con plenitud de facultades, como si obraran en negocios propios; y serán válidos todos los actos que otorguen o consientan a nombre de los menores que representan sin perjuicio de responder por haber obrado con dolo o negligencia culpable (Art. 351 Código de Comercio);

6) Como una precaución contra la codicia de las personas que, ávidas de lograr una herencia, pudieran atentar contra la vida del pupilo para aprovecharse de su fortuna, la ley prohibe que el pupilo resida en la habitación o bajo el cuidado personal de ninguno de los que, si muriese, habrían de sucederle en sus bienes. Los indiscutibles sentimientos paternales hacen que se excluya de esta prohibición a los ascendientes legítimos y los padres naturales (Art. 466 C. C.).

TRABAJO DE MENORES

Tema de especial preocupación en casi todos los Congresos y Conferencias del Trabajo celebrados en los últimos años ha sido la reglamentación del trabajo de menores. La codicia del capitalista que no tiene otra mira que obtener a toda costa plus valía para atesorar cada vez mayores capitales, no se ha detenido ni ante la explotación del niño ni de la mujer. Para ellos nada significa que la ciencia condene el trabajo de los niños en el período más crítico de su existencia, en el que los procesos de crecimiento y reajuste fisiológico demandan gran actividad orgánica, como lo comprueban las estadísticas de morbilidad y mortalidad de los niños que trabajan. El 50% de los niños obreros está afectado de los más variados defectos orgánicos y el 48% de los accidentes del trabajo corresponde igualmente a niños. En vista de estos datos, que tomamos de la Exposición de Motivos del Código del Niño uruguayo, sus redactores concluyen:

"La reglamentación del trabajo de los menores es una necesidad social. No es posible que los padres sometan a sus hijos pequeños a trabajos excesivos, considerándolos únicamente como capital utilizable, aunque el menor sufra perturbaciones en su desenvolvimiento físico y mental" (17).

Los constituyentes de 1929, tan prolijos y nimios en otras materias, al redactar el Código Fundamental que nos rige, se

limitaron a incluir como inciso último del numeral 18º del artículo 151, de las garantías constitucionales, estas palabras que no pasan de ser una vaga e inofensiva promesa: "La Ley regulará, especialmente, todo lo relativo al trabajo de las mujeres y de los niños"; pero omitieron de fijar algunas bases fundamentales de protección. Verdad es que el Dr. Ayora, con fecha 6 de octubre de 1928, próxima a reunirse la Asamblea Constituyente, expidió un cuerpo de leyes del trabajo que entró en vigencia el 1º de enero de 1929, en el cual está la Ley sobre el Trabajo de Mujeres y Menores y de Protección a la Maternidad que fue aprobada globalmente con toda la legislación expedida en forma dictatorial. Sin embargo, la Constitución Política poco hizo por concretar y asegurar algunas garantías positivas. Algo más se ha hecho en la Constitución vigente, como ya lo hemos visto.

La Constituyente de 1938 al aprobar el Código del Trabajo redactado por una comisión de abogados incorporó en este Código las varias leyes del trabajo dictadas por el gobierno del Dr. Isidro Ayora en 1929, entre ellas la Ley sobre contrato individual del trabajo que determina quienes son capaces para trabajar y la Ley especial sobre trabajo de Mujeres y Menores. Por esto, las disposiciones son exactamente las mismas.

El artículo 32 del Código del Trabajo declara con capacidad plena para celebrar contratos de trabajo a los varones mayores de 18 años. A las personas menores de 18, pero mayores de 14 años, exige autorización expresa de los padres, guardadores o personas que corran a cargo de su manutención y cuidado. Nada dice con respecto a los menores de 14 años; de donde inferimos, atendiendo, además de este silencio en las tres reglas de excepción, al principio general que sienta el comienzo del artículo: "son hábiles para celebrar contratos todos los que la ley declara con capacidad civil pa-

ra obligarse", que el menor de 14 años no es hábil para efectuar contrato de trabajo.

Por otra parte, el artículo 83 prohibe expresamente toda clase de trabajo por cuenta ajena a los menores de 14 años.

Sólo a manera de excepción, faculta al Inspector del Trabajo y, en su falta, a la primera autoridad de policía del lugar para que autorice el trabajo de menores de 14 años; pero siempre que sean mayores de 12 y comprueben: 1) que concurren actualmente a una escuela primaria o que han completado el mínimum de instrucción escolar exigido por la ley y 2) que el menor tiene imprescindible necesidad de trabajar para proveer a su propia sustentación, a la de sus padres o ascendientes con quienes viva y estuvieren incapacitados para el trabajo, o a la de sus hermanos que se encontraren en igual condición.

A fin de garantizar la efectividad de la educación fundamental, la ley impone algunas exigencias a los patronos que empleen menores de 18 años que no hayan completado los cursos de instrucción primaria. Estas son: 1) dejar libres diariamente dos horas de las destinadas al trabajo para que concurran dichos menores a la escuela; 2) fundar por cuenta del patrón una escuela primaria cuando se trate de centros permanentes de trabajo ubicados a más de 2 kilómetros de las poblaciones y siempre que el patrón empleare a 20 o más niños que no han concluído su educación primaria (Arts. 84 y 39 Nº 5 del C. del T.).

Otras prohibiciones establecidas por el Código en beneficio de los menores de 18 años son:

1) El trabajo de más de ocho horas diarias y de más de 38 ½ a la semana;

2) El trabajo nocturno, entendiéndose por tal el que se efectúa entre 7 de la noche y 6 de la mañana, exceptuándose el servicio doméstico;

3) El trabajo en industrias o tareas consideradas como peligrosas o insalubres, particularmente:

"a) La destilación de alcohol y la fabricación o mezcla de licores;

"b) La fabricación de albayalde, minio y cualesquiera otras materias colorantes tóxicas, así como la manipulación de pinturas, esmaltes o barnices que contengan sales de plomo o arsénico;

"c) La fabricación o elaboración de explosivos, materias inflamables o cáusticas, y el trabajo en locales o sitios en que se fabriquen, elaboren o depositen cualquiera de las antedichas materias;

"d) La talla y pulimento de vidrio, el pulimento de metales con esmeril y el trabajo en cualquier local o sitio en que ocurra habitualmente desprendimiento de polvo o vapores irritantes o tóxicos;

"e) La carga y descarga de navíos, aunque se efectúen por medio de grúas y cabrías;

"f) Los trabajos subterráneos o en canteras;

"g) El trabajo de maquinistas y fogoneros;

"h) El manejo de correas, sierras circulares y otros mecanismos peligrosos;

"i) La fundición del vidrio y de metales;

"j) El transporte de materias incandescentes;

"k) El expendio de bebidas alcohólicas destiladas o fermentadas, y

"l) En general, los trabajos que constituyan un grave peligro para la moral o para el desarrollo físico de mujeres y varones menores de 18 años".

Corresponde a los Inspectores del Trabajo informar a la Dirección General cuáles de los trabajos o industrias se han de considerar incluídos en las prohibiciones indicadas. (Art. 87 C. del T.).

Con el objeto de que los menores tengan efectiva protección y de que se cumplan en la realidad las disposiciones del trabajo que les concierne en todo establecimiento en que trabajen menores de 18 años debe llevar un Registro Especial, copia del cual enviará mensualmente a la Inspección del Trabajo y a la Oficina de Estadística y Colocación, en el cual se anotarán los siguientes datos: nombre del menor trabajador, edad, trabajo que desempeña, número de horas que trabaja, salario que percibe y certificación de haber cumplido o hallarse cumpliendo la obligación escolar. (Art. 89 C. del T.).

Las infracciones al Código del Trabajo en cuanto a las circunstancias en que pueden trabajar los menores están sujetas a multa de cincuenta a quinientos sucres en cada caso. La mitad del valor de la multa impuesta se entrega al menor perjudicado.

En cuanto a los accidentes que pueden sobrevenir a los menores de 18 años en su trabajo, el mismo Código del Trabajo (Art. 88) establece la presunción de que el accidente o enfermedad se ha producido por culpa del patrono en dos casos: 1) Cuando dicho accidente o enfermedad se haya ocasionado en una de las tareas prohibidas para menores por considerarse peligrosas o insalubres, y 2) Cuando el accidente o enfermedad dependen de circunstancias que signifiquen infracción de la ley.

Los accidentes de trabajo de que fueren víctimas los padres, toman en consideración también a los herederos, para los efectos de la indemnización.

Si a causa del accidente y dentro de los 180 días subsiguientes a éste sobreviene la muerte del trabajador, sus derechohabientes son indemnizados con una suma igual al sueldo o salario de tres años percibido por el fallecido; pero

el sueldo o salario anual se considera con un máximo de cuatro mil ochocientos sucres.

Si la muerte acaece después de los indicados 180 días, la indemnización para los herederos se reduce a las dos terceras partes del caso precedente.

Si el fallecimiento es posterior a los 365 días de producido el accidente la indemnización es sólo de la mitad y pasados los dos años, cesa el derecho de los herederos a reclamarla.

Tampoco tienen derecho a la indemnización "Las hermanas casadas, así como las solteras y los hermanos mayores de 18 años y menores de 21 que no hubieren vivido a cargo del trabajador siquiera el año anterior a la fecha de su fallecimiento", ni los nietos que vivieren a expensas de su padre.

Dentro de las mismas condiciones que acaba de indicarse los herederos tienen derecho a indemnización si un trabajador fallece o se incapacita absoluta y permanentemente para todo trabajo, o en caso de sobrevenir disminución en la aptitud para el trabajo a causa de enfermedad profesional.

Para establecer la preferencia u orden, la cuota o proporción y los límites del derecho a la indemnización por parte de los herederos se sigue las reglas fijadas en el *Código Civil* para la sucesión intestada.

Existe regulada en nuestro Código del Trabajo, una modalidad especial de trabajo, la de los aprendices, dentro de la cual hay una disposición particular en lo que se refiere a menores y en virtud de la cual en el contrato de aprendizaje se hará constar necesariamente el consentimiento de los padres, ascendientes o guardadores, o a falta de éstos, del Inspector o Comisario del Trabajo, siempre que se trate de menores cuya edad esté comprendida entre los doce y los diez y seis años. Por lo demás rigen las prescripciones generales en cuanto a trabajo de menores.

DELINCUENCIA INFANTIL

Por su inmensa trascendencia social y por sus complejidades, el problema de la delincuencia infantil es uno de los más difíciles a la vez que importantes dentro de los dominios de la sociología, de la jurisprudencia y de la educación.

La gran amplitud del tema de nuestro estudio no siquiera nos permite detenernos a analizar brevemente los múltiples aspectos de esta materia que, por lo demás, ya ha sido tratada en numerosas tesis y monografías especiales. En esta visión de conjunto de la situación jurídica del niño en el Ecuador, habremos de limitarnos, como lo hemos hecho en todos sus capítulos, a una rápida exposición de las normas positivas vigentes, anotando de antemano el hecho de que el problema de la delincuencia infantil ha obtenido una satisfactoria solución desde la vigencia del Código de Menores, por muchas que sean las fallas o deficiencias que irán corrigiéndose.

Se derivan estas disposiciones del Derecho Romano que concedía las llamadas acciones noxales para exigir reparación por el daño causado por personas, como los impúberes, dependientes del cuidado de ótras. En lo moderno, la responsabilidad tiene gran extensión y abarca al padre por sus hi-

jos, al profesor por el alumno, al jefe por sus empleados o dependientes.

Cuando el menor comprendido en la edad de 7 a 18 años ocasiona perjuicios, éstos son pagados por los padres, guardadores, patronos o personas de quienes dependen los contraventores de conformidad con las disposiciones del Código Civil (Art. 590 del C. Penal).

El hecho psicológico de que el individuo no nace en la plenitud de sus facultades y que éstas, ya sean de orden somático o psíquico, van apareciendo y desarrollándose paulatinamente a partir del nacimiento, es tan indiscutible que tanto la escuela criminalista clásica, como las positivistas concuerdan en que la edad es un factor decisivo en la exención o disminución de la responsabilidad. La variante ha estado en la edad.

Por lo que respecta a los niños, nuestro antiguo Código Penal, siguiendo al español, aceptaba dos situaciones: a) irresponsabilidad absoluta para el menor de 10 años, y b) responsabilidad dudosa o condicional, para los que pasan esta edad sin exceder de los 16, situación en la que hay que distinguir dos casos: 1) el menor obró sin discernimiento, es decir, según la interpretación de Nypells —comentarista del Código Penal Belga del cual se copió el nuestro— sin darse cuenta del mal que hacía, sin comprender que se exponía a una pena, o 2) procedió con discernimiento. En la primera de las suposiciones, no se imponía castigo, o, atentas las circunstancias, el juez lo enviaba a una casa de corrección para que fuera educado hasta completar 21 años; en la segunda, se hacía acreedor a la pena correspondiente a su infracción; pero impuesta en forma tal que no excediese de la mitad ni bajara de la cuarta parte de la que le habría correspondido en caso de ser mayor de 16 años. Además, el infractor podía ser colocado bajo la vigilancia de la autoridad por un tiempo

igual a la condena (Art. 22 C. Penal antiguo). En virtud del Nº 2 del artículo 32 del mismo Código hay que tener presente que constituía una circunstancia atenuante el hecho de ser el delincuente menor de 18 años.

De meditarse y muy adecuadas para la consideración de la responsabilidad de los menores son estas palabras de Terman:

"Todos nosotros, en los primeros años de nuestra infancia, carecíamos de responsabilidad moral. Eramos egoístas tan estrechos y rancios como lo es cualquier criminal. El respeto para con los sentimientos ajenos, a los derechos de propiedad o para cualquier otra clase de derechos, hubimos de adquirirlo trabajosamente por la acción de una severa disciplina. No es sino por grados, poco a poco, como aprendimos que, sólo cuando se frenan los instintos y se regula la conducta de modo que concuerde con los principios formalmente establecidos o tácitamente aceptados por nuestros semejantes, recién entonces el mundo llega a ser un lugar en el cual se puede vivir. Sin inteligencia para generalizar lo particular, para prever las consecuencias distantes de actos presentes, para pesar estas previstas consecuencias en la hermosa balanza de la imaginación, no puede aprenderse ni tenerse un concepto claro de la moralidad" (18).

Dignas de reflexión son asimismo estas palabras de Barnés:

"Si el adolescente no tiene experiencia ni madurez para definir en conceptos y en palabras su ideal y su exigencia de una justicia pura, claro está que más desarmado de experiencia y de adaptación a los casos y a las circunstancias concretas, ha de encontrarse para los problemas prácticos que implican un conocimiento del derecho positivo. Sus faltas, derivadas del desconocimiento de esta ley positiva, de una trama tan complicada, y nacida, en parte de circunstancias

históricas y accidentales que nada o poco tienen que ver con la pura categoría de la justicia, no pueden servirnos como base para diagnosticar la conciencia moral y jurídica del adolescente. Su conciencia se mueve en otro plano más absoluto e incondicionado". (19).

Nuestra legislación, frondosa y enmarañada en muchos otros aspectos, es excesivamente pobre en cuanto a dictar medidas conducentes, a prever y combatir la delincuencia infantil. Hasta la expedición del Código de Menores sólo había algunas disposiciones de poca eficacia. Algunas quedan todavía como complemento del Código. Tal el artículo 589 del Código Penal, encaminado a combatir la vagancia infantil que es una de las principales causas de criminalidad entre niños. "A los menores de catorce años y mayores de siete que se encontrare jugando, fumando o vagando en las calles, plazas o cualquier otro lugar público, la Policía les remitirá inmediatamente al respectivo Tribunal de Menores, hasta que los reclamen quienes tengan derecho, a los cuales se prevendrá tengan mayor cuidado y vigilancia de sus hijos, pupílos o domésticos, y se les impondrá una multa de dos a diez sucres si, por descuido de su parte, reincidieren en la misma falta dichos menores".

El mismo Código, en su propósito de reprimir en alguna forma la vagancia infantil, castiga como contraventores de tercera clase, o sea, con 21 a 30 sucres de multa y prisión de 2 a 4 días, o una de estas penas solamente, a quienes reciban en su casa, sin conocimiento de la Policía, a menores prófugos (Art. 581 Nº 21).

Otra medida preventiva, en bien de la moralidad infantil, encontramos en el Decreto Nº 19 del Presidente Ayora, de 15 de febrero de 1927, en el cual, por los artículos 4º y 5º, se prohibe la exhibición de películas policiacas y atentatorias a la moral y las buenas costumbres y la entrada al cine a

menores de 14 años para todas las películas que no han sido especialmente preparadas para niños o con especial permiso de la Junta Censora para que las presencien éstos.

Esta disposición ha caído en desuso y ahora la práctica es la contraria, o sea que los cines anuncian las películas prohibidas para menores de tal o cual edad.

En la Exposición de Motivos del Código del Niño del Uruguay encontramos lo siguiente:

"Cuando un menor comete un delito, es aprehendido por la autoridad policial, y después de visitar una o más comisarías seccionales, la Policía de Investigaciones y la Cárcel Central, es remitido a la Cárcel Preventiva, a disposición del Juez Letrado de Instrucción de turno; este magistrado, absorbido generalmente por otras tareas que considera más importantes, porque se refieren al esclarecimiento de delitos graves, recibe esa causa insignificante, inicia el sumario respectivo como cualquier otro de menor cuantía, y luego de intimar al procesado el nombramiento de defensor y de hacerlo comparecer a su presencia, debidamente custodiado, para recibirle declaración, continúa los procedimientos en la forma usual y corriente. Y mientras el Juez sumariante investiga si el hecho imputado al menor fue cometido de día o de noche, en poblado o en despoblado; si medió infracción o abuso de confianza; si se emplearon llaves falsas o verdaderas, y otras circunstancias tan minuciosas como inútiles en estos casos, el procesado —muy a menudo es una criatura— permanece en la Cárcel Preventiva y Correccional sometido a un régimen de promiscuidad y de holganza; aprende minuciosamente el mecanismo del establecimiento; traba las relaciones más peligrosas; adquiere vicios que no conoció en la calle; se entera de la táctica y de la habilidad de los distintos defensores, y termina por convencerse de que la cárcel no es el fantasma que había forjado su imaginación in-

fantil, sino un alojamiento como cualquier ótro, donde se come y se duerme regularmente. No se necesita más para convertir a un niño travieso o mal educado en un delincuente empedernido, inaccesible a toda sugestión generosa y educadora" (20).

La misma exposición de motivos encierra este otro párrafo muy verdadero e importante: "para que la acción del Estado sea protectora de la niñez y preventiva de la criminalidad infantil, la doctrina moderna unánimemente aconseja una triple especialización: la de las medidas aplicables a los jóvenes delincuentes, que no deben ser de penalidad, sino de educación y de reforma, la del Tribunal y la de procedimiento" (Pág. 19).

En efecto, el adecuado y eficaz juzgamiento de los menores demanda la existencia de magistrados especializados, con misión tutelar y preventiva, antes que penal, sancionadora; magistrados que deben reunir condiciones especiales y estar revestidos también de atribuciones especiales; antes que un gran jurisconsulto, requiérese de un buen psicólogo, de un excelente educador, pues las medidas a tomarse deben ser de orden médico-pedagógico.

En Rusia Soviética existen comisiones especiales para asuntos de menores, las cuales aplican como principales medidas, las siguientes: 1) supervigilancia ejercida por los padres y tutores; 2) supervigilancia de un inspector-educador; 3) entretenimientos, exhortaciones, etc.; 4) envío al trabajo; 5) colocación de adolescentes de difícil educación en casas especiales; 6) repatriación. El éxito de estas medidas ha sido considerable, como que gran número de niños y de adolescentes juzgados por las respectivas comisiones se han reintegrado a la vida de actividad social útil. En Suecia, que tiene también legislación moderna, se emplean estas cuatro medidas para la protección y enmienda de los niños abando-

nados y pervertidos o en peligro de serlo: 1) admonición a los padres; 2) reprensión con o sin castigo corporal; 3) educación complementaria; 4) educación protectora.

De la copiosa información recogida por el Comité de Protección a la Infancia de la Liga de las Naciones, se llega fácilmente a la convicción de que en la gran mayoría de los países hay el propósito educativo de crear instituciones para niños descarriados y delincuentes. Es también bastante general la existencia de tribunales o jueces especiales para el juzgamiento de menores. Existen estos Tribunales en Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Japón, Noruega, Suecia, Rusia, Uruguay, etc.

Nuestra legislación careció hasta 1938 de tribunales y procedimientos adecuados para el juzgamiento de los niños de conducta irregular. Antes de analizar lo establecido por el Código de Menores, veamos lo que dispone el Código de Procedimiento Penal.

A manera de excepciones, da las siguientes reglas que modifican en parte, las generales, tratándose de menores:

1) Siguiendo la doctrina de la extraterritorialidad y del fuero diplomático, deja fuera de la jurisdicción criminal del Ecuador a los hijos de los Agentes diplomáticos residentes en el país y de los transeuntes de potencia amiga, sin más requisito que poner en conocimiento oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores la nómina del personal que integra su comitiva, a la que se extiende el privilegio (Art. 3º Nº 1);

2) No hay obligación de rendir fianza de calumnia para el tutor que acusa la ofensa hecha a su pupilo (Art. 44);

3) Los menores de 14 años pueden rendir declaración; pero lo harán sin juramento, y sus declaraciones no tienen más valor que servir de base para la indagación (Art. 73);

4) Los menores de 18 años y mayores de 14 declararán en presencia de un curador que nombrare y posesionare el juez en la misma diligencia (Art. 81);

5) En los delitos de imprenta, se hace responsable al impresor, director o dueño de la imprenta, cuando el autor, editor o reproductor de un impreso punible fuere menor de 16 años, lo que, en otros términos, significa que el menor de 16 años es irresponsable de las infracciones de imprenta que pueda cometer.

Expedido el Código de Menores, ya nada tiene que ver el Código Penal con la delincuencia infantil. Por esto ahora sólo constan en el último unas escasas disposiciones. Así el artículo 39 prescribe que "Las personas que no hayan cumplido 18 años de edad estarán sujetas al Código de Menores".

Como este Código, considera como menores, como sujetos activos del delito a quienes no han cumplido 18 años, el Código Penal, entre las circunstancias atenuantes incluye el hecho de ser el culpable menor de 21 años, ya que, por lo expuesto, caen dentro de la jurisdicción penal común los infractores comprendidos entre los 18 y 21 años de edad.

Por esta misma razón, el mismo Código sanciona a los menores comprendidos entre los 18 y 21 años que contrajeren matrimonio sin consentimiento de sus padres o de quienes ejerzan su representación.

FUNDADA EN 1826 QUITO

CONTRAVENCIONES Y DELITOS COMETIDOS CONTRA NIÑOS

Entre las contravenciones de segunda clase, castigadas con multa de 11 a 20 sucres y prisión de un día, o una de las penas, el Código Penal incluye dos hechos que merecen aún mayores sanciones, por la gravedad de la infracción. Los números 32 y 33 del Art. 580 juzgan como contraventores a los dueños o administradores de tabernas, casas de juego o garitos que admitieren en ellos menores de edad y a quienes dieren de beber "licores alcohólicos o fermentados" a un menor de edad.

Incurren en contravención de segunda clase, los que compraren cualquier artículo de comercio u otros objetos muebles, alhajas o prendas de vestir, etc., a menores de 18 años, que no estuvieren autorizados para la venta. En este caso, además de incurrir en la pena señalada para esta clase de contravención deberán restituir la cosa comprada a su dueño.

La ley protege los derechos aún del que está por nacer y por esta razón se castiga el aborto en nuestra legislación penal, con sólo dos excepciones: para evitar un peligro para la salud o la vida de la madre o si el embarazo es producto

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

de una violación o estupro a una idiota o demente. Creemos que esta excepción se debe ampliar a cualquier caso de estupro o violación, puesto que ambos actos son delictivos y ultrajantes.

Aunque también es sancionada, bien que con cierta atenuación del rigor, es castigada como homicida la madre que matare a su hijo recién nacido a fin de ocultar su deshonra. Asimismo hay disminución de la pena para los abuelos maternos que con iguales propósitos cometieren este delito.

A más de las indicadas, la legislación ecuatoriana prevé las siguientes infracciones perpetradas en niños: el abandono, la destrucción o perturbación de las pruebas del estado civil, el rapto, los atentados al pudor, la violación, la inducción a la prostitución y la corrupción de jóvenes.

El Código Penal sanciona como contravención de primera clase, penada con multa de dos a diez sucres, a los padres de familia que abandonan a sus hijos no procurándoles una educación adecuada a su clase y facultades o que fueren remisos y negligentes en procurar que asistan a las escuelas de instrucción primaria, sin legítima excusa (Art. 579 Nº 57). El sentido de la palabra abandono es aquí distinto del que se da en otros capítulos del Código Penal. En el artículo que estudiamos, hay abandono, en el significado de descuido, despreocupación para educar a los menores, sin que nada tenga que ver esto con ausencia del menor del hogar paterno.

El Código Penal dedica todo el capítulo tercero, Título VI del Libro II a esta materia, dando al abandono el significado más amplio que vamos a ver, al estudiar sus disposiciones.

La legislación francesa de la Revolución, olvidando, en parte, el antiguo derecho romano, dentro del cual el padre tenía poder absoluto sobre la vida y bienes de los hijos, sién-

dole potestativo a aquél venderlos, abandonarlos y aún matarlos, sentó normas humanizadas. El Código de 1810 castiga ya el abandono de los niños menores de 7 años y establece como circunstancias agravantes del delito el hecho de que sus autores sean los padres o tutores del niño, de verificarse el abandono en lugar solitario y de que, a consecuencia del abandono, quede mutilado o muera el niño. Estos mismos son los principios seguidos por el Código Penal Ecuatoriano, en el capítulo antedicho, dedicado a proteger la vida e integridad física de los niños.

El castigo comprende únicamente el caso de que la víctima sea un infante o niño, es decir, un menor de 7 años, como lo establece el Código Civil al dar el significado de algunos términos.

El Código Penal distingue dos hechos delictivos: la exposición y el abandono. La exposición consiste en llevar a un niño a un lugar y dejarlo alejado de aquél en que se encuentran sus cuidadores o guardadores; supone un niño muy tierno e imposibilitado para trasladarse por sí mismo. Abandono es el hecho de dejar solo a un niño en un lugar, sin preocuparse de que haya alguien que lo recoja y atienda. Generalmente, sucede a la exposición y supone que el niño pueda transportarse. En realidad, esta distinción que hacen los comentaristas es una mera sutileza que verdadera diferencia, tanto más que no se siguen consecuencias legales de tal distinción.

Según la gravedad de las circunstancias previstas por la ley y que concurren en cada caso de abandono aumenta el rigor de la pena.

La escala de culpabilidad en orden creciente, deducida del texto de los artículos de este capítulo del Código es:

1) Abandonar o hacer abandonar a un niño en lugar no

solitario y exponerlo o hacerlo exponer en otra parte que no sea hospicio o casa de expósitos;

2) Abandonar o hacer abandonar a un niño en lugar solitario;

3) Abandono o exposición cometido por los padres o cuidadores del niño, constituyendo agravante la circunstancia de haberlo efectuado en lugar solitario;

4) Abandono del que resultan mutilaciones o estropeo del niño, siendo mayor la pena si se produjo en lugar solitario;

5) Abandono causante de la muerte del niño, caso en que el máximo del rigor de la pena corresponde al realizado en lugar solitario.

Las penas correspondientes, con un máximum y un mínimum para cada situación, oscilan entre un mes de prisión para el menos grave de los abandonos hasta la reclusión mayor de 8 años, para el abandono en que concurran las circunstancias de máxima perversidad del delincuente. Además, en algunos casos, puede imponerse multa de 40 a 100 sucres.

El capítulo II, título IX, libro II del Código Penal se ocupa de los delitos que se dirigen a impedir o destruir la prueba del estado civil de un niño (Arts. 517 a 522) y tiene por objeto proteger los derechos de familia y de sucesión de los niños, ofreciendo garantías de su estado civil. Los hechos delictivos que sanciona nuestra legislación penal en esta materia son:

1) No entregar, dentro de tres días, al Teniente Político o autoridad de Policía del lugar, al recién nacido que se hubiere encontrado;

2) Sustitución de un niño por ótro que consiste, en dar a un niño el lugar, la calidad y los derechos de ótro;

3) Suposición de parto, por la que se hace aparecer que

una mujer ha dado a luz un niño que no es en realidad su hijo;

4) Usurpación del estado civil que, en definitiva, se reduce a los mismos casos anteriores de retención indebida de un niño, sustitución por ótro y suposición de parto;

5) Arrebatar o hacer arrebatar a un niño, es decir, el rapto, entendiéndose por tal cualquiera forma de arrancar al niño de sus legítimos guardadores, sea que se haya empleado medios violentos o persuasivos, puesto que al menor de 7 años no se le reconoce capacidad para consentir libremente;

6) Ocultar o hacer ocultar maliciosamente a un niño —lo que caso equivale a rapto— y supresión del estado civil;

7) Llevar o hacer llevar a una casa de expósitos o establecimiento semejante, al niño confiado al cuidado del autor o instigador de este delito. Es necesario para la existencia del delito que los padres o la autoridad les hayan encargado la custodia del niño, pues tal interpretación se desprende de la frase "a un niño que les estaba confiado", empleada en el artículo 521 del Código;

8) No hacer saber que se está encargado de un niño a las personas que tienen derecho a reclamarlo, disposición que tiende a garantizar los derechos de patria potestad y guarda.

Las penas fluctúan entre ocho días y seis años de prisión o reclusión. A veces, también de 40 a 80 sures.

En cuanto al rapto de mayores de 7 años, pues que del de los menores de esta edad acabamos de hacer mención a propósito del artículo 519 y siempre dentro de los límites de nuestro tema, o sea, de personas que no pasan de la pubertad, tenemos los artículos 504 a 507 que castigan esta infracción atendiendo a la edad y al sexo de la persona raptada. No distingue la ley los medios empleados, siendo de igual rigor para quien usó de artificios o amenazas, como para quien recurrió a la violencia.

El rapto del menor, mayor de 7 años, varón, se castiga con 1 a 5 años de prisión y multa de 40 a 100 sucres; si la persona arrebatada es niña menor de 16 años se impone al hechor reclusión menor de 3 a 6 años. Igual sanción se aplica en estos casos al que hizo arrebatar que a quien arrebató personalmente.

Si la raptada es púber, (mejor diríamos núbil), o sea mayor de 12 años, puede contraer matrimonio con el raptor. En este caso, los culpables del rapto no pueden ser perseguidos sino después de definitivamente declarada la nulidad del matrimonio, excepción que tiende a favorecer el orden familiar.

Para evitar la publicidad y sus perniciosas consecuencias está prohibido el juzgamiento de oficio del rapto de mujeres comprendidas entre 16 y 21 años. Se deja, de esta manera al buen juicio de los familiares de la víctima la denuncia y acusación del delito.

En el nuevo Código Penal se establece una nueva figura delictiva que no constaba en los anteriores. Es el plagio que consiste en apoderarse de otra persona, por violencias, amenazas o engaños con finalidades dolosas.

En razón de los peligros que entraña este delito, las penas se aumentan en dos años, cuando el plagiado es un menor de dos años de edad.

En la clase de los delitos de carácter sexuológico están los atentados al pudor, estupro y violación, a los que se refieren los artículos 481 a 491 del Código, en lo que se relaciona con impúberes, y los actos de incitación a las prostitución o corrupción de menores sobre que versan los artículos 496 a 503.

Para la recta comprensión de los delitos de esta clase, recordemos ante todo los conceptos dados por el Código a cada uno de los tres grupos de figuras delictivas.

Es atentado contra el pudor "todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal y se ejecute en la persona de ótro, sea cual fuere su sexo". Dado el hecho de que impúdico significa "sin pudor" es obvio que poco o nada define esta definición.

Por estupro designa el Código "la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento".

Dentro de la materia de nuestro estudio, esto es, la legislación de menores, se designa por violación "el acceso carnal con persona de uno u otro sexo" en el caso (entre ótros referentes a mayores) de que la víctima fuere menor de doce años", en que basta esta sola circunstancia de la edad para que exista el delito, pues tratándose de mayor de doce años, para que haya violación se precisa empleo de fuerza o intimidación o que "la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir".

Las figuras delictivas con respecto a los dos primeros puntos son:

1) Atentado contra el pudor, o sea, actos que ultrajen la honestidad de otra persona, sin violencia ni amenazas, siendo la víctima menor de 14 años y de diferente sexo del agresor;

2) El mismo delito determinado en el número anterior; pero acompañado de violencias y amenazas;

3) Los mismos delitos delineados en los números anteriores; pero perpetrados en menores de 12 años, los que se sancionan con el máximo de la pena.

En todos estos casos, la ley declara existente el atentado desde que hay un principio de ejecución (Art. 484 C. P.)

4) Estupro del cual sea víctima una mujer mayor de ca-

torce años y menor de veinte y uno. Si la mujer es mayor de 16 no puede juzgarse de oficio esta infracción;

5) Estupro con una mujer menor de catorce años y mayor de doce.

6) Violación de una persona de uno u otro sexo menor de doce años de edad;

7) Violación de un menor de 12 años si se produjere grave perturbación de la salud de la persona violada;

8) Agravan las figuras delictivas anteriores, la calidad especial del autor en sus relaciones con la víctima que se presenta en los ascendientes, personas que tienen autoridad sobre ella, funcionarios públicos, ministros de culto, médicos, cirujanos, comadrones o practicantes, en personas confiadas a su cuidado, como también tener la calidad de sirviente la víctima con respecto al autor o viceversa; y por otra parte, el auxilio de extraños para la ejecución del delito;

9) Finalmente, la cumbre de esta escala delictiva se halla en las violaciones que han ocasionado la muerte de la víctima.

A varios de estos delitos, como el señalado en el número 7, se aplica la pena de reclusión mayor extraordinaria, de 16 años. La menor de las penas es la de un año que corresponde al atentado al pudor sin agravantes.

Son también delitos de carácter sexuológico; pero en que sus autores ejercen el papel de corruptores, los siguientes: 1) corrupción o prostitución de los jóvenes y 2) rufianería o proxenetismo.

Elementos constitutivos del primer grupo son: "1º) Que se haya excitado, facilitado o favorecido el libertinaje o la corrupción de los menores; 2º) Que esta excitación, facilitación o favorecimiento del libertinaje o corrupción sea habitual; 3º) Es preciso que el menor cuya corrupción se ha fa-

vorecido, excitado o facilitado tenga la edad requerida, y 4º) Que el agente tenga la intención de corromper.

"¿Cuáles son los actos con los cuales se atenta a las buenas costumbres, excitando, facilitando o favoreciendo la corrupción de los menores? Esta es una cuestión de hecho que será apreciada por los jueces en cada caso que se presente. Por lo demás, es suficiente que el agente haya: o excitado, o favorecido, o facilitado la corrupción.

"Así tendríamos que excita a la corrupción de los menores el que con palabras provocadoras, con proposiciones infames, incita a actos deshonestos. La facilitación sería, por ejemplo, el hecho de un posadero que asegura a menores un lugar para efectuar actos obscenos. El hecho de una madre que entrega su hija menor a un hombre para que la haga su concubina, tolerando sus relaciones, sería un caso de favorecimiento.

"La excitación a la corrupción es uno de aquellos crímenes o delitos que se llaman por costumbre; pues para la existencia de la infracción son necesarios varios hechos para constituirlas. Con un solo acto de corrupción no hay crimen ni delito. El Código no dice cuántos son los hechos que es preciso llevarlos a cabo para constituir el hábito, la costumbre, si bien en el Art. 375, (501 del Código vigente) en la rufianería, se determina que deben ser dos o más actos; pero el juez apreciará según las circunstancias" (21).

Las figuras delictivas previstas y determinadas por el Código son:

1) Atentar contra las buenas costumbres, excitando, facilitando o favoreciendo habitualmente el libertinaje o corrupción de menores que han cumplido 14 años. Se aumenta la pena, si el niño, de cualquier sexo que sea, es menor de 14 años, y más aun si la edad del niño es inferior a doce años.

2) Las mismas características del número precedente;

pero agravadas con la circunstancia de ser los culpables ascendientes de la persona prostituída o corrompida, o personas que tienen autoridad sobre ella, o funcionarios públicos, o ministros de culto, o sirvientes o si lo realizan en sirvientes.

3) Por último, encontramos la rufianería que para ser reputada como delito requiere ocuparse habitualmente en ella, para lo cual basta probar dos actos cometidos en distintas ocasiones y personas.

Si el atentado se comete por el padre o madre de las personas prostituídas, a más de la prisión y vigilancia de la autoridad, se priva al cupable de los derechos y prerrogativas otorgadas por el Código Civil sobre la persona y los bienes del hijo.

Demasiado notorio es que, no obstante la frecuencia de los maltratos a niños que casi constituyen una costumbre en gran parte de la población, nuestras leyes olviden en absoluto de castigar las sevicias en niños que tan graves consecuencias físicas y psicopáticas pueden engendrar. Desde los más o menos insignificantes coscorrones y latigazos hasta el infanticidio mismo, hay una variadísima gama de maltratos a los niños que merecen sanción; pero según el Código Penal vigente los maltratos en general son considerados como simples contravenciones con prescindencia de la edad del agraviado.

Padres de familia y aún educadores —preferentemente en las escuelas particulares— usan y abusan de los castigos corporales sin que nada ni nadie los estorbe. Apenas el artículo 98 de la Ley Orgánica en Educación Primaria numeral 59 prohibe a los profesores imponer a sus alumnos castigos lesivos a la dignidad humana.

Privación de alimentos y variedad infinita de golpes acarrean graves trastornos y enfermedades a los infelices niños, ocasionándoles la muerte no raras veces. No obstante se prac-

tican con cierta frecuencia en los hogares y en alguno que ótro plantel de educación.. Validizan, dice a este propósito, lo siguiente que ilustra lo que acabamos de exponer:

"El profesor Vibert refiere el caso de un niño de siete años de edad en quien debió apreciar las sevicias de que había sido víctima: en las nalgas y en los muslos ofrecía equimosis antiguas (por su coloración pajiza) y recientes (de tinte violáceo), en su mayor parte, de forma longitudinal, lo que guardaba armonía con lo manifestado por el niño de haberse recurrido a un bastón y a una regla para maltratarle. La irregularidad de algunas de las esquimosis del muslo insinuó al doctor Vibert la sospecha de haberse tratado de un puntapié. Algunas huellas de arañazos en la cara y en las manos, producidas estas últimas por las aristas de una regla, y, por último, en medio del pabellón de la oreja, una perforación completa de un milímetro de diámetro, de bordes regulares, cicatrización antigua y no correspondiente a una anomalía congénita sino a herida por instrumento perforante.

"Las lesiones que ofrecen los niños maltratados son tan variables como los instrumentos con que ellas pueden ser inferídas; pero los maltratadores tienen verdaderos sitios de elección: la oreja es frecuentemente maltratada (puede ser víctima de tirones, de arrancamientos, de bofetadas y puñadas que pueden determinar el hematoma y aún la ruptura del tímpano); el tiramiento de cabellos puede determinar su arrancamiento; en las espaldas y en las nalgas se observa, con frecuencia, como en el caso del profesor Vibert que hemos referido, las huellas de las contusiones: golpes de mano, de pies, golpes con el zapato, con látigo, con una vara, con un bastón, etc. En las muñecas y en los tobillos puede observarse la huella de las ligaduras de que los pequeños han sido víctimas. Por último, los órganos genitales pueden ofrecer

huellas externas de haber sido sometidos los niños a prácticas masturbatorias o a intentos de violación.

"Todos los órganos y las funciones pueden ofrecer huella de ciertas formas de sevicia: la inanición tiene sus manifestaciones, tanto más evidentes que los niños maltratados se hallan por regla general en estado de desarrollo intensivo, que debe sufrir forzosamente el daño derivado de una alimentación ausente o deficiente" (29).

Por último, con respecto a esta materia, hacemos presente que el artículo 538 del Código Penal sanciona con prisión y multa al "que hubiere abusado de las necesidades, debilidades o pasiones de un menor, para hacerle suscribir, en su perjuicio, obligaciones, finiquitos, descargos, libranzas, o cualesquiera otros documentos obligatorios, cualquiera que sea la forma en que esta negociación haya sido hecha o disfrazada".

EXCEPCIONES EN MATERIA PENAL BASADAS EN RELACIONES DE FAMILIA Y EN RAZON DE GUARDA

1) No cometen injuria los padres o madres, ni los ascendientes en línea directa, respecto de sus hijos y descendientes; ni tampoco los tutores, curadores, amos, maestros, directores o jefes de establecimientos de educación, corrección o castigo, respecto de sus pupilos, criados, discípulos o dependientes (Atr. 478 C. Penal).

Si bien es verdad que se alteraría la paz del hogar y se relajaría la disciplina de los establecimientos de educación o corrección si se diera lugar a acción de injuria a los subordinados o dependientes de establecimientos con respecto a sus jefes o directores, debe también tenerse en consideración que la misma situación de superioridad en que se encuentran estas personas debe hacerlas más prudentes y circunspectas. En tal caso, la injuria de ellos,antes que una atenuante, conviértese en verdadera circunstancia agravante, razón por la que no hallamos del todo acertada esta disposición.

Tampoco hay lugar a acción por calumnia entre las personas arriba nombradas, aunque el artículo 478 sólo habla de injuria, por cuanto tanto la injuria como la calumnia sólo pueden perseguirse por acusación particular y el Código de Procedimiento Criminal en su artículo 20 prohibe que se acusen recíprocamente ascendientes y descendientes ni aún por infracciones que pueden perseguirse de oficio.

2) No hay lugar a acción penal y sí únicamente a reparaciones civiles por robos cometidos por ascendientes en perjuicio de descendientes y viceversa. En realidad, hay delito al verificarse esta clase de robo y de esto hay constancia en la exposición de motivos del Código Penal Belga, del que procede el nuestro. Lo especial es que tal delito no tiene acción pública para su sanción, pues la ley quiere evitar que se descubran secretos de familia por la sola defensa de intereses económicos que, por lo demás, tienen cierta comunidad (Art. 563 C. Penal).

3) La ley excepciona, asimismo, de castigo a los padres o tutores que tomen del correo las cartas de sus hijos o pupilos que se hallen bajo su dependencia (Art. 178 C. Penal).

4) El Código Penal declara excusables el homicidio, las heridas y los golpes, provocados por iguales causas o por fuerte ataque a la honra y a la dignidad, si se producen en el mismo acto en defensa de los descendientes.

5) Asimismo declara excusable la infracción cometida por una persona al sorprender en acto carnal ilegítimo a su hija, nieta o hermana, aun en el caso de que ocasionare la muerte del hombre que yace con ella.

DEFENSA DE MENORES

A más de los tutores y curadores que protegen los derechos de cada incapaz individualmente considerado, la ley ha creado también ciertos funcionarios que ejercen esta misma tutela para las distintas clases de incapacitados en general, como grupo, cada vez que se ventilen ante los jueces y tribunales de justicia causas que puedan afectar a los incapaces.

Tradicionalmente existían los llamados Defensores de Menores, encargados de precautelar ante los Tribunales de Justicia los derechos e intereses de los menores; pero es la verdad que jamás ejercieron su función en forma eficaz. Su papel se reducía a emitir ciertos dictámenes o vistas sin un detenido estudio y casi sin conocimiento de los asuntos sobre los que informaban.

Para mejorar esta situación se encargó de esta importante función al Ministerio Público; pero tampoco se logró una verdadera y eficiente defensa.

Solamente desde la expedición del Código de Menores existen organismos más adecuados, pues por una parte se crearon los Tribunales y Corte de Menores y por ótra una variada serie de organismos e instituciones de protección de menores. Estos han suplido a los anteriores, aunque ya van introduciéndose corruptelas y mecanización, cuando no despreocupación de la defensa de menores en los juicios en que deben intervenir.

REGLAS ESPECIALES DE PRESCRIPCION

El Código Civil en el artículo 461 dispone: "Toda acción del pupilo contra el tutor o curador, en razón de la tutela o curaduría, prescribirá en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje; sin que se comprenda en esta disposición la acción que tiene para cobrar el saldo que resultare.

"Si el pupilo falleciere antes de cumplir el cuadrienio, prescribirá dicha acción en el tiempo que falte para cumplirlo".

Evocando el hecho de que las acciones del pupilo contra el guardador eran imprescriptibles en el Derecho Romano y que, aún en el antiguo derecho francés estaban sujetas a la prescripción extraordinaria de 30 años y en el Código Napoleón a los 10, se objeta que es demasiado breve el período de 4 años fijado en nuestro Código. Por nuestra parte, estimamos que cuatro años, en la vida moderna, son un tiempo más que suficiente para el ejercicio del cualquier acción jurídica.

La prescripción adquisitiva ordinaria —que requiere de posesión regular no interrumpida por tres años para los bienes muebles y por diez años para los raíces— puede suspenderse, sin extinguirse, en favor de cuantos estén bajo patria

potestad o bajo tutela o curaduría, y, en general, en favor de menores.

Cuando cesa la causa que motivó la suspensión, el poseedor tiene derecho a que se le cuente el tiempo anterior a ella, si hubo alguno (Art. 527 C. C.)

También la prescripción extintiva de obligaciones se suspende en favor de los menores en la forma que dejamos indicada para la prescripción adquisitiva; pero transcurridos treinta años, no se toman en cuenta tales suspensiones (Art. 2538 C. C.)

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1826
QUITO

ASISTENCIA Y PROTECCION DE MENORES

Quizá no exageramos al pensar que el nivel cultural de un pueblo se puede apreciar por el grado de atención que presta a las obras de asistencia y protección a la niñez. Así, en los pueblos primitivos los niños son descuidados en la forma más espantosa, mientras en los altamente civilizados es donde la legislación y obras de previsión y asistencia social, en cuanto concierne al niño, hállanse más desarrolladas y extendidas.

La comisión uruguaya redactora del primer Código del Niño que se haya promulgado en el mundo, al construir el proyecto que pronto pasó a ser ley, consideró la protección y patronato de la infancia en todas sus fases, pues "está ya admitido que el problema del niño debe tomarse integralmente, abarcándolo, naturalmente, desde antes de su concepción" (23).

La tendencia general en los países más adelantados, como Bélgica, Estados Unidos, Brasil, Canadá, etc., es proteger al niño desde antes de su nacimiento. El paso de mayor avanzada es la imposición de medidas eugenésicas, como se hace en Alemania, medidas muy buenas en principio, por más que

en su aplicación práctica se haya incurrido en graves errores y que quizá sean inoperantes.

Entre nosotros, las medidas de protección prenatal, las encontramos, en primer lugar, en los artículos 12, 13, 14, 15, y 16 de la Ley sobre Trabajo de Mujeres y Menores y de Protección a la Maternidad de 6 de octubre de 1928, incorporados después en el Código del Trabajo, artículos 90 a 94.

En virtud de los expresados artículos, el niño en gestación encuentra las siguientes garantías para un desarrollo físico normal e higiénico, a través de la protección de la madre embarazada:

1) Prohibición de trabajar como obreras o empleadas en toda clase de establecimientos por un período de las tres semanas inmediatamente anteriores y de las tres subsiguientes al parto para las mujeres encinta, circunstancia que se probará por un certificado médico en el que conste la posibilidad de que el parto se producirá dentro de tres semanas;

2) Derecho de toda mujer a conservar su empleo u ocupación por el término de seis semanas que permanecerá ausente del trabajo a causa de su embarazo y derecho a percibir, durante estas seis semanas, el 50% de su salario. El Código elevó la remuneración al 75% y la Constitución a sueldo o salario completos;

3) Derecho a conservar el cargo por el tiempo necesario, excedente de las seis semanas, para restablecerse de enfermedad originada por el embarazo o el parto y que la incapacite para el trabajo, la que se probará también con certificado médico. Durará hasta 4 meses; pero sin remuneración;

4) Derecho de toda madre a disponer de 15 minutos cada tres horas para lactar a su hijo durante los nueve meses subsiguientes al parto.

Los dueños de fábricas, gerentes, empresarios, etc., que infrinjan estas disposiciones violando los derechos del niño y de la madre, se hacen acreedores a multa de 50 a 500 sucres que podrá duplicarse en caso de reincidencia.

Se cuentan tantas infracciones cuantas mujeres estén ocupadas o sean despedidas ilegalmente. En caso de despido, el producto de la multa se entrega a la mujer perjudicada.

La verificación de estas infracciones corre a cargo de los Inspectores del Trabajo, como también de las autoridades de Policía y ótras de carácter especial.

Por el artículo segundo de la Ley de Asistencia Pública promulgada por la Junta de Gobierno Provisional de 12 de febrero de 1926 y cuya última codificación data de 6 de julio de 1949 es atribución y deber de la Asistencia Pública la organización y administración de establecimientos destinados a indigentes y desvalidos, a los que el primer artículo de la ley concede derecho a asistencia gratuita por el Estado. Entre ellos, en las letras c, d, e y f señálanse específicamente los servicios de asistencia y protección de embarazadas y parturientas; asistencia, educación y formación profesional de niños expósitos, sostenimiento de servicios, protección general de la infancia y creación de preventorios para niños de padres crónico-contagrosos.

Establecimientos destinados a estos propósitos y especialmente nombrados en la Ley son: Gotas de Leche, Casas-cunas y Dispensarios de Asistencia Infantil que existen en diferentes ciudades de la República.

En la Ley de Régimen Municipal, codificación de 6 de julio de 1949, encontramos también algunas disposiciones dictadas en favor de la niñez.

Entre las atribuciones y deberes concedidos a los Concejos Cantonales en el artículo 40, tenemos:

a) Establecer casas-cunas (3º h.);

b) Fomentar la educación pública (5º a);

c) Conceder becas para estudios en las escuelas normales (5º b);

d) Destinar en el Presupuesto la cantidad necesaria para el servicio de desayuno escolar en las escuelas municipales de instrucción primaria (5º c);

e) Establecer botiquines en las escuelas municipales y destinar para ellas médicos escolares con funciones permanentes de carácter preventivo y de asistencia (5º d);

f) Establecer escuelas de artes y oficios (5º f);

g) Contribuir económicamente a la alfabetización (5º g);

h) Colaborar en el incremento y mejora de las construcciones escolares (5º h).

La Ley de Impuesto a la Renta también contribuye, en cierta forma, a la protección de la niñez. Entre las rebajas concedidas para fijar el monto del capital imponible, el artículo 9, letra c, exonera de contribución la suma de mil sucres por cada persona menor de 21 años que compruebe vivir con el contribuyente y a costa de éste.

Por su parte, el Código de Policía Sanitaria del 7 de junio de 1927 impuso varias sanciones a los autores de infracciones en materia de higiene infantil y escolar.

He aquí las tres categorías de infracciones, leves, graves y muy graves, apuntadas en los artículos 45, 46 y 47:

"Art. 45.—Son responsables de infracción leve en materia de higiene infantil o escolar y serán castigados con prisión de un día o con multa de uno a cinco sucres;

"1º Los padres o guardadores de un niño a quien pusieren nodriza que no posea certificado médico de buena salud;

"2º Los padres o guardadores de un niño a quien cambiaren la nodriza por ótra que no posea dicho certificado;

"3º La madre que se eximiere de lactar a su hijo, sin po-

seer el correspondiente certificado médico que acredite la imposibilidad de hacerlo;

"4º Los padres o guardadores de un niño a quien no hubieren hecho vacunar contra la viruela después de los tres y antes de los doce meses de edad;

"5º Los padres o guardadores de un niño a quien hubiesen dejado encerrado en una habitación para salir a sus ocupaciones habituales;

"6º Los padres o guardadores de un niño a quien no hayan atendido prontamente en una enfermedad, a consecuencia de la cual el niño haya muerto.

"Art. 46.—Son responsables de infracción grave en materia de higiene infantil o escolar, y serán castigados con dos a cuatro días de prisión o con multa de seis a cincuenta sucres:

"1º Los padres o guardadores de un niño a quien no hayan hecho vacunar contra la viruela antes de los dos años de edad;

"2º Los maestros o maestras que ejercieren el cargo padeciendo de enfermedades infecto-contagiosas o de la piel o que no tuvieren el certificado de salud del Médico Escolar;

"3º Los maestros o maestras por cuya oposición no se hubiese practicado la vacunación antitífica, antipestosa, etc., de uno o más alumnos, ordenada por la autoridad sanitaria;

"4º Los directores de planteles de enseñanza pública o particular que desobedecieren las órdenes sanitarias que se les notificaren;

'5º Los mismos directores o los maestros que, entre sus alumnos hicieren propaganda contra las órdenes, prácticas o instituciones sanitarias;

"6º Los padres o guardadores de un niño que se opongan o manifiesten negligencia para obtener el certificado de sa-

lud del Médico Escolar donde lo hubiere, o de los Médicos Municipales en caso contrario;

"7º Los directores o profesores de escuelas públicas o privadas que acepten niños que no estén provistos de certificados de salud expedidos por el Médico Escolar, en los lugares donde lo hubiere, o también niños sin certificado de vacuna otorgado por la respectiva autoridad;

"8º Los padres que se opusieren o manifestaren negligencia para que se forme la ficha escolar de sus hijos en los lugares en que ésta se halle establecida;

"9º Los directores o profesores de escuelas públicas o privadas que no pusieren en práctica las prescripciones de los reglamentos sobre higiene escolar.

"Art. 47.—Son responsables de infracción muy grave en materia de higiene infantil o escolar y serán castigados con cinco días de prisión o con multa de cincuenta y uno a cien sucres o con ambas penas a la vez, a juicio de la autoridad sanitaria:

1º Los padres o guardadores de un niño a quien no hubiesen hecho vacunar contra la viruela después de la edad de dos años;

"2º Los que en una inspección de higiene infantil o escolar se opusieren a ella o faltaren de obra al empleado del ramo en el ejercicio de sus funciones" (24).

Al expedirse el Código Sanitario en 1944 se derogó el de Policía Sanitaria.

EL SEGURO SOCIAL Y LOS MENORES

La primera ley relacionada con la creación del Instituto Nacional de Previsión y de las Cajas de Previsión fue expedida el 8 de octubre de 1935. Desde entonces se encuentra disposiciones en favor y protección de los menores, que de una manera general son las mismas constantes en la actual ley que es la dictada el 14 de julio de 1942.

Las prescripciones concernientes a menores se sintetizan de la siguiente manera:

a) Están exceptuados del Seguro Social Obligatorio los hijos menores de 18 años, con respecto a sus patronos que tengan calidad de padres. (Art. 3º).

b) Con el objeto de favorecer el nacimiento de los niños en las mejores condiciones, la mujer afiliada al Seguro Social tiene derecho, durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio, a la asistencia obstétrica necesaria y a un subsidio en dinero (Art. 19).

c) Tiene derecho a pensión de orfandad cada uno de los hijos del afiliado o jubilado fallecido (Art. 26).

d) Para garantizar la posesión de un hogar a los menores huérfanos, cuando al fallecimiento de un afiliado quedaren hijos menores de edad, se prohibe la enajenación, cons-

titución de hipoteca o de otro gravamen sobre el inmueble liberado por el seguro de desgravamen hipotecario, hasta que llegue a la mayor edad el último de los hijos menores (Art. 60).

e) A fin de que la acción protectora se extienda al mayor número de necesitados de ella, los Consejos de Administración de las Cajas de Previsión están facultados para conocer y decidir las cuestiones de parentesco ilegítimo que se invocaren para los fines del Seguro Social y que no hubiere sido declarado o constituído de acuerdo con las leyes comunes. Las pruebas que se presentaren serán apreciadas libremente y de la resolución que dieren los Consejos sólo hay recurso de apelación ante el Directorio del Instituto de Previsión (Art. 80).

Los Estatutos de la Caja de Pensiones y los de la Caja del Seguro regulan las circunstancias y manera de aplicarse estos beneficios.

A la muerte de un jubilado del Estado, de cualquiera de las Cajas, o la de un asegurado de cualquiera de ellas, siempre que hubiere cumplido el tiempo de espera, esto es, 60 imposiciones mensuales para los de la Caja de Pensiones o 200 semanales, para los de la Caja del Seguro, tendrán derecho a pensión de orfandad: cada uno de los hijos varones menores de 18 años y cada una de las hijas solteras de cualquiera edad.

Este mismo derecho se extiende a los hijos mayores de 18 años y menores de 21 que estuvieren estudiando en establecimientos públicos o autorizados por el Estado.

La pensión de orfandad de cada hijo es igual al 25% de la pensión de invalidez o de vejez de que gozaba el fallecido o al 25% de la pensión de invalidez o de vejez a que éste habría tenido derecho a la fecha de su fallecimiento, según el caso.

Los huérfanos de padre y madre tienen derecho a pensión del 50%, esto es, el doble de los huérfanos por una sola vía.

Si concurren hijos legítimos e ilegítimos, la cuota de los segundos es sólo de la mitad de la que se concede a los legítimos.

La muerte de uno de los beneficiarios comunes de montepío de un mismo causante, da lugar a que acrezca la pensión de los sobrevivientes, repartiéndose proporcionalmente al porcentaje de renta de cada uno de ellos.

La pensión mensual de montepío mínima para cada hijo es de 27 sucres para los huérfanos de afiliados a la Caja del Seguro y de 30 sucres para los de la Caja de Pensiones, sumas demasiado misérrimas, pero que no pueden ser más elevadas en razón de los cálculos actuariales que determinan el monto de beneficios de los afiliados al Seguro Social.

CODIGO DE MENORES

El Código del Trabajo y el de Menores constituyen los más grandes avances de la legislación social ecuatoriana. Ni uno ni ótro son copias como, para atacarlos, se ha dicho. Cierto es que el primero se inspiró en el mexicano y el segundo, en el uruguayo; pero ambos tienen fundamentales diferencias. Lo curioso es que las críticas se han enfocado exclusivamente contra estos dos importantísimos Códigos por más que son los que, al menos comparativamente con los demás del país, son los que tienen más originalidad. Es sabido que el Código Civil es el chileno íntegramente adoptado; que el Penal fue casi transcrito del belga, y que igualmente los ótros Códigos, cuál más, cual menos, proceden de Códigos similares de otros países. Pero nadie ha hecho caudal de esta materia...

El Código de Menores, que es el que interesa para este estudio fue redactado por una comisión, de la que formó parte el autor de esta obra, y lo expidió el gobierno del General Alberto Enríquez con fecha 1º de agosto de 1938. La Asamblea Constituyente de este año lo ratificó y ordenó su publicación en sesión de 18 del mismo mes y año.

Posteriormente se han introducido unas pocas reformas y hoy se halla vigente el expedido por Decreto Supremo Nº

721 de 9 de agosto de 1944, que en gran parte es el mismo expedido primitivamente.

Jiménez de Asúa en sus conferencias sobre Ciencia Penal, dictadas en la Universidad Central de Quito, en abril de 1948 se dejó llevar de la promulgación del texto codificado hecha en 1944 y, por esto, hace preceder cronológicamente al ecuatoriano los de Venezuela y México y alguna legislación especial sobre esta materia de otros países; pero la verdad es que, exceptuando el Código del Niño uruguayo, ningún otro cuerpo de legislación sobre menores dictado en forma orgánica existió antes del Código de Menores del Ecuador, expedido en 1938.

El mismo ilustrado penalista español deja constancia de que el Código del Niño de Uruguay ha servido de modelo al del Ecuador, cosa bastante distinta de la copia que se ha dicho y agrega, refiriéndose a este último, que "en él se encuentran disposiciones bastante acertadas, aun cuando quizás puede ser, como todo, susceptible de perfección" (25). Por lo demás, basta una simple lectura de los dos textos para ver las grandes diferencias.

Propósito fundamental del Código es proteger al menor, y aquellas obras previsivas son las más eficaces, pues como lo han demostrado Magión, Worryson, Joly y ótros es el mundo circundante, antes que lo antropológico, el factor más influyente en la conducta desviada de los niños; y juntamente con esto, arrancar al menor del campo penal por tratarse de un ser inimputable.

El sujeto del Código de Menores se considera desde dos puntos de vista diferentes: para la protección es menor, conforme al derecho civil ecuatoriano, todo individuo de la especie humana que no haya cumplido 21 años; para los efectos de la delincuencia, la edad máxima es de sólo 18 años conforme lo determinan la gran mayoría de tratadistas de

Derecho de Menores. Para beneficio del menor, en caso de duda se establece la presunción legal de la minoridad.

El principio básico de la protección es que todo menor, por el mero hecho de serlo, tiene derecho a la asistencia y protección del Estado; pero especialmente quienes estén "moral, jurídica y materialmente abandonados, los huérfanos, indigentes, inadaptados, peligrosos, irregulares, débiles mentales, etc."

La protección comprende todos los períodos evolutivos del menor en los siguientes aspectos: a) salud, desenvolvimiento físico y desarrollo mental; b) derecho a un hogar; c) adaptación familiar y social, y d) formación profesional e intelectual.

Para hacer efectiva la Ley, se establece cuatro organismos dependientes del Ministerio de Previsión Social, que son: el Consejo Nacional de Menores, la Dirección General de Hogares de Protección Infantil; los Servicios Técnicos y Asistenciales y el Servicio Judicial.

El Consejo Nacional de Menores es el organismo superior y directivo, al que corresponde la supervigilancia, orientación y coordinación de la protección integral de los menores y en especial de los colocados en los hogares de protección infantil.

Entre sus deberes y atribuciones están:

a) Supervigilar la administración y cuidar de la recta inversión de los fondos destinados a protección de menores, aun tratándose de instituciones particulares;

b) Gestionar la implantación del Seguro Social para los niños cuyos padres se hallan imposibilitados de proporcionarles educación y asistencia social. (Este deber ha sido ignorado totalmente en los 16 años de vigencia del artículo);

c) Formular el presupuesto y controlar el movimiento económico de las instituciones oficiales de protección social;

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

d) Formular proyectos de reglamentos para los organismos de su dependencia;

e) Realizar estudios técnicos relativos a los problemas de menores, y

f) Crear y organizar patronatos de menores y autorizar la fundación de nuevas instituciones de protección social.

El Consejo de Menores está integrado por el Ministro de Previsión Social, el Director de Hogares de Protección Infantil, quien actúa como Secretario, los Jefes de los servicios técnicos y asistenciales y el Presidente del Tribunal de Menores de Pichincha. En el primer Código, los vocales del Consejo eran médicos, psicólogos, educadores y un abogado, en vez de los funcionarios administrativos que los sustituyen en virtud de la reforma. Además, sus funciones eran mucho más amplias y de orden técnico.

La Dirección General de Hogares de Protección Infantil tiene a su cargo las funciones administrativas y económicas de los establecimientos de albergue, educación y corrección de menores y su acción está supeditada a los dictámenes y resoluciones del Consejo Nacional de Menores.

Según lo establece el artículo 24 del Código, "Los Servicios Técnicos y Asistenciales se encargan de verificar el estudio intgeral de la personalidad de los menores que sean sometidos a su investigación y con vista a la adopción de todas las medidas terapéuticas y pedagógicas que aconseje la ciencia". Realizan su misión mediante el Policlínico Infantil, los Servicios Sociales y los de Asistencia Médica.

El Policlínico Infantil tiene las siguientes funciones:

a) Servir de organismo consultivo para las decisiones de los Tribunales de Menores;

b) Ejercer la supervigilancia técnica de los establecimientos de reeducación;

c) Examinar la personalidad biológica, afectiva y men-

tal de los menores irregulares asilados en los planteles de reeducación;

d) Calificar y orientar profesionalmente a los menores irregulares, mediante la aplicación de métodos psico-técnicos, y

e) Adoptar las medidas terapéuticas y educacionales encaminadas a la rectificación moral, readaptación social y familiar y a la formación intelectual y profesional de los menores irregulares y psicópatas de los Hogares de Protección Infantil.

A los Servicios Sociales corresponde:

a) Practicar la encuesta social de los menores de los Hogares de Protección;

b) Atender a las consultas sobre problemas de menores que le encomendaren los Tribunales;

c) Estudiar las circunstancias en que se realice la libertad vigilada en los casos a su cuidado;

d) Mantener en observación a los egresados de los establecimientos de reeducación;

b) Colaborar con los otros Servicios Técnicos, con la Dirección de Hogares, y

f) Analizar e investigar la realidad social en que se produce el delito infantil y juvenil.

Es de incumbencia de los Servicios de Asistencia Médica:

a) Aplicar en los establecimientos de Protección Infantil todas las medidas higiénicas, sanitarias y terapéuticas, y

b) Colaborar con los otros Servicios Técnicos, con la Dirección de Hogares y los Tribunales en cuanto requiera intervención de los facultativos.

El Servicio Judicial está formado por la Corte de Menores, organismo superior de carácter nacional y los Tribunales de Menores, organismos provinciales. Su jurisdicción

es de carácter preventivo y reeducativo, o sea, de readaptación social.

Aunque por la índole misma de los Tribunales de Menores es obvio que sus actuaciones y procedimientos difieren esencialmente de los de la justicia ordinaria, a fin de evitar equívocos de quienes desconocen la naturaleza propia de estos organismos, la ley hubo de contener un artículo que prescribe que todos los asuntos de menores considerados en los Tribunales se tramitan en papel simple y que no causan derechos.

Con respecto a la jurisdicción de menores el Código establece normas para tres órdenes de hechos: el relacionado con los jueces de menores; el de las decisiones acordadas por los jueces, y el del procedimiento a seguirse.

Los jueces son de dos clases: los Tribunales de Menores que deben funcionar en cada capital de provincia, excepto las orientales y la Corte, cuyo asiento es la Capital de la República y cuya jurisdicción abarca a la nación.

Tanto la Corte como los Tribunales son colegiados y están constituídos por un abogado, a quien se le confiere la presidencia; un médico, que en tratándose de la Corte debe tener versación en psiquiatría y un educador.

En general, los países europeos y los Estados americanos han optado por el juez único y Jiménez de Asúa también se pronuncia categóricamente por este sistema unipersonal. Sin embargo, la comisión redactora del Código de Menores Ecuatoriano aceptó la propuesta del autor de esta obra, que integraba tal comisión, de que el Tribunal fuera colegiado tanto por la inmensa responsabilidad y trascendencia que entrañan las cuestiones de menores y que se asimilan en categoría, complejidad y responsabilidad a las funciones de una Corte Suprema, de un Jurado de Imprenta o de un Tribunal del Crimen, cuanto por la imposibilidad de encontrar para

cada provincia una persona provista de la triple cultura y formación del abogado, del médico y del educador que necesita el juez de menores. Precisamente la parquedad de la población, que argumenta el reputado penalista español para los países hispano americanos, hace indispensable la concurrencia de los tres profesionales para el juzgamiento de materias tan preñadas en consecuencias como son los problemas de menores, ya que no es posible aun formar entre nosotros estos ultraespecialistas que son los jueces de menores.

Tampoco se ha producido, que se sepa, la temida beligerancia supuesta por Jiménez de Asúa entre el abogado, el médico y el educador pugnando por vencer al compañero. Yo mismo actué como Presidente del primer Tribunal de Quito por alrededor de dos años y jamás se produjo "la inevitable" —en términos del doctor Jiménez— "clausura de la personalidad del menor". Al contrario, durante todo el tiempo que me constó personalmente, las actuaciones, fueron invariablemente unánimes. En cuanto al interrogatorio individual y de confianza al niño, nada obsta para que así proceda cada uno de los miembros del Tribunal que sólo necesitan reunirse para el estudio del caso y para arribar a alguna resolución.

Por último y en defensa del sistema colegiado, preguntamos, si la Corte Juvenil o de Menores sí debe ser colegiada y se aboga por este sistema, por qué no lo ha de ser el Tribunal inferior? Exceptuando las razones económicas, que no pueden prevalecer en materia de previsión social y protección infantil, no hallamos otro justificativo del juzgado unipersonal para asuntos que interesan a menores.

En cambio, guardamos completo acuerdo con el sabio penalista español en que debe abolirse toda solemnidad y publicidad; en que es extraña la intervención de abogados y defensores; y en que, en el juzgamiento de menores, el juez

no va a investigar hechos sino a estudiar la personalidad del menor en cada caso. Y éste es cabalmente el criterio que presidió la elaboración del Código de Menores y la totalidad de sus disposiciones.

Qué les compete a estos Tribunales, esto es, cuáles son sus atribuciones? El artículo 42 del Código las enumera así:

"a) Conocer los conflictos sociales y familiares que afectaren o pudieren afectar a los menores poniéndolos en estado de peligro moral o material;

"b) Sustanciar y resolver las causas por toda clase de infracciones atribuídas a menores o en las que aparecieren éstos como cómplices;

"c) Atender las quejas o denuncias relacionadas con malos tratos, castigos exagerados o inhumanos de que fuesen víctimas los menores y dictar las medidas necesarias para evitar su repetición o prevenir su continuación;

"d) Recibir en establecimientos especiales a los menores que observaren mala conducta, cuando a su juicio tuvieren razón los padres o guardadores que lo soliciten;

"e) Inspeccionar los establecimientos destinados a albergue y corrección de menores;

"f) Intervenir, por medio de su Presidente, en los asuntos judiciales que interesen a menores; para este efecto, los jueces ordinarios mandarán oír al Tribunal de Menores, sin cuyo dictamen no podrán tramitarse las mencionadas diligencias;

"g) Resolver la protección de alimentos a los menores, de parte de sus padres o de toda persona que estuviere obligada a ello, conforme a la ley. Para obrar en esta forma, será requisito indispensable la convicción que el Tribunal se forme, respecto a que la persona a quien se solicita alimentos, esté verdaderamente obligada a darlos.

"Este derecho se hará valer en tratándose de los menores indigentes y abandonados;

"h) Procurar la colocación familiar de los menores que requiriesen de este medio ambiente, atendiendo de preferencia a la readaptación del menor antes que a su posible contratación en el servicio doméstico.

"La colocación familiar de los menores que no han cumplido 12 años, se tendrá como gestión de pura protección social y será facultad privativa de los Tribunales de Menores;

"i) Vigilar las actividades profesionales de los egresados de los establecimientos reeducacionales mediante la cooperación de los servicios sociales; y

"j) Realizar todos los actos que contribuyan a proteger a los menores, empleando para esto el celo de un buen padre de familia".

Las atribuciones de la Corte de Menores están puntualizadas en el artículo 37 en la siguiente forma:

"a) Resolver en última instancia las causas que por apelación de los fallos subieren de los Tribunales de Menores;

"b) Absolver las consultas que formulen estos mismos organismos;

"c) Supervigilar el funcionamiento de los Tribunales;

"d) Visitar periódicamente los establecimientos destinados a la reeducación de los menores; y

e) Sancionar, si encontrare motivos suficientes, a los miembros de los Tribunales de Menores y más funcionarios y empleados. Estas sanciones pueden ser de carácter económico o administrativo, inclusive hasta la demanda de cancelación del funcionario o empleado remiso en el cumplimiento de sus deberes".

Para ser miembros de los Tribunales o de la Corte de Menores se requiere tener más de 30 años de edad, poseer el título profesional respectivo y ser versado en asuntos de me-

nores. Los de la Corte además deberán haber ejercido su profesión por más de tres años.

En cuanto a las decisiones, que no sentencias ni fallos, aceptamos la crítica formulada por Jiménez de Asúa en el sentido de que "los Códigos del Niño o del Menor deben fijar medidas que el juez aplicará; pero no deben decir cuál aplicará en cada caso. Se le debe dejar facultad de elección, aún cuando no tenga la de inventar una medida que el Código no contenga. Si se redactó el Código en la forma que conserva hasta hoy, en lo que concierne a las decisiones del Tribunal, fue simplemente, porque para la época del primer ensayo a aplicarse por jueces absolutamente inexpertos en su ministerio, ya que se trataba de su primera creación, era preferible dar las normas, es decir, seguir —provisoriamente y mientras se formaran los jueces y adquirieran experiencia— el sistema legal, preferible para este caso al judicial.

En concordancia con la técnica, se prescribe que el criterio que debe inspirar fundamentalmente las decisiones de los Tribunales es el estado de peligro del menor, sus deficiencias o desviaciones psíquicas, biológicas o sociales, debiendo atender preferentemente a la personalidad de los menores antes que a la apreciación objetiva de los hechos que se les imputen.

La lectura del texto mismo de los artículos pertinentes a las decisiones, permiten una idea clara y exacta, de cómo han de ser éstas, sin necesidad de ningún comentario o explicación.

Helos aquí:

"Art. 46.—Cuando el delito se haya cometido por un menor de 18 años de edad, se aplicará las siguientes disposiciones:

"a) Si los motivos que determinaren el delito, las circunstancias del mismo, y las condiciones personales del me-

nor evidencian que éste no acusa peligrosidad, el Tribunal podrá dejarlo con sus padres o confiarlo a un guardador;

"b) Si fuere inconveniente para el menor dejarlo con sus padres o guardadores, si se hallare moralmente abandonado o acusare peligrosidad, será internado en un establecimiento educativo adecuado hasta los 18 años de edad. Pero si el informe del respectivo Director del Establecimiento y el dictamen del Policlínico Infantil demostraren la desaparición de las causas que motivaron la internación o la reforma moral del menor y en vista también de las condiciones del ambiente en donde vivirá, el Tribunal podrá anticipar su salida;

"c) Si el menor, al tiempo de intervenir el Tribunal, hubiere cumplido 15 años de edad, y revelare fuerte peligrosidad o acusare perversión, impulsividad, o tendencia a delinquir, será internado en un Reformatorio o en sección especial de un establecimiento educativo público por tiempo indeterminado;

"d) Cuando el menor haya cumplido 18 años y siempre que hubiere transcurrido por lo menos un año desde su ingreso, si su conducta pusiere de manifiesto una reforma moral positiva o una modificación favorable de su personalidad, en vista del informe del Director del Reformatorio y del dictamen del Policlínico Infantil, será trasladado a un establecimiento educativo o eximido del régimen de sección especial y permanecerá en esta situación hasta los 21 años de edad;

"e) Si al cumplir la edad y el tiempo establecido en la letra anterior no hubiere el menor modificado su peligrosidad, el Tribunal determinará la sanción conforme a la legislación penal común y se trasladará al delincuente al establecimiento que corresponda. Si la sanción impuesta para el delito fuere inferior a tres años, en ningún caso podrá el Tribunal acordar la salida antes de haber cumplido los 21 años de edad.

"Art. 47.—En los dos primeros casos del artículo anterior, el Tribunal podrá disponer la libertad vigilada por intermedio del Servicio Social en la oportunidad y tiempo que considere necesarios.

"Pero si el menor no observare las reglas de conducta que le fueren impuestas o si, posteriormente, sus hábitos de indisciplina, inmoralidad o perversión, revelaren peligrosidad, será internado en un establecimiento educativo, o si hubiere cumplido 15 años se le someterá al régimen disciplinario estatuído en la letra c) del artículo anterior y podrá ordenarse permanencia hasta que cumpla los 18 años de edad.

"Art. 48.—Las disposiciones de las letras a) y b) del artículo 46 son revocables por el Tribunal en beneficio moral del menor.

"Art. 49—.La Dirección de un establecimiento público educativo previo dictamen del Policlínico podrá enviar a un reformatorio o a la sección especial, al menor que habiendo cumplido 15 años, deba ser trasladado en razón de su conducta o inmoralidad.

"Si el traslado fuere ordenado por tercera vez o, por un tiempo superior a un año, será necesaria la autorización del Tribunal que ordenó la internación.

"Art. 50.—Si el menor necesitare ser sometido a un tratamiento especial por deficiencia de sus sentidos, por retardo biológico o por enfermedades mentales, nerviosas o infecto-contagiosas, será internado en el establecimiento que corresponda, cuando no sea posible o conveniente dejarlo con sus padres o guardadores.

"Art. 51.—La internación en un establecimiento educativo, consistirá en un régimen psico-pedagógico adecuado a la formación del carácter, instrucción primaria elemental, cultura física y enseñanza de un oficio o profesión.

"Art. 52.—La internación en un reformatorio o en sección especial de un establecimiento adecuado consistirá en un régimen disciplinario con aislamiento nocturno, instrucción elemental y trabajo obligatorio.

"Art. 53.—En todos los casos de delito cometido por un menor o cuando un menor sea víctima de un delito, el Tribunal podrá declarar la pérdida o suspensión de la patria potestad y privar de la guarda a quienes la ejerzan.

"Art. 54.—Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil acerca de la pérdida y suspensión de la patria potestad, el Tribunal de Menores podrá decretarla cuando la persona que la ejerza incurriere en alguna de las siguientes causas de incapacidad:

"a) Incapacidad mental;

"b) Alcoholismo crónico;

"c) Descuido en la crianza, educación personal o educación del hijo;

"d) Permitir que el menor se entregue a la vagancia o a la mendicidad en lugares públicos, aun cuando fuere a pretexto de profesión u oficio;

"e) Haber sido condenados por vagancia, secuestro o abandono de menores;

"f) Maltratar o dar malos ejemplos al menor; y

"g) Toda circunstancia que coloque al menor en estado de peligro moral o material, especialmente cuando la permanencia en el hogar constituye un peligro para su moralidad.

"Art. 55.—La pérdida de la patria potestad, la suspensión de su ejercicio y la pérdida o suspensión de la tuición de menores no libera a los padres de la obligación de proveer a los menores de la educación y sustento".

El procedimiento es, como lo hemos dicho ya, sin solemnidades y de absoluto secreto. Además es breve y sumario y se fundamenta en las observaciones e informes de los Ser-

vicios Técnicos. No se permite que el particular perjudicado actúe como querellante; pero por vía civil admite la consulta de actas de constancia de las tramitaciones practicadas en el juzgamiento de menores a educadores, médicos o abogados, con fines de estudio y con permiso previo del Tribunal, el cual está facultado para sancionar a su arbitrio a quienes publicaren o hicieren publicar noticias relativas a delitos o faltas imputadas que afectaren a menores.

"Las autoridades policiales sólo detendrán a un menor cuando fuese necesario hacerlo,por la gravedad del delito imputado, por la temebilidad revelada, el peligro en que se encuentre o por que de otra manera fuese imposible averiguar su domicilio o el de su familia".

Es deber de la Policía remitir de inmediato al Tribunal de Menores a aquéllos que se encontraren en situación de abandono o peligro moral o a aquéllos a quienes se presume autores de un delito o falta. Si en el lugar no funcionase Tribunal, la autoridad policial telegrafiará a éste la detención del menor, la que sólo es permitida en caso de necesidad por la gravedad del delito, la temibilidad del sujeto, el peligro en que se encuentre o porque de otra manera fuese imposible establecer su domicilio. En este caso se impedirá que el menor se halle en contacto con los mayores. Al remitir el menor al Tribunal, las autoridades de Policía acompañarán los datos acerca del hecho y las circunstancias de su realización.

Conocemos ya lo concerniente al derecho de alimentos y a la pérdida de la patria potestad conforme al derecho civil. Para facilitar estas dos importantes gestiones, también el Código de Menores da competencia a los Tribunales de Menores, con sujeción a las siguientes reglas:

Presentada la petición de alimentos el Tribunal hace comparecer al demandado y si éste reconoce su obligación se sienta una acta en la que se hace constar la cuantía de la

pensión; en caso contrario, se procede a la investigación, dentro de la cual son admitidos certificados de Registro Civil, instrumentos de reconocimiento, peritajes médicos y cuantos otros medios probatorios se estimare convenientes. Establecida la obligación, el Tribunal determina la pensión atendiendo a las posibilidades económicas y condiciones familiares del alimentante.

Como el exclusivo objeto de este procedimiento sumarísimo y amplio es proveer oportunamente de alimentos al menor necesitado de ellos, ninguna de las actuaciones recibidas en el Tribunal presta mérito alguno en la jurisdicción civil; pero el acta y el fallo declaratorio de la obligación de alimentar son título suficiente para que pueda ordenarse la retención del sueldo o el embargo y remate de bienes del alimentante.

Para privar de la patria potestad en los casos previstos por el Código, el Tribunal oye a las partes, recoge todas las informaciones necesarias y ordena la práctica de las diligencias que juzga convenientes. Mientras se provee al menor de un representante legal idóneo, el Tribunal designa la persona que ha de encargarse provisoriamente del cuidado del menor. Las resoluciones que sobre esta materia dictan los Tribunales de Menores son susceptibles de apelación ante la Corte.

Hemos de indicar también que para el juzgamiento de malos tratos, castigos exagerados o inhumanos, como también en los casos de publicación de noticias sobre delitos o faltas cometidas por menores o que puedan inferirles daño, el Tribunal tiene que seguir el trámite señalado para el juzgamiento de contravenciones, sección tercera, libro V del Código de Procedimiento Penal.

Disposición protectora de la infancia de alto valor es la que concede acción popular, sin requisito de fianza para de-

nunciar cualquiera contravención o delito que irrogue de alguna manera perjuicio a un menor de 18 años.

Objeto de especial mención es la consignación de menores, de que tratan los artículos 178 a 182 del Código del Trabajo y que son un mal sustituto de la colocación familiar establecida por el Código de Menores, ya que, en la inmensa generalidad de los casos constituye una vil explotación del trabajo de menores desamparados.

El Código del Trabajo faculta a los padres, ascendientes y guardadores de menores de 18 años para que puedan consignarles en calidad de sirvientes, sin más requisito que la firma de una acta y la intervención de la Comisaría del Trabajo o la Oficina de Estadística y Colocación.

Aunque el consignante tiene derecho a retirar, con sólo el respectivo desahucio, al doméstico que ha cumplido 12 años, la consignación casi significa una venta, pues si el doméstico es menor de 12 años el consignante está obligado a restituir los gastos de alimento y vestuario, pudiendo exigir garantía del pago de la cantidad que regule el Comisario del Trabajo.

Asimismo es monstruoso que hasta la edad de 12 años el patrono no esté obligado a pagar salario alguno al menor doméstico por mucho que le aproveche su trabajo.

Igualmente resulta del todo ineficaz la acción popular que se concede para denunciar ante las autoridades del trabajo los maltratos o el trabajo excesivo que imponen los patrones a los menores consignados. La multa de hasta doscientos sucres no llega a aplicarse y la inmensa mayoría de los niños consignados padecen de la inhumana explotación de sus pseudo protectores.

LEGISLACION SOBRE HIGIENE, SANIDAD Y RECREACION INFANTILES

Las disposiciones tendientes a garantizar la vida higiénica y la salud de los menores se encuentran principalmente en el Código Sanitario, dictado el 1º de agosto de 1944; en el Decreto Supremo Nº 665 de 7 de agosto de 1944 sobre Organización estructural y funcional del Servicio Sanitario y sus dependencias; en la Ley de Asistencia Pública, cuya codificación de 6 de julio de 1949 se halla en vigencia y en el Decreto Ejecutivo Nº 488 de 23 de marzo de 1948 que regula el funcionamiento de los Clubes Infantiles.

El Código Sanitario encarga a las instituciones antituberculosas de carácter nacional el manejo de colonias de altura y marítimas y las obras de colocación de niños pequeños. En cuanto a profilaxis de las enfermedades venéreas, atribuye al Servicio Sanitario Nacional la vigilancia de la educación y ética sexual de los establecimientos educacionales, y asimismo es la Dirección de Sanidad la que propone al Poder Ejecutivo el plan para la realización de la higiene mental en los establecimientos educacionales.

La determinación de los procedimientos y métodos de educación y divulgación sanitarias y el otorgamiento de la autorización para que puedan efectuarse por entidades particulares es atribución propia del Servicio Sanitario Nacional.

La Dirección de Sanidad está llamada a crear Centros de Salud urbanos, a los que entre otras funciones les incumbe el examen médico periódico de embarazadas, lactantes, preescolares, etc., y el examen prenupcial.

Capítulo importante del Código es el destinado a la Protección Sanitaria de la maternidad y de la infancia que transcribimos íntegramente:

"Art. 71.—La protección a la maternidad y a la infancia será actividad preponderante del Servicio Sanitario Nacional, el cual, sin perjuicio de sus labores propias, deberá reglamentar y controlar todas las obras de protección maternal e infantil que existan o se establezcan en el futuro, sean oficiales o privadas, en especial para evitar dispersión de esfuerzos y duplicación de actividades.

"Art. 72.—La atención sanitaria maternal e infantil comprenderá la asistencia y control preventivo:

"a) De toda mujer desde la fecundación hasta seis meses después del nacimiento del hijo;

"b) De todo niño, desde el nacimiento hasta el fin de la edad escolar;

"c) De toda institución pública o privada que se ocupe en cualquier forma de estos grupos de individuos".

"Art. 73.—La atención curativo-preventiva para las personas a que se refiere el artículo anterior será gratuita y reglamentada por la Dirección de Sanidad; pero en todo caso serán funciones privativas de ésta:

"a) La atención sanitaria pre-natal y post-natal de las madres;

"b) La atención preventiva y correctiva de anormalidades y defectos psíquicos o mentales de los escolares;

"c) La atención dental de los mismos grupos;

"d) El control de la salud de los maestros y profesores;

"e) El control de las condiciones higiénicas y de seguridad de los locales escolares;

"Las instituciones de enseñanza privada, las de enseñanza secundaria del Estado y las Universidades y escuelas especiales, deberán mantener servicios de primeros auxilios y preventivos de acuerdo con las normas que señale la Dirección de Sanidad".

"Art. 74.—Ningún edificio o establecimiento público o privado de enseñanza podrá ser construído o modificado, según el caso, sin la autorización previa de la autoridad sanitaria en lo que respecta a seguridad y protección higiénica de los educandos. Esta autorización será otorgada previo estudio de los planos y memorias correspondientes".

La Organización Estructural y Funcional del Servicio Sanitario establece, además de los otros departamentos, el de Higiene, Maternidad, Infantil y Escolar y Educación Sanitaria con cinco secciones: a) Maternal pre-natal; b) Infantil y Preescolar; c) Higiene Escolar y Dental y Comedores Escolares; d) Educación Sanitaria, y e) Enfermería Sanitaria.

Las funciones de este Departamento están pormenorizadas en la siguiente forma (Art. 14):

"1º Atención sanitaria y preventiva de la mujer grávida, desde el momento de la concepción hasta el parto, a través de clínicas pre-natales;

"2º Atención domiciliaria de la madre y del hijo lactante desde el parto (o desde la salida de la maternidad) hasta el primer mes de vida;

"3º Atención en las clínicas infantiles hasta el primer año de vida del niño;

"4º Atención de clínicas y a domicilio de los niños preescolares;

"5º Atención de los escolares en las escuelas y clínicas, dando las normas para las mediciones antropométricas y corrección de defectos físicos y mentales; prevención de las enfermedades cardiovasculares y endócrinas, etc.;

"6º Atención dental de las mujeres grávidas y niños, hasta el fin de la edad escolar;

"7º Cooperar a la solución de los problemas locales que consulten los Jefes Sanitarios de provincias y dirigir las instalación y cooperar al desarrollo de los servicios materno-infantiles y escolares de carácter local;

"8 Educación sanitaria en general y, en especial, de las madres y niños, particularmente en relación con la puericultura, eugenesia, dietética infantil, higiene mental, higiene oral, etc.;

"9º Preparar el material para la educación sanitaria en las provincias. El Departamento no operará servicios, excepto temporalmente, a título de demostración o enseñanza;

"10 Fiscalizará la edificación y la higiene del ambiente escolar, la salud del profesorado y las técnicas y textos para da enseñanza de la higiene en los diversos grados de los círculos culturales;

"11 Fiscalizará los hospitales de niños, maternidades, hogares de protección, preventorios, colonias infantiles de cualquier naturaleza, asilos, gotas de leche, casas cunas, roperos escolares, etc., en todo lo que diga relación con la salud física y mental, condiciones de higiene, prevención de enfermedades trasmisibles, higiene oral, dietética, etc., y dictará las normas para la administración y dirección, sobre bases técnicas, de los comedores o cantinas escolares que tengan cargo al presupuesto sanitario;

"12 Coordinará las actividades de las instituciones pú-

blicas o privadas de cualquier naturaleza, que tengan relación con la infancia y con las madres;

"13 Aparta de sus servicios preventivos, atenderá en forma transitoria, hasta que las escuelas cuenten con médicos tratantes propios, a la curación de los defectos que encuentre, para lo cual recurrirá de preferencia a los servicios curativos de la Asistencia;

"14 Centralizará en una Oficina de Enfermería Sanitaria la dirección normativa y fiscalizadora superior de todas las actividades que desarrollen las enfermeras del país, sean polivalentes o especializadas. La enfermera jefe de esta sección deberá inspeccionar, a lo menos cada seis meses, el trabajo realizado por las enfermeras provinciales".

Desde la vigencia del Código Sanitario se derogó el de Policía Sanitaria al que nos hemos referido antes.

*
* *

La Ley de Asistencia Pública, por su parte, en el artículo 2º determina entre otras funciones generales, las siguientes relacionadas con los niños: asistencia y protección de embarazadas y parturientas; asistencia, educación y formación profesional de niños expósitos; creación de preventorios para niños de padres crónico-contagiosos, como leprosos, etc.; y sostenimiento de servicios de protección infantil como Gotas de Leche, Casas Cunas y Dispensarios de Asistencia Infantil.

*
* *

La primera iniciativa en el país para el establecimiento de clubes de recreación infantil se debe a dos matrimonios

norteamericanos, los de los señores Paul Bowman y Kurtis Naylor, quienes fundaron en la ciudad de Quito el primer Club Infantil con la denominación de **Brethern Club.** Comenzó con 100 niños y no obstante la incomprensiva labor en contra que le hicieron desde cierto sector religioso, su éxito fue tan notorio que a los dos años de establecido ya se contaba 1.200 niños, haciéndose necesario el establecimiento de nuevos clubes no sólo en la capital sino en otros lugares de la República.

El rápido incremento de estos centros de esparcimiento de la niñez hizo que el Ministro de Previsión, Dr. Alfredo Pérez Guerrero decretara la creación de estos clubes y reglamentara su funcionamiento. El 23 de marzo de 1948 fue expedido este Decreto, y en él se señalan las siguientes finalidades:

"a) Ayudar al niño en el desarrollo de su personalidad, especialmente en los aspectos ético y social, mediante actividades recreativas, culturales, constructivas, higiénicas y sociales;

"b) Orientar al niño para un adecuado empleo de su tiempo, de sus energías, capacidades e iniciativas, a fin de que sea un miembro útil y creador en la comunidad;

"c) Fortalecer el espíritu de sociabilidad, cooperación y autogobierno;

"d) Ofrecer al niño distracciones de valor educativo, durante sus horas extraescolares, a fin de prevenir posibles desviaciones en su conducta".

El único requisito para la admisión a los Clubes se refiere a la edad que no debe ser menor de 8 años ni mayor de 14. Pero no se exige documento probatorio alguno, bastando la mera apreciación del Inspector. A fin de no estorbar la concurrencia a las escuelas el horario se fija en la

siguiente forma: de 4 a 6 p. m. en los días de trabajo escolar; de 2 a 6 p. m. en las tardes de los miércoles y sábados, y en los días de vacaciones de 9 a 12 en la mañana y de 2 ½ a 6 en la tarde. La concurrencia es absolutamente libre.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

CONCLUSIONES

1) La legislación ecuatoriana, en lo que respecta al niño, aunque se resiente de algunos arcaismos e injusticias, fruto de un exagerado respeto a la estabilidad de los Códigos fundamentales, ha realizado considerables progresos, que figuran entre los más avanzados de la legislación americana.

2) La Constitución de la República tiene magníficas disposiciones en favor de los niños; pero no son suficientes: necesitan mejorar y tener vigencia práctica.

3) Hay muchas disposiciones bastante buenas en nuestra legislación; pero, desgraciadamente, muy pocas llegan a cumplirse en la práctica, muy especialmente en lo que se refiere a la protección de la niñez.

4) En general, las mejores garantías son para los hijos legítimos.

5) Las disposiciones sobre trabajo de menores, accidentes del trabajo, protección a la madre y a la niñez son bastante buenas, en la parte existente; pero, por desgracia, no se cumplen íntegramente.

6) Las leyes en beneficio de la niñez, datan únicamente de 1928, en que las expidió el gobierno del Dr. Ayora. El mayor avance social en beneficio de la niñez, es el Có-

digo de Menores expedido por el gobierno del general Alberto Enríquez en 1938.

7) El problema de la delincuencia infantil ha obtenido cierta solución en nuestra legislación positiva, aunque son deficientes las normas y prácticas al respecto.

8) Se han realizado verdaderos e importantes avances en materia de protección y legislación de menores; pero en el terreno de la realidad todavía queda mucho por conseguir.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

NOTAS

(1) L. E. Terman.—La medición de la inteligencia.—Página 19.

(2) Terman.—La medición de la inteligencia.—Página 21.

(3) Kuhlmann-Anderson.—Tests Colectivos de Inteligencia.—Página 32.

(4) Constitución Política de la República del Ecuador, promulgada el 31 de diciembre de 1946.

(5) Emilio Uzcátegui.—La Obligatoriedad de la Educación, en el Ecuador, pág. 21 y sig.

(6) Luis F. Borja.—Estudios sobre el Código Civil Chileno.—Tomo II, página 195.

(7) E. Westermark.—Historia del Matrimonio, traducción del inglés por Isabel Palencia, páginas 157 y 158.

(8) Westermark.—Historia del Matrimonio.—Página 165.

(9) Luis F. Borja.—Estudios sobre el Código Civil Chileno.—Tomo IV, página 264.

(10) Luis F. Borja.—Estudios sobre el Código Civil Chileno.—Tomo V, página 48.

(11) Luis Morquio.—El Problema de la Mortalidad Infantil. —Página 17.

(12) Dr. Antonio J. Bastidas.—La ilegitimidad, factor de letalidad infantil. Anales de la Universidad Central.—Tomo 48, página 480.

(13) G. T. Villegas-Pulido.—La Inquisición de la Paternidad por el examen de la Sangre.—Caracas, 1940.—Páginas 5 y 6.

(14) Robert Hoffstetter.—La Genética y el Hombre.—Quito, 1947.—Pág. 48.

(15) Hoffstetter.—La Genética o el Hombre.—Págs. 88 y 89.

(16) Luis Claro Solar.—Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado.—Santiago de Chile.—Tomo IV, págs. 106 y 107.

(17) Boletín del Instituto Internacional de Protección a la Infancia.—Tomo VIII Nº 1; julio de 1934.—Página 37.

(18) Lewis E. Terman.—La medición de la Inteligencia. Traducción de Alfredo Samonati.—Montevideo.—Páginas 21 y 22.

(19) Domingo Barnés.—La Psicología de la Adolescencia. Ed. Páez.—Madrid.—Páginas 134 y 135.

(20) Boletín del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia.—Tomo VIII, Nº 1.—Montevideo. —1934.—Páginas 18 y 19.

(21) Pérez Borja.—Apuntes para el Estudio de Código Penal.—III tomo.—Páginas 71 a 72.

(22) Valdizán.—Elementos de Jurisprudencia Médica.—Lima.—Páginas 145 y 146.

(23) Boletín del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia.—Página 9.

(24) Por Decreto Supremo Nº 35 de 31 de octubre de 1935 se crean comedores escolares en toda la República, bajo la dependencia del Ministerio de Educación, para los niños matriculados en las escuelas públicas o privadas. Para su sostenimiento destínanse los siguientes impuestos:

"a) El impuesto al juego;

"b) El uno por ciento adicional al impuesto a las herencias en primer grado;

"c) Un impuesto de $ 100 anuales pagarán los extranjeros residentes en el país de $ 10.000;

"d) Una patente de $ 5 a $ 100 anuales que pagarán todos los profesionales, abogados, médicos, dentistas, ingenieros, etc.;

"e) Medio día de sueldo que pagarán anualmente los empleados públicos o privados, cuya renta pase de $ 300 por mes; y

"f) Uno por mil sobre el valor del capital en giro que pagarán todos los comerciantes que tengan capitales mayores de $ 10.000".

Estos impuestos se hallan actualmente modificados.

(25) Luis Jiménez de Asúa.—Cuestiones de Derecho Penal.—Quito-Ecuador, 1953 (pág. 71).

BIBLIOGRAFIA

1) BALTHAZARD, Dr. V.—Manual de Medicina Legal.— Segunda Edición, 1926.—Barcelona.—704 páginas.

2) BARNES, DOMINGO.—La Psicología de la Adolescencia como base para su educación. Ed. Páez.—Madrid, 1930.—208 páginas.

3) BASTIDAS, Dr. ANTONIO.—La ilegitimidad, factor de letalidad infantil. Conferencia sustentada en la Universidad Central el 8 de abril de 1932.

4) BASTIDAS, Dr. ANTONIO J.—Contribución al estudio de la Protección Infantil en el Ecuador y Demografía Nacional.—Quito, 1924.—76 páginas.

5) BORJA, Dr. Luis F.—Estudios sobre el Código Civil Chileno.— París. 1901 a 1908.—7 tomos.

6) CLARO SOLAR, LUIS.—Explicaciones del Derecho Civil Chileno Comparado, 17 tomos; 3ª edición, Santiago de Chile, 1954.

7) ENDARA, Dr. JULIO.—Los Fundamentos Biológicos de la Filiación Natural.—Quito, 1921.—20 páginas.

8) FABRES, JOSE CLEMENTE.—Instituciones de Derecho Civil Chileno.—Valparaíso, 1863.—2 tomos.

9) GATES, ARTHUR I.—Psychology for students of education.— New York. 1930.—612 páginas.

10) HOFFSTETTER, ROBERT.—La Genética y el Hombre.—Quito, 1947.—170 páginas.

11) JACOME, Dr. RODRIGO.—Derecho Constitucional Ecuatoriano. —Quito, 1931.—604 páginas.

12) JIMENEZ DE AZUA, LUIS.—Cuestiones de Derecho Penal, Quito, 1953.—196 páginas.

13) KUHLMAN-ANDERSON.—Tests Colectivos de Inteligencia.— 1930.—Quito.—152 páginas.

14) MORQUIO, LUIS.—El problema de la mortalidad Infantil.—Montevideo. 1930.—24 páginas.

15) ORMAZA, Dr. GREGORIO.—La organización social del trabajo en el Ecuador.—Quito, 1933.—68 páginas.

16) PEREZ BORJA, Dr. FRANCISCO.—Apuntes para el estudio de Código Penal.—Quito, 1927 a 1930.—3 tomos.

17) QUEVEDO, Dr. ANTONIO.—Cuestiones penales.— 1927.—Quito. —158 páginas.

18) RAMIREZ FRIAS, TOMAS.—La fecha legal de la concepción.— Estudio presentado al Congreso, Científico Internacional Americano de Buenos Aires, 1910.

19) SALAZAR FLOR, Dr. CARLOS.—Derecho Civil Internacional. Universidad de Quito.—1938.— 2 tomos.

20) SERAFINI, FELIPE.—Instituciones de Derecho Romano.—Sexta Edición.—Barcelona.—2 tomos.

21) TERMAN, LEWIS E.—La medición de la Inteligencia. —Traducción de Alfredo Samonati.—Montevideo, 1929.—448 páginas.

22) UZCATEGUI EMILIO.— La Obligatoriedad de la Educación en el Ecuador, Quito, 1952.— 158 páginas.

23) VALDIZAN, HERMILIO.—Elementos de Jurisprudencia Médica. Lima, 1929.—I parte: 56; II parte: 176 páginas.

24) VILLEGAS PULIDO, G. T.—La Inquisición de la Paternidad por el examen de la Sangre.—Caracas, 1940.

25) WESTERMARK, EDWARD.—Historia del Matrimonio.—Ed. España, 1932.—Madrid.—308 páginas.

26) Comité de Protección de l'enfance (Societé des Nations).—L'organization des tribunaux pour enfantes et les experiences faites jusqu'a ce jour.—Geneve.—1932.— 132 páginas.

27) Societé des Nations.—Comité de la traite des femmes et des enfants.—Geneve.—1932.

28) Resoluciones de la Primera Convención Internacional de Maestros.—Buenos Aires, 1928.

29) Código del Niño del Uruguay y Exposición de Motivos.— Montevideo.—1934.—104 páginas.

30) Código Soviético del Matrimonio, la Familia y el Tutelaje.—1926. —Traducción española inédita.—1934.

LEYES ECUATORIANAS ESTUDIADAS

1) Constituciones Políticas de la República.—1906, 1928-29, 1945 y 1946.
2) Código Civil, ediciones de 1889, 1930 o 1950.
3) Código de Procedimiento Civil, 1952.
4) Código Penal, ediciones de 1906 y 1953.
5) Código de Procedimiento Penal, 1938.
6) Código del Trabajo, 1947.
7) Código de Menores, 1950.
8) Código de Comercio, 1906.
9) Código de Policía, 1906.—Quinta Edición.—1923.
10) Código de Policía, Sanitaria, 1927.
11) Código de Derecho Internacional Privado "Sánchez de Bustamante", 1934.

12) Organización Estructurada y Funcional del Servicio Sanitario y sus Dependencias, 1944.
13) Código Sanitario, 1944.
14) Ley Orgánica de Instrucción Pública, 1932.
15) Ley Orgánica de Educación, 1938.
16) Reglamento del Régimen Escolar, 1916.
17) Ley Orgánica del Poder Judicial, con anotaciones del Dr. Ochoa Ortiz, Guayaquil, 1932.
18) Ley de Elecciones, 1929 y 1946.
19) Ley de Matrimonio Civil, 1902.
20) Ley de Registro Civil, 1901.
21) Ley sobre responsabilidad por accidentes del trabajo, 1928.
22) Ley sobre contrato individual de trabajo, 1928.
23) Ley sobre trabajo de mujeres y menores y de protección a la maternidad, 1928.
24) Ley de Extranjería, extradición y naturalización, 1921 y 1945.
25) Ley de Cultos, 1904.
26) Ley de Asistencia Pública, 1926 y 1949.
27) Reglamento para la aplicación de la Ley de Asistencia Pública, 1926.
28) Ley de Régimen Municipal, 1928 y 1951.
29) Ley de Jubilación, Montepío Civil, Ahorro y Cooperativa, 1928.
30) Ley de Impuesto sobre las Herencias, Legados, Donaciones, etc., codificada por la Comisión Legislativa, 11 de diciembre de 1954.
31) Ley de impuesto a la renta, 15 de marzo de 1941.
32) Decreto Nº 19 que establece la Censura Cinematográfica, 1927.
33) Recopilación de Leyes de las Codificadas por la Comisión Legislativa, 1951.

FUNDADA EN 1629 QUITO

ALGUNAS OBRAS DE EMILIO UZCATEGUI

(Apartado 509.—Quito-Ecuador)

MUSICOS CHILENOS CONTEMPORANEOS. 1919—Santiago de Chile.

LOS PEDAGOGOS DE LA LIBERTAD. 1924.—Iquique, Chile.— Segunda edición. 1926.—Quito.

EL HOMBRE QUE NO SUPO VIVIR. (Novela), 1926.—Santiago de Chile.

HISTORIA DEL ECUADOR (dos tomos), 1929 y 1930, Quito.—Novena edición 1954.—Quito.

QUE HICE EN EL SENADO. 1932.—Quito.

BREVES REFLEXIONES ACERCA DE LA FUNCION DE LAS UNIVERSIDADES.—1934.—Quito.

SITUACION DEL NIÑO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA. 1935.—Quito.

LA OBLIGATORIEDAD DE LA EDUCACION EN EL ECUADOR, 1952, Quito.—Ediciones en inglés y francés publicadas por Unesco, París, 1951.

PAGINAS DE CULTURA Y DE EDUCACION, 1953.—Quito.


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1826
QUITO



EL NIÑO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA por EMILIO UZCATEGUI, se terminó de imprimir el día 12 de Marzo de 1955, siendo Presidente de la Casa de la Cultura Ecuatoriana el Dr. Benjamín Carrión, Jorge Enrique Adoum Director de la Editorial y Edmundo Velasco Z., Regente de los Talleres Gráficos.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

BIBLIOTECA

FECHA DE ENTREGA		

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO



PRECIO S/. 20.—

IMPRESO EN EL ECUADOR. — Quito
Edit. Casa de la Cultura Ecuatoriana.—2550