

**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**  
*ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS*

TESIS PREVIA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
DOCTORA EN JURISPRUDENCIA

**TEMA: “REFORMA AL ART. 260 DEL CÓDIGO CIVIL EN  
RELACIÓN A LA DECLARATORIA DE LA PATERNIDAD EN  
CASO DE FALLECIMIENTO DEL SUPUESTO PADRE O MADRE”**

**AUTORA:** AB. HILDA YOLANDA QUELAL MORALES

**DIRECTOR:** DR. JOSÉ AURELIO MACAS ILLESCAS

## *Declaratoria de Autoría*

El contenido de este trabajo investigativo y las ideas aportadas en el mismo son de exclusiva responsabilidad y autoría de quien suscribe la presente:

.....

*Abogada Yolanda Quelal*

## *Director de Tesis*

### **CERTIFICO:**

Que la presente tesis doctoral de tema **“Reforma al Art. 260 del Código Civil en relación a la declaratoria de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre o madre”** cuya autora es la Abogada Yolanda Quelal, ha cumplido con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja, en tal virtud autorizo su presentación.

Loja, mayo 2009

DR. JOSÉ AURELIO MACAS ILLESCAS

**DIRECTOR DE TESIS**

## *Cesión de Derechos de Autor*

Yo, **HILDA YOLANDA QUELAL MORALES**, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del estatuto orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja, que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la universidad, la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad.”

AB. YOLANDA QUELAL MORALES

AUTORA

C.C. 100131303-8

# *Agradecimiento*

Desde lo más profundo de mi corazón y con la voz  
altiva de ser la portadora de una mejor sociedad,  
sedienta de legalidad y de buen porvenir:

## *Agradezco:*

A todo el personal que conforman la gran familia de la “*Universidad Técnica Particular de Loja*”, quienes me han dado la oportunidad de convertir mi sueño en realidad, especialmente a todos y cada uno de los profesores quienes me impartieron conocimientos con gran valor humano.

*Mil Gracias y que el Todopoderoso les bendiga*

*La Autora*

## *Dedicatoria*

Desde lo más sublime de mis sentimientos,  
y con la esperanza de todos los días,  
de encontrar un pueblo más fértil de  
conocimientos, con ideales de  
progreso y lucha incansable  
dedico este mi esfuerzo:

**A DIOS** por permitirme culminar con éxito una  
etapa más de mi vida.

**A MI ESPOSO E HIJOS** por ser el incentivo constante y fieles  
compañeros de todos los días.

**A MIS PADRES** por amarme como soy e inculcarme  
valores, superación y fortaleza incesante.

*La Autora*

# *Esquema de Contenidos*

**“Reforma al Art. 260 del Código Civil en relación a la declaratoria de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre o madre”.**

INTRODUCCIÓN.

## **CAPÍTULO I**

### **FILIACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS HIJOS.**

#### **1. ACCIONES DE FILIACIÓN.**

1.1 Concepto.

2.2 Clases de filiación

## **CAPÍTULO II**

### **LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

2.1 Reseña histórica de la investigación de la paternidad.

2.2 Concepto de paternidad.

2.3 Elementos constitutivos del nombre.

### **CAPÍTULO III**

#### **LOS HIJOS LEGITIMOS E ILEGITIMOS**

- 3.1 Etimología
- 3.2 Concepto
- 3.3 Clasificación

### **CAPÍTULO IV**

#### **CASOS DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

- 4.1 Los cinco casos de investigación de la paternidad.
  - 4.1.1 En caso de raptó o violación
  - 4.1.2 Si, notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el juez, si cree ser tal padre lo confiesa expresamente.
  - 4.1.3 En caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, o promesa de matrimonio.
  - 4.1.4 En caso del que el presunto padre y la madre, hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción
  - 4.1.5 En 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 hizo en calidad de padre.

**CAPÍTULO V**  
**INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA DECLARATORIA**  
**DE PATERNIDAD.**

- 5 Personas que pueden demandar la declaración judicial de paternidad.
  - 5.1 Primera instancia.
    - 5.1.1 Ante quien se demanda la declaración judicial de paternidad.
    - 5.1.2 Demanda de investigación de la paternidad.
    - 5.1.3 Requisitos de la demanda.
    - 5.1.4 Auto de admisión al trámite.
    - 5.1.5 Citación con la demanda.
    - 5.1.6 Contestación a la demanda.
    - 5.1.7 Junta de Conciliación.
    - 5.1.8 La prueba.
    - 5.1.9 La sentencia.
  - 5.2 Prescripción de la acción para declarar judicialmente la paternidad.
  - 5.3 Extinción de la acción de investigación de la paternidad

**CAPÍTULO VI**  
**DERECHO COMPARADO**

- 6.1 Declaración judicial de paternidad según el Código Civil Chileno.
- 6.2 Declaración judicial de paternidad según el Código Civil Colombiano.
- 6.3 Declaración judicial de paternidad según el Código Civil Argentino.
- 6.4 Semejanzas y diferencias de la declaración judicial de paternidad entre los Códigos Civiles Ecuatoriano, Chileno, Colombiano y Argentino.

## **CAPÍTULO VII**

### **INVESTIGACIÓN DE CAMPO**

#### 7. Aplicación de encuestas.

Presentación de resultados

Cuadro estadístico.

Análisis de resultados.

## **CAPÍTULO VIII**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES Y PROYECTO DE REFORMA**

#### 8.1 Conclusiones.

#### 8.2 Recomendaciones.

8.3 Proyecto de reformas al Art. 260 del Código Civil, en relación a la declaratoria de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre o madre.

Bibliografía

Anexos.

## Introducción

Este trabajo investigativo dedica buena parte de su exposición a abordar aquello que constituye y concierne a la administración de justicia, en especial a la necesidad de introducir reformas al Código Civil, con la finalidad de efectuar la reforma al artículo 260 que trata sobre la declaratoria de la paternidad después de la muerte del supuesto padre o madre, aspectos y matices, con sentido realista y positivo para poner en evidencia lo valioso, lo bueno y así mismo lo equivocado y lo deficiente de nuestro marco jurídico en el Ecuador con argumentos acertados, suficientemente amplios, democráticos y sobre todo prácticos.

En el capítulo primero comprende los aspectos generales sobre la filiación y los derechos de los hijos, dentro de este tema global, se desprende lo básico como son las acciones de filiación a nivel general y específicamente en nuestro país, seguidamente se detalla específicamente su concepto, destacando lo principal y más relevante, también se hace mención las clases de filiación existentes en la legislación ecuatoriana.

El segundo capítulo abarca un análisis sintetizado acerca de lo que es la investigación de la paternidad en primera instancia, se hace una breve reseña histórica concerniente al tema del capítulo. Dentro de este apartado se hace una exposición sintetizada acerca del concepto de la paternidad, de los elementos constitutivos del nombre y de la importancia que tiene en nuestro medio social realizar la investigación de la paternidad.

En el tercer capítulo de esta trascendental investigación, se realiza un enfoque global acerca de los hijos legítimos e ilegítimos, se desprende de este interesante tema lo primordial como es la etimología de dichas expresiones, así

mismo se efectúa su conceptualización y posterior clasificación, haciendo conocer las distintas clases de hijos que se agrupan dentro de cada uno de los temas ya mencionados, como es el caso, por ejemplo, de los hijos ilegítimos dentro de este grupo podemos enumerar a los hijos adulterinos, los bastardos, los mánceres, etc. Así como también existen tres clases de hijos considerados como legítimos.

En el capítulo cuarto, se puntualizarán los cinco casos de en los que se puede solicitar la investigación de la paternidad, los cuales son: 1.- En caso de raptó o violación; 2.- Si, notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el Juez, si cree ser tal padre lo confiesa expresamente; 3.- En caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, o promesa de matrimonio; 4.- En caso del que el presunto padre y la madre, hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción; y, 5.- En 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 hizo en calidad de padre.

En el siguiente capítulo se hará una Investigación Jurídica de la declaratoria de la paternidad o maternidad. En esta se hará constar a las personas que pueden demandar la declaratoria de la paternidad y todo el trámite que se debe seguir para conseguirlo, dentro del proceso se encuentra en primera instancia los siguientes aspectos: Ante quien se demanda la declaración judicial de paternidad. La demanda de investigación de la paternidad. Los requisitos de la demanda. El auto de admisión al trámite. La citación con la demanda. La contestación a la demanda. La junta de conciliación. La prueba. La sentencia. La prescripción de la acción para declarar judicialmente la paternidad, y la extinción de la acción de investigación de la paternidad o maternidad.

El capítulo seis describe lo concerniente a derecho comparado, es decir hace una relación entre el Código Civil de Chile, Colombia y Argentina para resaltar las semejanzas y diferencias existentes acerca de la declaratoria de paternidad o maternidad.

En el capítulo siete podemos apreciar la investigación de campo comprendida en las encuestas realizadas, en la presentación del trabajo de campo, la exposición de los cuadros estadísticos y el correspondiente análisis de los resultados.

En la parte final se hace referencia generalizada de las conclusiones y recomendaciones y la anhelada Ley Reformatoria al Art. 260 del Código Civil que regula la declaratoria de la paternidad después de la muerte del supuesto padre o madre, abordando coherentemente las sugerencias que deberán tomarse para la correcta realización del Proyecto de Reforma.

# **Capítulo I**

## **FILIACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS HIJOS**

# CAPÍTULO I

## FILIACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS HIJOS

### 2. ACCIONES DE FILIACIÓN.

#### 1.1 CONCEPTO

Antes de adentrarnos en el tema central que es objeto de nuestra investigación jurídica, es menester indicar los diferentes conceptos y definiciones de connotados tratadistas que abarcan en todo el contexto amplio de la palabra filiación.

El doctor Manuel Somarriva en su obra titulada Derecho de Familia, define a la filiación de la siguiente manera. “La filiación es la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra. O dicho en otros términos: es la relación que existe entre el padre y el hijo”.<sup>1</sup>

Planiol y Ripert en el texto Tratado Elemental de Derecho Civil por su parte expresan: “Tomándola en el sentido natural de la palabra, la filiación, es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea; pero en el lenguaje del Derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estricto, y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Justificase esta limitación, porque esa relación se reproduce idéntica a sí misma en todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad, cuando se considera respectivamente, por parte del padre o de la madre.

---

<sup>1</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 1988, Derecho de Familia, Tomo II, Pág., 391

Por tanto, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado, y su repetición produce las líneas o series de grados.

En cuanto se refiere a los elementos de la Filiación el autor señala que: “La filiación de una persona se compone de elementos múltiples. El primer punto por establecer es el parto de la pretendida madre: tal mujer ha tenido un hijo en tal época; por tanto, esto supone conocido a la vez el hecho del parto y su fecha.- En segundo lugar, es preciso establecer la identidad del hijo. La persona que actualmente reclama la filiación es realmente el hijo que esa mujer dio a luz. Esta identidad supone necesariamente que hay concordancia entre la fecha del parto y la edad del reclamante y, además, que no hubo sustitución de un infante por otro.

“Cuando estos dos puntos se confiesen o prueben, la maternidad, es decir, la filiación con respecto a la madre, está establecida. “Una vez establecida la filiación materna puede pasarse a la paterna. ¿Quién es el hombre, autor del embarazo de la madre? La cuestión de paternidad sólo puede plantearse cuando la filiación materna sea ya conocida; no puede pensarse en buscar el padre de un hijo cuando no se sabe quién es la madre”.<sup>2</sup>

Muy lógico y oportuno el aporte de este tratadista, toda vez, que la maternidad de una madre debe estar plenamente establecida, en consecuencia, se puede deducir que existe una falta de método en la ley, que se ocupa de la filiación paterna antes de haber tratado la materna.

---

<sup>2</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil. Pág. 110-111

Ahora, bien para establecer otra óptica, veamos lo que señala el El Diccionario Jurídico Espasa en su contenido dice lo siguiente: “Señalemos previamente, antes de hablar de la legitimidad de los hijos, el efecto natural de la filiación, que lógicamente precede a aquél.

“El hecho natural de la filiación, de fundamentación biológica, tiene importante repercusión jurídica y en el mismo se basa la legitimidad de los hijos. La filiación es un hecho natural, pero adquiere también fuerza jurídica.

No ofrece dificultad, normalmente, la filiación materna, por ser hecho fácilmente conocido, a no ser en caso de las modernas prácticas genéticas.

En cambio, respecto de la filiación paterna, al no ser susceptible de prueba directa incontrovertible, el Código establece algunas presunciones de derecho; entre ellas, cuando se trata de un hijo de mujer casada, el principio clásico procedente del Derecho Romano: «pater est quem iuxtae nuptiae designant», es decir, el padre se presume que es el marido de la madre, mientras no se demuestre lo contrario con razones evidentes”.

Esta presunción de paternidad respecto del marido de la madre se hace más fuerte también por la nueva presunción de derecho, cuando el hijo ha nacido después de los ciento ochenta primeros días (seis meses) de la celebración del matrimonio, o incluso dentro de los trescientos días (diez meses) después de la disolución de la vida conyugal. Pues en uno y otro caso la concepción se ha podido producir normalmente dentro de la convivencia matrimonial, aunque el nacimiento se haya producido dentro de la misma, en el primer caso, o fuera de ella, en el segundo.

Es bien sabido, que el criterio jurídico ha aceptado como buena la estimación tradicional de que la gestación requiere un plazo mínimo de seis meses y un

plazo máximo de diez. De forma similar se pronuncia el legislador español en el Código Civil.

El Código Canónico establece esta segunda presunción a favor de la legitimidad del hijo; pero en realidad esta nueva presunción se refiere más directamente a la filiación respecto del marido de la madre que a la legitimidad, aunque ésta sea consecuencia de aquélla. Lo confirma el haberse situado esa norma en el mismo canon y a continuación del párrafo primero, el cual trata de la filiación; su sentido, según el experto canonista MIGUÉLEZ, equivale a lo siguiente: se presume que son hijos del matrimonio los nacidos. La apreciación de este autor, que se refiere a la legislación del Código anterior, entendemos que es totalmente válida para la norma del canon 1.138 del Código actual.

Sin embargo, al ser presunciones de derecho tanto el aforismo romano como el principio de filiación y legitimidad, es claro que admiten prueba en contrario. Esta prueba consistiría en la imposibilidad de unión sexual entre los cónyuges en el tiempo de la concepción, y, más en concreto, durante los cuatro primeros meses de los diez que como máximo, según la presunción jurídica, preceden al nacimiento.

En las legislaciones modernas se autoriza la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, análisis de grupos sanguíneos. Estas pruebas, sin embargo, si en algún caso no resultaran definitivas, habrían de ser utilizadas cautamente, porque podrían sembrar la desconfianza entre los cónyuges y romper la paz conyugal. Por otra parte cabe añadir que debido al progreso de la llamada ingeniería genética (fecundación in Vitro, maternidad subrogada, etc.) puede producirse

incertidumbre tanto sobre filiación materna como paterna, y ampliar, por tanto, el uso de las pruebas biológicas".<sup>3</sup>

**La visión que nos enfoca esta doctrina aún es más amplia y nos permite apreciar que en la actualidad el avance tecnológico nos permite acceder a realizar exámenes de avanzada, pero así mismo establece la precaución con que deben ser manejados, ya que de cierta manera lejos de crear una ambiente de certidumbre, fomentaría la desconfianza y la falta de armonía dentro del entorno familiar, especialmente se alteraría la paz conyugal existente entre los consortes.**

---

<sup>3</sup> Diccionario Interactivo Jurídico Espasa

En la actualidad existen una serie de formas mediante las cuales se puede corroborar la paternidad o la maternidad, una de ellas como lo establecen las legislaciones modernas y creo personalmente que más eficaz es el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), examen este que judicialmente se lo puede fundamentar de acuerdo a lo que establece el numeral 2 del Art. 141 del Código de la Niñez y Adolescencia y que más adelante lo analizaremos con detenimiento.

Por último el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, define a la filiación como: “La procedencia de los hijos respecto a los padres, la descendencia de padres a hijos. También la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores”.<sup>4</sup>

En definitiva podemos decir, que la filiación es la línea descendiente que existe entre dos personas, es decir que la filiación es el vínculo jurídico que liga al hijo con su madre o padre y consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y un descendiente.

## **1.2 CLASES DE FILIACIÓN**

De conformidad con la doctrina consagrada por nuestro ordenamiento legal, la filiación resulta por los vínculos de sangre, los mismos que se contempla a través de tres maneras que son: Legal, voluntaria y judicial, veamos brevemente cada una de ellas,

---

<sup>4</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV

- **Legal.-** Cuando la propia ley en base a ciertos supuestos lo establece, así lo determina el Art. 233 del Código Civil en concordancia con el Art. 242.

Pero para mayor elemento de juicio me permito transcribir dicha disposición legal “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido.

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 62, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer”.<sup>5</sup>

Como podemos apreciar en esta norma legal, se dice que la filiación es legal o natural, cuando nacen los hijos dentro del matrimonio y del seno familiar, o a su vez cuando el padre del hijo en mención no refute lo contrario o demuestre judicialmente que no pudo tener acceso carnal con su cónyuge en las fechas de la supuesta concepción.

- **Voluntaria.-** Cuando la determinación de la filiación proviene del reconocimiento expreso y tácito del hijo, como así lo manifiestan los Arts. 247 al 250 del mismo Código Civil;

Este tipo de reconocimiento voluntario respecta al padre y la madre que en forma libre y voluntaria desean reconocer a sus hijos, aún cuando no hayan nacido dentro de la institución del matrimonio, este reconocimiento voluntario puede hacerse con documento público, es decir con escritura pública o a su vez ante un juez de lo Civil con la intervención de tres testigos, también el

---

<sup>5</sup> CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Art. 233, Corporación de Estudios y Publicaciones

Código nos da la oportunidad de reconocer a los hijos a través de un acto testamentario.

Mediante esta clase de reconocimiento, ya no quedan al margen los hijos que han sido concebidos con cualquier persona que no sea su cónyuge, como en tiempos pasados se los conocía como hijos ilegítimos.

- **Judicial.**- Cuando hay controversia judicial por la acción de investigación y exista una sentencia ejecutoriada que declara la paternidad o la maternidad no reconocida en base a las pruebas relativas al nexo biológico.

En lo concerniente a las clases de filiación Manuel Somarriva en su obra Derecho y Familia menciona lo siguiente: “La filiación, atendiendo a los hechos o actos que la originan, puede ser legítima, natural y adoptiva.

La filiación legítima supone el hecho de la procreación y que esta procreación se haya efectuado cuando los padres se encontraban ligados por el vínculo matrimonial.

En la filiación natural sólo existe el hecho material de la procreación, más no el acto jurídico del matrimonio de los padres.

La circunstancia que la filiación legítima suponga que los padres se encuentren unidos en matrimonio justifica las muchas diferencias existentes entre el hijo legítimo y el hijo natural. El legislador concede mayores derechos al primero que al segundo. Y ello como un homenaje al matrimonio monogámico que es la base de la familia. Como es lógico, el legislador tiene que defender y amparar la instrucción del matrimonio, propender a su celebración, y, como una manera indirecta de llegar a esta finalidad, otorga mayores derechos al hijo legítimo que al hijo natural.

La filiación adoptiva difiere profundamente de las dos anteriores; no supone ni la procreación ni el matrimonio; es el producto de una convención o acto jurídico que se celebra entre adoptante y adoptado y que el legislador acepta gustoso, porque con ello se tiende a dar una familia a quien carece de ella y un hijo a aquéllos a quienes la naturaleza se los ha negado”.<sup>6</sup>

Entre las tres clases de filiación que tenemos, están la filiación legítima, la filiación ilegítima y la filiación adoptiva, la primera como se indico anteriormente es la que se forma dentro del vínculo matrimonial, en cambio la ilegítima no sucede así, ya que esta se forma fuera de la relación conyugal de un matrimonio; este tipo de filiación en la actualidad ya no existe, puesto que, hoy en día los hijos nacidos fuera del matrimonio tienen los mismos derechos que los hijos legítimos.

El doctor Juan Larrea Holguín en su compendio Derecho Civil Del Ecuador en el tomo referente a la Filiación, Estado Civil y Alimentos clasifica a la filiación al igual que el autor anteriormente citado y a cada una de estas las describe de la siguiente manera:

### **LA FILIACIÓN LEGÍTIMA**

Parece innecesario decir que las relaciones familiares se establecen a través del matrimonio y de la filiación además de otras instituciones vinculadas con ella o que complementan o sustituyen en alguna forma la relación paterno-filial.

La generación de unas personas por otras es la base natural de esta relación jurídica que se llama filiación o recíprocamente: paternidad y maternidad.

---

<sup>6</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 1988, Derecho de Familia, Tomo II, Pág., 391

Pero no es únicamente el hecho físico de la procreación el que considera el Derecho, sino también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos, etc., que existen entre padres e hijos, lo que se protege y regula por medio de la Ley Civil.

No se requiere ni en la Ley, ni por parte del comentador una definición de lo que es la filiación en general, puesto que apenas puede encontrarse otro concepto más evidente por sí mismo, más intuible, y que por lo mismo, no exija definición.

Las leyes, en cambio, clasifican y definen varios tipos de filiación. A pesar de las diferencias entre unos y otros sistemas, fundamentalmente podemos decir que existen tres tipos de filiación en todo el mundo: la legítima, la ilegítima y la adoptiva.

Antes de la reforma de 1970, en el Ecuador se distinguía entre los adoptivos, unos que se consideraban legítimos y otros, ilegítimos. La Ley 256 eliminó esta distinción, y ahora solamente hay hijos adoptivos, sin ninguna calificación. Esto era lo más razonable, puesto que si se adopta, es para conferir todos los beneficios de una familia, y no cabía que a través de una institución legal como es la adopción, se situara a algunos en una calidad de "ilegítimos".

También es frecuente que se admita otra categoría de hijos: los de padres desconocidos. Pero estas personas, que no son hijos legítimos, y que tampoco son ilegítimos, no tienen propiamente una relación actual de filiación con nadie, por desconocerse quienes son sus progenitores".

En este breve antecedente podemos apreciar que desde tiempos de antaño ya se distinguía a los hijos legítimos y los legitimados que se asimilan a los primeros, y por otra parte, los ilegítimos. La categoría de los ilegítimos se

subdividía en simplemente ilegítimos, o sea los concebidos fuera de matrimonio por personas que no tuvieran ningún impedimento para casarse entre sí; cuando éstos eran reconocidos por uno o ambos padres se llamaban reconocidos o naturales; en cambio los concebidos fuera de matrimonio por personas que no podían contraer matrimonio se llamaban “de dañado ayuntamiento”, y eran los incestuosos, sacrílegos o adulterinos.

Los de dañado ayuntamiento constituían una categoría inferior dentro de los hijos ilegítimos, porque, entre otras cosas, no podían ser legitimados ya que habían sido engendrados en una forma más gravemente opuesta a la moral y las buenas costumbres, y además, porque los padres, no podían contraer matrimonio y ésta es la condición indispensable para la legitimación.

La Ley de Matrimonio Civil y Divorcio de 1902, derogó tácitamente la categoría de los hijos sacrílegos, porque no contiene impedimento alguno para el matrimonio de los clérigos ni de los religiosos. Más tarde, en 1935, se derogó expresamente el Art. 34 del Código Civil que contenía la definición y clasificación de los hijos de dañado ayuntamiento.

La misma Ley de 5 de diciembre de 1935, cambió la nomenclatura tradicional, reservando el nombre de “hijo ilegítimo”, solamente al que hubiere sido reconocido por su padre o por su madre o por ambos, o declarado judicialmente tal. En esta forma, los que no son legítimos y tampoco han sido reconocidos ni declarados judicialmente ilegítimos, han quedado sin denominación legal, y en la práctica se les suele llamar (sin fundamento legal), “naturales” o “de padres desconocidos”.

Conviene advertir, antes de seguir adelante, que la legitimidad es la calidad legal originaria, propia de aquel que ha sido concebido dentro del matrimonio de sus padres. En cambio, la legitimación, es la calidad superveniente,

adquirida en virtud del matrimonio de los padres después de que ha sido concebido el hijo.

El punto de referencia, en todo caso, para establecer la condición o calidad legal del hijo, es el tiempo en que se verifica su concepción. Si en dicho tiempo, los padres están casados, el hijo es legítimo, de lo contrario, carece de aquella calidad.

En cambio, la condición de hijo ilegítimo requiere en nuestro Derecho un acto expreso: reconocimiento voluntario o judicial.

El matrimonio es requisito tanto para la legitimidad como para la legitimación. Pero no se ha admitido en el Ecuador lo que existe en unos pocos países: la posibilidad de legitimar sin matrimonio. Por lo mismo, podemos afirmar, que toda otra relación de parentesco legítimo, sea de consanguinidad o de afinidad, requiere siempre en su base, la existencia de un matrimonio.

La filiación establece unos nexos que son esencialmente recíprocos: entre padres e hijos. La misma calidad de legítimos o ilegítimos corresponde por igual a unos y otros, y los deberes y derechos entre ambos están también debidamente equilibrados por la naturaleza y por la ley. Sólo excepcionalmente se rompe esta equivalencia: en cuanto a la misma calidad, en el caso del matrimonio putativo con mala fe de uno de los cónyuges, y en cuanto a los derechos, en lo relativo a la herencia y los alimentos de los hijos adoptivos y de los ilegítimos.

Aunque estos vínculos entre padres e hijos se fundan en la naturaleza, y están robustecidos por la tendencia espontánea y los sentimientos de afecto, sin embargo, la legislación no siempre se ha conformado con estas realidades preexistentes, sino que más bien a veces ha pretendido deformarla. Se ha

impuesto en algunos casos el egoísmo, el afán de dominio o de influencia social o política, y así se han disminuido excesivamente o se han desconocido los derechos de los hijos y se han exagerado los de los padres.

Como nos dice Urrutia: “es el derecho cristiano el que vino a realizar la condición de la mujer, y simultáneamente, la de los hijos. Efectivamente, al reforzarse el sentido indisoluble del matrimonio, y la monogamia, la condición de la mujer encuentra su primera base sólida para elevarse, y también sucede lo mismo con los hijos”<sup>7</sup>. Mientras no triunfa definitivamente la monogamia y la indisolubilidad perfecta del matrimonio, el vínculo con el padre ni siquiera puede tener condiciones de certeza y estabilidad, y mucho menos, se pueden atribuir los correspondientes derechos a los hijos.

También la diferencia entre los hijos y los que carecen de esta condición, fue más acentuada en las sociedades antiguas, y el cristianismo ha contribuido a mitigar una distinción cuyo rigor no debe exagerarse. En este sentido atestigua Borda: “La Iglesia católica contribuyó a atenuar esta severidad, reconociendo el derecho a los alimentos de los hijos cualquiera fuera su origen, favoreciendo la legitimación por subsiguiente matrimonio, y, finalmente, insistiendo sobre los deberes morales inherentes a toda paternidad.

#### Requisitos de la filiación legítima

De acuerdo a la jurisprudencia, ya se hacía una clasificación de hijos legítimos e ilegítimos.

Legítimos, los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus

---

<sup>7</sup> URRUTIA, Francisco José, Estudios de Legislación y Derecho Civil. Pág. 3

padres, que surta efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción.

llegítimos, los que han sido reconocidos voluntariamente como tales por su padre o madre, o por ambos; o aquellos que han sido declarados tales por resolución judicial.

El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres, es hijo legítimo. Lo es también el concebido en matrimonio putativo, mientras surta efectos civiles.

Aquel de los cónyuges a quien faltaba la buena fe o la justa causa de error en el matrimonio putativo cuando se realizó la concepción de un hijo no gozará respecto de éste de los derechos de padre o madre legítimo; pero el hijo sí tendrá los derechos de hijo legítimo respecto de ambos padres.

Son también hijos legítimos los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van a expresarse.

La Ley 256 del año 1970 reformó estos artículos, y ahora tenemos en lugar de la clasificación de los hijos, la descripción de los varios modos como se adquiere la condición de hijo:

“Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

- a. Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres;
- b. Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,

c. Por haber sido declarado judicialmente hijo de determinados padre o madre”.

Con la mencionada reforma, desaparece totalmente la institución de la legitimación, es decir, de la legitimidad adquirida después de la concepción.

Esta institución tiene ahora un valor únicamente histórico.

Cabe destacar el hecho de que el legislador en el afán de equiparar absolutamente los legitimados a los legítimos, incluso definía conjuntamente ambas condiciones, y decía que “son también legítimos”, los legitimados. Esto debe entenderse en cuanto a los efectos jurídicos, no en cuanto al origen, como es evidente.

De todos modos, el sentido de la ley es claro en cuanto a que la legitimidad consiste fundamentalmente en el hecho de haber sido concebido durante el matrimonio de los padres.

Por lo mismo, los elementos de que resulta la legitimidad son: la existencia de matrimonio entre los progenitores; y que el período en que pudo verificarse la concepción caiga al menos parcialmente dentro de dicho matrimonio. A su vez, el primer elemento, se descompone en cuanto a la prueba, en determinación de quien es el padre, de quién es la madre, y de que existió matrimonio en la época de la concepción. Además, el matrimonio ha de ser válido, y si es nulo, solamente produce legitimidad de los hijos concebidos durante él, siempre que sea putativo.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan, 2001, Derecho Civil del Ecuador, Filiación, Estado Civil y Alimentos, Tomo III, Cuarta Edición, Pág. 9-14

Planiol sintetiza los elementos de la prueba de la legitimidad reduciéndolos a tres: Para establecer la legitimidad del hijo se necesita la prueba de tres elementos siguientes: 1º. Su filiación materna y paterna; 2º. El matrimonio de sus padres y 3º. El hecho de haber sido concebido durante el matrimonio”. El orden de esta enumeración parece muy lógico, porque efectivamente, el primer elemento, fácilmente constatable, consiste en que un individuo sea hijo de una determinada madre; a través de la maternidad se establece normalmente la paternidad; y finalmente, para que la filiación sea legítima se requiere que la madre y el padre hayan estado casados cuando fue concebido el hijo.<sup>9</sup>

Somarriva señala también los mismos elementos, pero alterando el orden: “los requisitos necesarios para que un hijo tenga el carácter de legítimo, son los siguientes: 1º la maternidad; 2º el matrimonio; 3º la concepción durante el matrimonio; y 4º la paternidad. Responde este orden a una concepción un tanto distinta: se parte del hecho de que normalmente el concebido durante el matrimonio no tiene que probar quién es el padre, porque se presume que es el marido de la madre, y sólo excepcionalmente se planteará la cuestión de la paternidad.<sup>10</sup>

La enumeración de los elementos de la legitimidad tiene importancia principalmente para la impugnación o para la prueba positiva de la legitimidad cuando esta es negada. Evidentemente para probar que alguien es hijo legítimo se necesita demostrar que reúne todos los elementos, y para la prueba contraria, esto es, de que no es legítimo, basta con dejar sentado que le falta alguno de aquellos elementos.

Los autores que hacen su aporte enumerando los requisitos que se necesita para que la filiación sea legítima y singularizados en los párrafos

---

<sup>9</sup> PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, 1983, Tratado Elemental de Derecho Civil. Pág. 15

<sup>10</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 1988, Derecho de Familia. Pág. 145

precedentes concuerdan perfectamente con los requerimientos que establece nuestra legislación, como son la maternidad y paternidad, que el hijo haya sido procreado y nacido dentro del matrimonio, características éstas que le confieren el hijo en calidad de legítimo.

## **LA FILIACIÓN NATURAL**

La filiación natural no es otra cosa sino aquella que emana exclusivamente del hecho de la procreación, en esta se entiende obviamente tanto la maternidad como la paternidad, al margen de los otros requerimientos que lo convierten en hijo legítimo, a esta filiación natural le caracteriza el hecho del alumbramiento o del parto como comúnmente lo conocemos.

A la filiación natural la reglamentaba el Código de una manera “suigéneris” que se aparta totalmente de la legislación mundial. En efecto en todas las legislaciones hay dos clases de hijos extramatrimoniales: los naturales, que han sido reconocidos por sus padres, y los ilegítimos que no han sido objeto de reconocimiento alguno. Entre nosotros, en cambio, cabe distinguir tres clases de hijos extramatrimoniales: los hijos naturales, los ilegítimos conocidos, y los ilegítimos que no han sido objeto de reconocimiento alguno. O sea, la novedad de nuestra legislación es introducir una categoría especial de hijos ilegítimos: los reconocidos. La diferencia entre estos hijos y los naturales consiste en que son distintas las formas de establecer una y otra filiación, pero principalmente en cuanto a los efectos de ellas. El reconocimiento obtenido por el hijo ilegítimo produce un solo efecto: permitirle exigir alimentos al padre o madre cuyo reconocimiento ha conseguido. En cambio, el estado de hijo natural lleva consigo mayores derechos, ya que este hijo tiene derechos hereditarios, incluso en concurrencia con los hijos legítimos.

Entre esta filiación y la filiación legítima cabe anotar las siguientes diferencias con las que obtendremos un mejor enfoque de lo que representa la filiación:

1. La filiación legítima, además del hecho de la procreación, supone el vínculo matrimonial que une a los padres, requisito, este último que no concurre en la filiación natural;
2. La filiación legítima crea una relación de familia entre el hijo y los consanguíneos del padre o madre; en cambio, la filiación natural da origen a un vínculo individual entre padre e hijo. De ahí el conocido aforismo según el cual el hijo natural no tiene abuelos, y
3. Como un homenaje a la institución del matrimonio monogámico, base de la familia, el hijo legítimo está en mejor condición que el hijo natural; son mayores los derechos que el legislador concede a aquél, sobre todo en lo que concierne a los derechos hereditarios. Sin embargo, es digno de anotarse que la tendencia actual de las legislaciones es aminorar estas diferencias.

Desde otra óptica el problema de la investigación de la paternidad ilegítima, como en tiempos antiguos se lo conocía, se presenta el interesante inconveniente de la investigación de la paternidad ilegítima, que se traduce en saber si el hijo ilegítimo tiene o no derecho a recurrir ante los tribunales o juzgados para que se investigue quien es su padre.

Es este un problema que rebasa los lindes del Derecho y que tiene insospechadas proyecciones en la vida económica y social de los pueblos. Por de pronto, “el aceptar o negar la investigación de la paternidad tiene influencia decisiva en el índice de natalidad ilegítima que acusa un país. A su vez la

natalidad ilegítima es pródiga en consecuencias funestas para una nación. Como es fácil suponerlo, de las filas de los hijos ilegítimos salen los elementos indeseables de la sociedad: la holgazanería, la delincuencia, la prostitución tienen su mejor clientela entre los hijos ilegítimos.

La mortalidad infantil es otro problema que está estrechamente relacionado con la prohibición de investigar la paternidad. Demuestra la experiencia que el desamparo de los hijos que están impedidos de recurrir a los tribunales a solicitar ayuda del autor de sus días trae como corolario un aumento de la mortalidad infantil”.<sup>11</sup>

Con estos antecedentes no es raro que todas las legislaciones, en forma más o menos liberal, acepten hoy en día la investigación de la paternidad ilegítima. Ello es una consecuencia del sentimiento de equidad y justicia que anima al legislador. Nos referimos a la importancia social y política que ha tomado en el mundo en los últimos tiempos la clase obrera y trabajadora, lo que ha inducido al legislador a dictar leyes que tiendan a favorecerla; y una de estas leyes es la que permite la investigación de la paternidad ilegítima, ya que, la ilegitimidad donde más abunda es precisamente en esa clase social.

De nada valen los argumentos que en otro tiempo se hicieron para combatir la investigación, de la paternidad ilegítima. Se dijo que la paternidad en general era difícil de establecer que la paternidad ilegítima daba origen a juicios escandalosos. Con sólo enunciar los argumentos se ve su poca consistencia: la dificultad en establecer la paternidad no es una razón para prohibir la investigación, sino que ello será motivo de una buena reglamentación. Y en cuanto al escándalo que provoca el juicio de investigación, de ser ello efectivo, con la misma razón debió el legislador no aceptar los juicios de divorcio y de

---

<sup>11</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 1988, Derecho de Familia, Tomo II, Pág. 502

impugnación de la paternidad legítima, donde también salen a relucir cuestiones íntimas del hogar.

## HIJOS NATURALES

De los artículos 36 y 270 del Código Civil de 1952, puede desprenderse el concepto de hijo natural: son los hijos ilegítimos a los cuales la ley atribuye el estado civil de hijos naturales, respecto del padre o madre que los haya reconocido, o cuya paternidad o maternidad se haya establecido de acuerdo con las reglas contenidas en el Título XII del Libro 1 del Código Civil.

Ya hemos dicho que en materia de hijos naturales nuestra legislación es original. Bello se encarga de advertirlo expresamente al anotar en el Proyecto de Código de 1853, al margen del Título XII del Libro 1, las siguientes palabras: “Lo concerniente a los hijos naturales en este Código, es todo nuevo, respecto de nuestra legislación”.

Según ya ha quedado enunciado esta legislación ha sufrido una trascendental reforma a manos de la ley N.º 10,271, de 2 de abril de 1952, que al aceptar la investigación de la paternidad natural, ha variado incluso el concepto de hijo natural. Hasta esa fecha hijo natural era el que había sido reconocido por su padre o madre en forma voluntaria y espontánea y con la intención de conferirle los derechos de hijo natural. Eran varias pues, las exigencias que debían cumplirse para que el hijo tuviera la calidad de natural. Desde luego el reconocimiento sólo podía ser voluntario: el padre o madre no podía ser obligado a reconocer al hijo. Además, debía ser espontáneo, o sea, el hijo no podía provocarlo, y con la intención de conferir al hijo los derechos de tal. Así se desprendía del artículo 1,169; porque como existían dos categorías de hijos reconocidos voluntariamente, la ley exigía para que el reconocimiento otorgara al hijo los derechos de natural, una declaración expresa en tal sentido.

Como actualmente, todo reconocimiento voluntario de hijo da a este el carácter de natural, y no existe el reconocimiento voluntario de hijo simplemente ilegítimo, desaparece esta exigencia.

Y como se acepta la investigación de la paternidad natural desaparecen del concepto de hijo natural los requisitos de voluntariedad y espontaneidad.<sup>12</sup>

Antiguamente se hacía una clasificación concerniente con los hijos, hijos naturales obviamente debían cumplir los requisitos que en ese entonces se exigían, como eran el reconocimiento voluntario del padre o la madre, el mismo que debía ser espontáneo sin obligatoriedad de ninguna naturaleza. Esta figura jurídica a lo largo de los años se ha tornado controversial, toda vez que en las diferentes reformas se cambia el sentido en cuanto se refiere a los derechos de los hijos naturales.

En la actualidad un hijo natural se considera al que es procreado con el reconocimiento voluntario de los padres, el mismo que nace y es reconocido como tal.

## **LA FILIACIÓN ADOPTIVA**

La filiación adoptiva difiere profundamente de la filiación legítima y de la filiación natural. Vimos que en estas últimas hay un elemento común: la procreación; elemento que no cuenta en la filiación adoptiva, la que emana de un contrato celebrado entre adoptante y adoptado. Es, entonces, la adopción un vínculo esencialmente legal y voluntario en el cual para nada intervine la naturaleza.

---

<sup>12</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 1988, Derecho de Familia, Tomo II, Pág. 503

La adopción es de aquellas instituciones que forzosamente debe ser bien mirada por el legislador, por las finalidades que ella persigue; dar un hijo a quien la naturaleza se lo ha negado, y en muchos casos proporcionar un hogar a un niño que carece de él. No es raro, entonces, que la acepten todas las legislaciones y que su origen arranque desde el Derecho Romano, donde tuvo gran aplicación sobre todo en el Derecho Público. Como es sabido en Roma más de un Emperador fue hijo adoptivo.

Ley vigente.- Don Andrés Bello no incorporó al Código Civil la adopción. Es éste un olvido que los comentaristas no aciertan a explicarse. En la práctica las finalidades que llena la adopción se conseguían con un verdadero fraude a la ley: a la persona que se pretendía adoptar se le reconocía como hijo natural; o bien, lisa y llanamente, se la inscribía en el Registro Civil como hijo legítimo.

Por la razón apuntada se dejaba sentir en Chile la necesidad que se dictara una ley de adopción. Tal aconteció el 6 de enero de 1934 fecha en que se promulgó la ley N.º 5,343 que incorporó a nuestra legislación la institución que estudiamos. Posteriormente, está ha sido reemplazada por la ley N.º 7,613, de 21 de octubre de 1943, la cual fue dictada para llenar los vacíos que acusaba la legislación anterior.

Definición.- El artículo 1º de la ley N.º 7,613 define la adopción como un “acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos que establece la presente ley”.<sup>13</sup>

Más preciso habría sido el legislador si hubiera definido la adopción como un

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, Pág. 557-558

contrato, atendido que en ella hay un acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones.

Cómo contrato o acto jurídico la adopción presenta algunas particularidades dignas de anotarse: sus efectos no pueden ser modificados por las partes, y no puede someterse a plazo, modo, condición y gravamen alguno; y, en seguida, en la adopción no basta el consentimiento del adoptante y del adoptado, sino que, en todo caso, es necesaria la aprobación judicial para su perfeccionamiento.

De la adopción sólo se derivan efectos para el adoptante y el adoptado, es decir, los derechos y obligaciones se producen entre ellos, pero no respecto de las familias naturales de cada uno. Y, aún más, no obstante la adopción, el adoptado conserva sus derechos y obligaciones respecto de su familia.

Se agrega que la adopción “sólo procederá cuando ofrezca ventajas para el adoptado”. Estas ventajas no es necesario que sean de carácter material, bien puede que lo sean de índole simplemente moral.

Tocará al juez, al autorizar la adopción, determinar si de los antecedentes acompañados se deduce que ella va a ser beneficiosa para el adoptado. Sin embargo, puede que en definitiva no exista tal beneficio.

La figura jurídica de la adopción al igual que la filiación a lo largo de estos años se ha vertido varias reformas tendientes a los beneficios del adoptado, en tal circunstancia que, la adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al adoptado.

El autor Manuel Somarriva hace referencia a que la adopción no constituye un Estado civil, característica ésta que no es adoptada en nuestra legislación, ya

que en la actualidad la ley admite solamente la adopción plena en virtud de la cual entre padres adoptantes e hijos adoptados se deriven tanto derechos mutuos y obligaciones en las que deben estar inmersas responsabilidades, prohibiciones e impedimentos originando jurídicamente que el hijo adoptado asimile las mismas características que un hijo consanguíneo en tal virtud el hijo adoptado formará parte de la nueva familia con todas y cada una de las características antes descritas.

Siendo tema de otro estudio la adopción no ha obstado para que hagamos un breve antecedente concerniente a la filiación adoptiva.

# **Capítulo II**

## **INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

## **CAPÍTULO II**

### **INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

#### **2.4 RESEÑA HISTÓRICA DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.**

En el libro Derecho de Familia del Tratadista Manuel Somarriva hace una breve reseña histórica, acerca de la investigación de la paternidad en nuestra legislación exponiendo:

“En nuestro país el problema de la investigación de la paternidad ilegítima reviste especial interés porque, aun cuando sea triste recordarlo, somos uno de los países con mayores porcentajes de natalidad ilegítima y de mortalidad infantil. En épocas pasadas el 37% de los hijos que nacían en el país eran ilegítimos; estos porcentajes se han logrado rebajar últimamente al 18% aproximadamente por la acción por un lado de las leyes sociales que otorgan asignación familiar por el cónyuge, y por el otro de las facilidades que se han dado para la celebración del matrimonio.

Con este antecedente, lo lógico habría sido aceptar desde un comienzo la investigación de la paternidad. Pero, desgraciadamente, nuestro Código, a pesar de lo dicho y de que sólo faculta al hijo ilegítimo para exigir alimentos de su padre, prácticamente no aceptó la investigación de la paternidad. Decimos prácticamente porque el único derecho que le confería al hijo en los artículos 282 y 283 era el de citar a su padre a la presencia del juez para que bajo juramento declarare si reconocía la paternidad que se le imputaba. Si el padre reconocía buenamente la paternidad, quedaba obligado a darle alimentos al hijo; pero, por el contrario, si la desconocía, la cuestión concluía: el hijo carecía

de medios para llevar adelanté la investigación. Como puede verse en el fondo, el Código no aceptó la investigación de la paternidad. En realidad, el reconocimiento del hijo ilegítimo era tan voluntario como el de hijo natural, con la sola diferencia que la confesión de la paternidad ilegítima podía ser espontánea o provocada, esto último a virtud de la citación del padre para que compareciera ante el juez; mientras que la confesión de la paternidad natural jamás podía ser provocada, sino siempre espontánea.

Esta situación se mantuvo entre nosotros hasta el 2 de diciembre de 1935, fecha en que se dictó la ley N.º 5,750, llamada comúnmente ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. Esta ley modificó sensiblemente el Título XIV del Libro 1 del Código Civil que trata “De los hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente” y, sobre todo, el artículo 280, indicando en él seis casos en que se permitió investigar la paternidad ilegítima para el sólo efecto de que el hijo pudiera exigir alimentos del padre.

Finalmente, la ley N.º 10.271, de 2 de abril de 1952, vino a establecer definitivamente entre nosotros la posibilidad de investigar la paternidad, ilegítima. En efecto ya no solo puede demandarse judicialmente la paternidad con el exclusivo objeto de obtener alimentos del padre o madre, sino en virtud de la reforma al artículo 271 puede obtenerse por sentencia judicial el reconocimiento de hijo natural, con todos los derechos que emanan de esta filiación”.<sup>14</sup>

Con esta breve reseña que el señor Somarriva hace a la investigación de la paternidad, podemos apreciar que el reconocimiento de un hijo era un acto exclusivamente voluntario y espontáneo, y en el devenir del tiempo se ha ido insertando en esta legislación la diligencia de la confesión judicial, en la misma

---

<sup>14</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 1988, Derecho de Familia, Tomo II, Pág. 499

que se podía reconocer la paternidad o implementarse la investigación de la misma.

El mismo autor escribe una Breve reseña de la investigación de la paternidad en la legislación francesa y en el derecho comparado

“Por ser el Código francés guía habitual del nuestro, es interesante ver la manera como dicho Código y la legislación posterior a él tratan esta materia.

En el periodo anterior a la Revolución, se aceptaba la investigación de la paternidad en forma bastante liberal, aun la confesión de la madre era suficiente para establecerla. La legislación revolucionaria otorgo los mismo derechos a los hijos legítimos y a los ilegítimos de ahí que, cumpliendo la ley histórica observada por Colin y Capatant, el legislador prohibió la investigación.

Vino después la dictación del Código francés, el que no obstante hacer una clara diferencia entre los hijos legítimos y los ilegítimos, conservo en su artículo 340 la prohibición de investigar la paternidad ilegítima. En la dictación de este precepto tuvo ingerencia decisiva Napoleón Bonaparte, en aquel tiempo Primer Cónsul, que, como es sabido, intervino activamente en la discusión del Código. Napoleón era enemigo de la investigación de la paternidad natural. Suyas son las palabras tan tristemente célebres “La sociedad no tiene interés en que los bastardos sean reconocidos”, palabras que, por desgracia, pesaron demasiado en el animo de los demás redactores del Código.

Apenas dictada la prohibición ella fue objeto de duras cerneas no solo de parte de los juristas, sino en general de la opinión ilustrada del país. Ello trajo como consecuencia que los tribunales buscaran una puerta de escape a fin de paliar los efectos de la prohibición. Para ello recurrieron á la responsabilidad delictual, argumentando que el hombre que embarazaba a una mujer y la hacia madre,

cometía un delito o un cuasidelito civil que, de acuerdo con, el artículo 1,382 del Código francés, lo obligaba a indemnizar los perjuicios causados. Naturalmente, que en el juicio para nada se mencionaba la paternidad ilegítima, y la indemnización se exigía al hombre, no invocando su calidad de padre, sino como autor del embarazo.

Posteriormente, el peso de la opinión pública trajo como consecuencia que el 16 de noviembre de 1912, se dictara una ley que reformó el artículo 340, derogando la prohibición y aceptando que se investigara la paternidad ilegítima en ciertos y determinados casos.

Las demás legislaciones han aceptado en general y con mayor o menor amplitud el principio de la investigación de la paternidad ilegítima. Hoy en día es este un principio universal, de manera que ya el problema es cuestión del pasado.

En lo único que discrepan las legislaciones es en la amplitud con que aceptan la investigación de la paternidad ilegítima. La mayoría la acogen en virtud de causales especiales, como lo hace el artículo 340 del Código Francés después de la reforma enunciada, el Código Italiano (artículo 269), el español (artículo 135), el brasileño (artículo 363), etc. Estas causales son mas o menos las mismas que actualmente contempla nuestra legislación para el reconocimiento de hijo natural y de hijo simplemente ilegítimo. Sin embargo, hay una de mucho interés que no existe en nuestro Código y que podría introducirse: cuando la paternidad resulta de un matrimonio nulo, y el hijo no tenga la calidad de legítimo.

Otras legislaciones van más allá y no señalan causal alguna para el establecimiento judicial de la filiación ilegítima pudiendo en consecuencia, usarse todos los medios de prueba para acreditar la calidad del hijo natural.

Entre ellas ocupa lugar destacado el Código Argentino que estableció este principio avanzado ya en el siglo pasado. Pertenecen también a este tipo de legislaciones los Códigos Alemán, Suizo, las legislaciones de Inglaterra y EE. UU., etc.”<sup>15</sup>

Se desprende de la reseña en el código francés, no se mencionaba la palabra paternidad legítima, sino en reiteradas ocasiones se repite la palabra indemnización al autor del embarazo, ya que en ningún momento se invocaba la calidad de padre.

En el derecho comparado su jurisprudencia abarca las diligencias de la investigación de la paternidad ilegítima variando simplemente el nombre ya que en el fondo la diligencia es la misma, en la actualidad y en nuestra legislación, específicamente me refiero al Código de la Niñez y de la Adolescencia, el mismo que entro en vigencia a partir del año 2003, ya establece una forma moderna de establecer la paternidad a través del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirrevonucleico (ADN), que no es otra cosa que un examen en el cual asisten la madre, el hijo y el supuesto padre, esta manera científica es un medio de utilización que ha coadyuvado para declarar la paternidad de un hijo, a través de un requerimiento judicial, convirtiéndolo al trámite en sumario, lo que facilita la investigación y consecuentemente beneficia los intereses del alimentante.

## **2.5 CONCEPTO DE PATERNIDAD.**

Anbar en el Diccionario y Guía de la Normativa de los Códigos Civil y Procedimiento Civil conceptualiza a la paternidad puntualizándola que: “La paternidad es considerada Vínculo natural y legal que une al padre con su hijo.

---

<sup>15</sup> *Ibíd*em, Pág. 501

También podemos mencionar a la Paternidad Civil, que es la creada por la adopción para el adoptante masculino”.<sup>16</sup>

El concepto que está en el párrafo precedente es por demás escueto, lo que nos limita en su comprensión, ahora veamos lo que nos dice Escriche: “Las palabras paternidad y filiación, indican calidades correlativas; esto es, aquélla la calidad de padre, y ésta la calidad de hijo. La paternidad y la filiación son de tres maneras: 1ra. Naturales y civiles, con respecto al padre y a los hijos nacidos de legítimo matrimonio; 2da. Naturales solamente, con respecto al padre y a los hijos nacidos fuera de matrimonio; 3ra. Solamente civiles, con respecto al padre y a los hijos adoptivos. La paternidad no puede demostrarse porque no hay ninguna señal con que la naturaleza indique cuál es el padre de un hijo, y como es indispensable al orden social que conste una calidad de tan importantes consecuencias, se ha escogido a falta de indicios ciertos y seguros, la presunción más próxima a la prueba, cual es la que resulta del matrimonio; de modo que el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de su madre. Esta presunción legal se apoya tanto en la cohabitación de los esposos como en la fidelidad que se tienen prometida, y no puede atacarse sino en ciertos casos. Mas cuando no media matrimonio, ¿cómo podrá probarse la paternidad y filiación? De dos maneras: por la declaración del padre, y por el concubinato de éste con la madre”.<sup>17</sup>

Este autor hace una breve clasificación en los cuales la primera los agrupa en naturales y civiles, los segundos, naturales y tercera solamente civiles, con respecto a la primera se refiere a los hijos que han nacido dentro del matrimonio debidamente constituido, como lo hemos visto ya en el capítulo

---

<sup>16</sup> ANBAR, 2006, Leyes Civiles, Diccionario y Guía de la Normativa de los Códigos Civil y Procedimiento Civil, Volumen III, Segunda Edición, Pág. 166

<sup>17</sup> ESCRICHE Joaquín, 1998, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo I, Pág. 394

anterior; los hijos solamente naturales tiene alusión a los que nacen fuera del matrimonio y que en la antigüedad eran conocidos con el nombre de ilegítimos; y, todos aquellos que son hijos adoptivos se refiere a los civiles.

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas menciona que: "en lo eclesiástico, tratamiento que en algunas religiones dan los religiosos inferiores a los padres condecorados de su Orden, y que los seculares dan por reverenda a todos los religiosos en general, considerándolos como padres espirituales.

Influido por los prejuicios de su época y por la falta de proceso científico en algunas materias, no es de extrañar que a Escriche escapara algún medio de orientación en cuanto a la paternidad como el procedente del análisis de los grupos sanguíneos; si bien ofrecen tan sólo una prueba negativa en el caso más concreto: es decir, que determinada persona no es el padre de tal otra, sin afirmar que el posible por la sangre sea el efectivo por los hechos. No obstante, en algunos casos esto constituye la prueba plena, si se duda entre dos o pocos más y sólo uno proporciona el análisis convincente en lo genésico".<sup>18</sup>

Para evitar la reiteración expositiva, el contenido de La paternidad, o sea los derechos y obligaciones derivados de la misma, se exponen en la voz fundamental Padre y en sus numerosas especies y en la de Patria potestad.

Manuel Somarriva en cambio dice que: "A diferencia de la maternidad, la paternidad no es un hecho tangible susceptible de prueba directa, es en realidad un hecho complejo que, para acreditarlo, el legislador nuevamente se ve obligado a recurrir a las presunciones.

---

<sup>18</sup> CABANELLAS, GUILLERMO, 1983, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V

La presunción de paternidad la establece el inciso primero del artículo 233 del Código Chileno, que dice: “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido con él y tiene por padre al marido”.

El precepto citado encierra dos presunciones: en su primera parte repite. La presunción de la concepción que contempla el artículo 76 y después enuncia la presunción de paternidad.

Esta presunción de paternidad viene desde antiguo y los romanos la condensaban en las siguientes palabras: “Pater is est quem nuptiae demonstrant”; lo que equivale a decir que se presume que el hijo nacido después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio tiene por padre al marido de la madre. Mas corto los autores también se refieren a esta presunción denominándola “pater is est”.

La presunción de paternidad; descansa sobre, dos hechos que supone el legislador: la cohabitación que ha seguido entre los cónyuges después del matrimonio y la fidelidad de la mujer al marido.

De lo expuesto resulta que, la paternidad, es decir el cuarto elemento de la legitimidad, surge después de producidos los otros tres. En efecto, primero tenemos que una mujer da a luz un hijo (maternidad), después que esta mujer se halla casada (matrimonio), en seguida que el hijo ha nacido después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio (concepción dentro del matrimonio); y de estos hechos la ley deduce que el marido de la mujer es el padre del hijo. <sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 1988, Derecho de Familia, Tomo II, Pág. 397-398

El comentario que hace el autor con respecto a la legislación chilena, tiene más objetividad, ya que incrementa circunstancias como las de dar a luz un hijo, que obviamente es la maternidad, cita otra circunstancia que se refiere al matrimonio, hace referencia a una tercera circunstancia en que el hijo haya nacido después de los ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio, por lo tanto de esta deducción se colige que el padre del hijo es el marido de la mujer.

Con este comentario más acertado nos vamos adentrando al tema mismo que es objeto de este trabajo de investigación, ahora veamos los elementos constitutivos que conforman el nombre.

## **2.6 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL NOMBRE.**

Veamos varios conceptos de lo que significa la definición de nombre, al respecto Anbar alude que “El nombre es la palabra que se da a los objetos o a sus cualidades para hacerlos conocer y distinguirlos de otros. Título de una cosa por el cual es conocido. “designación oficial de una persona, que la individualiza frente a las otras en la convivencia social. Autoridad poder o virtud con que se ejecuta alguna cosa por otra como si el mismo la hiciera”.

El nombre es: "uno de los elementos jurídicos de la personalidad. La manera jurídica de designar a un ente del derecho. Hay nombres impuestos (el de familia) o arbitrarios (el de una sociedad anónima). No se puede, sin autorización de la justicia, cambiar de nombre".<sup>20</sup>

De manera concreta el autor se refiere a la definición de nombre como la designación oficial de una persona que la individualiza frente a las otras en la

---

<sup>20</sup> ANBAR, 2006, Leyes Civiles, Diccionario y Guía de la Normativa de los Códigos Civil y Procedimiento Civil, Volumen II, Segunda Edición, Pág. 767

convivencia social, concepto éste que no requiere de mayor comentario puesto que en forma concisa y precisa lo explica todo.

El conocido tratadista Planiol en el Tratado Elemental de Derecho Civil expresa que: “Los elementos constitutivos de la designación legal de las personas en la actualidad sólo son dos: el apellido o nombre patronímico y el nombre de pila. Pero debemos referirnos también a los apodos, pseudónimos, títulos de nobleza y a la partícula.

Del nombre patronímico

*Definición.-* El apellido no es propio de una persona determinada, sino común a todos los miembros de la familia que desciende, por la línea masculina, del mismo autor. Es elemento *hereditario* del nombre, el que indica la filiación; por ello se le llama “*nombre patronímico*”, o “*nombre de familia*”. Corresponde al “*gentilitium*” romano.

El apellido fue definitivamente fijado por decreto en el que prohibió los cambios de nombre. Por tanto, para determinar el nombre de una familia es necesario, en caso de duda, remontarse en línea recta y buscar la forma exacta del nombre en los documentos más antiguos.

Numerosos juicios se llevan ante los tribunales sobre la determinación exacta y la ortografía del nombre familiar. Estas discusiones se refieren principalmente a la *partícula*, y también a los *nombres de tierra* y a los *sobrenombres de familia*.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> PLANIOL Marcele y RIPIERT Georges, 1981, Tratado Elemental de Derecho Civil, Pág. 178

En el sentido amplio de la palabra este autor ya hace una diferenciación de lo que es el nombre y el apellido; el nombre se origina a consecuencia del nacimiento lo que el apellido es un patrimonio hereditario que es común en todos los miembros de la familia y que va de generación en generación.

Escriche dice que en cuanto al nombre de las personas, “hay entre nosotros dos elementos que lo constituyen y que sirven para designar a las personas, estos son *el nombre de pila* y el de *familia o linaje*; el de pila es el de algún santo o santa que el padrino o madrina dan a la criatura cuando la presentan para el bautismo; y el de linaje o familia, que comúnmente se dice apellido, es el que de padres a hijos se transmiten a todos los descendientes y a todas las ramas de la familia para distinguirlos de las otras. El que muda su nombre o toma el ajeno, incurre como falsario en la pena de destierro perpetuo y confiscación de sus bienes, no teniendo descendientes o ascendientes que los hereden, con tal empero que lo haga con el fin de engañar o perjudicar a otro, pues si lo hiciere por diversión o por salvarse de algún peligro no merece pena”.<sup>22</sup>

Este autor hace referencia al nombre de pila y al de linaje y las consecuencias y efectos que originan el tomarse apellidos que no son de su descendencia, cuya pena produce el destierro y la confiscación de bienes, en la actualidad estas sanciones han quedado en letra muerta ya que se derivan a las acciones legales en otro sentido.

El nombre de pila como lo califican los autores se refiere al nombre de algún santo o padrino o madrina con el que diferenciara a una persona del resto, lo que no ocurre así con el apellido que es un patrimonio que se lo adquiere en el seno de una familia y que lo hacen común entre sus miembros y se diferencia del resto de familias.

---

<sup>22</sup> ESCRICHE Joaquín, 1998, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Pág. 289

**Capítulo III**  
**LOS HIJOS**  
**LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS**

## CAPITULO III

### LOS HIJOS LEGITIMOS E ILEGITIMOS

#### 3.4 ETIMOLOGÍA

Para tener mayor conocimiento de causa y saber de donde proviene la palabra hijo con respecto a su etimología y poder avanzar en nuestra investigación ampliando nuestros discernimientos acerca del tema que he propuesto, me permito transcribir de la obra denominada Diccionario y Guía de la Normativa de los Códigos Civil y Procedimiento Civil de Anbar el siguiente extracto: “Dícese también *noto* el hijo ilegítimo. *Notho* es la palabra griega, que significa propiamente todo lo que no es conforme al orden, y se aplica al hijo que no ha nacido de legítimo matrimonio, siendo también así como la entiende el diccionario de la lengua castellana por la Academia. Muchos sin embargo, la toman en una acepción más reducida; unos la aplican a los espurios, excluyendo a los naturales; otros tan solo a los naturales; algunos la limitan a los que nacen de padres conocidos y hábiles para contraer matrimonio, sin que hayan vivido en concubinato”.<sup>23</sup>

#### 3.5 CONCEPTO

Acerca del concepto del vocablo hijo Anbar expresa lo siguiente: “El hijo es el descendiente en primer grado de una persona; es el vínculo familiar entre un ser humano y su padre o madre. La filiación determina una serie de derechos y obligaciones. Por el nacimiento la ley concede al hijo/a el derecho a alimentos y a otras medidas de cuidado y protección que los padres deben dar; los niños/as

---

<sup>23</sup> ANBAR, 2006, Leyes Civiles, Diccionario y Guía de la Normativa de los Códigos Civil y Procedimiento Civil, Volumen II, Segunda Edición, Pág. 316

tienen derecho a un nombre y usar los apellidos paternos y maternos; a ser inscritos en el Registro Civil;

Los hijos/as adolescentes requieren de la autorización de los progenitores para el matrimonio; los hijos mientras se hallen bajo la patria potestad tienen el domicilio legal de los padres; existe corresponsabilidad del padre y la madre en el desarrollo integral y protección de los derechos de sus *hijos e hijas comunes*; las leyes señalan los derechos y deberes recíprocos entre los progenitores y sus *hijos* ; el padre o la madre administrarán los bienes de los hijos menores, salvo que éstos hubiese adquirido los bienes con esfuerzo propio y vivan independientemente, o exista la prohibición del donante o testador de que los padres administren lo donado o dejado; en caso de separación conyugal las leyes establecen el régimen de protección para los hijos no emancipados; en la sucesión *mortis causa* los hijos tienen un papel primordial, pues son herederos *ab intestato* y legítimos.

En la relación paterno filial se puede producir en el campo penal, la muerte dada al hijo o por éste al padre configura el delito de parricidio; existen otros delitos como el infanticidio el aborto, el incesto, explotación sexual etc.

En general las legislaciones han señalado a los hijos distintas calificaciones legales, dependiendo de la situación de sus progenitores en el momento de la concepción y del nacimiento; principalmente según que esas circunstancias ocurriesen dentro o fuera del matrimonio. Así tenemos: el hijo adoptivo que es el que se incorpora a una familia que le adopta luego de cumplir los requisitos exigidos por la ley y cuyos derechos y obligaciones no difieren del hijo biológico; el hijo incestuoso el que procede de una unión ilícita entre consanguíneos o afines dentro de los grados que les impide contraer matrimonio; hijo póstumo el que nace luego de fallecer el padre o la madre; el

hijo de familia el que está sometido a la autoridad paterna o tutelar; el hijo emancipado por decisión del que ejerce la patria potestad, o por el matrimonio o actividades del comercio, según las normas legales.

En el campo procesal los padres son los representantes legales de los hijos menores y pueden ejercer por ellos toda clase de acciones. La nueva doctrina de protección a los niños, niñas y adolescentes establece los deberes y las responsabilidades que tienen los padres con respecto a los hijos para lograr su desarrollo y formación integral como seres humanos aptos y solidariamente capacitados para vivir dentro de una sociedad. En contra parte los hijos tienen la obligación, a su vez, de respetar y ayudar a sus padres.

El Estado asume la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos. Esa responsabilidad se manifiesta desde el hecho de educar y propugnar la maternidad y la paternidad responsable; luego garantizar el derecho de la personas a decidir sobre el número de hijos que pueden procrear, adoptar, mantener y educar, en corresponsabilidad materna y paterna.<sup>24</sup>

En este concepto de hijo, se refiere al primer descendiente de una persona sea este padre o madre se establece el conjunto de derechos que adquiere el hijo en su calidad de heredero, principalmente desde que nace al derecho a los alimentos, de igual manera la filiación origina el conjunto de obligaciones que tanto los padres como los hijos se deben entre sí, generando la institución jurídica denominada patria potestad que en su contexto es amplísimo y es tema de otra investigación.

---

<sup>24</sup> *Ibíd*em, Pág. 317

Al margen de otras circunstancias que se encuentran fuera del matrimonio los derechos y obligaciones de los que hacemos mención son para las dos partes, sin olvidar que los representantes legales de los hijos pasan a ser directamente sus padres siempre y cuando estos sean menores de edad, otra institución jurídica que es la adopción también tiene sus particularidades respecto a la legalidad de la misma, sin que esto afecte dichas relaciones en que se incluyen los derechos y obligaciones.

La actual Constitución Política del Estado en concordancia con el Código de la Niñez y de la Adolescencia y del Código Civil, guardan relación en los principios y garantías de protección de los niños, niñas y adolescentes en el que se establece los mismos derechos y obligaciones que hemos hecho mención, haciendo énfasis en que prevalece por sobre toda norma legal el interés superior del niño para su completo desarrollo integral.

## **HIJO LEGÍTIMO**

Antes de analizar los hijos concebidos en matrimonio de conformidad a nuestra legislación ecuatoriana me permito hacer un análisis del código civil chileno en cuyo artículo pertinente dice: “El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo. Lo es también el concebido en matrimonio nulo en los casos señalados en el artículo 122 del mismo código”

Con los elementos que nos da el precepto transcrito, podemos construir la definición del hijo legítimo, y decir que es tal, el concebido en el matrimonio válido de sus padres, en el matrimonio putativo o simplemente nulo siempre que la causal de nulidad sea la incompetencia, del Oficial del Registro Civil, no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o la inhabilidad de estos.

Así resulta de relacionar el concepto del art. 179 con la disposición del art. 122 a que se remite el primero. Ya vimos precisamente, al tratar el matrimonio putativo que este en sus orígenes tuvo como razón de ser amparar la legitimidad de los hijos, y veremos que el legislador a raíz de la modificación que la ley N° 10,271, de 2 de abril de 1952, hizo a estos dos preceptos, fue aun mas lejos, dando el carácter de legítimos a los hijos concebidos en el matrimonio simplemente nulo de los padres, siempre que la nulidad se haya declarado por las causales enumeradas.

Es interesante destacar que el legislador para calificar a un hijo como legítimo exige que exista matrimonio de los padres a la época de la concepción y no al momento del nacimiento. Ello se explica porque la concepción es la que marca el comienzo de la existencia natural.<sup>25</sup>

El precepto estipulado en el Código chileno en el cual el autor hace referencia es preciso al mencionar que hijo legítimo es aquel que ha sido procreado dentro de la institución del matrimonio, sin dejar de lado que no obstante a este particular haya una sentencia ejecutoriada que señale que dicho matrimonio sea nulo.

Con pleno rigor Guillermo Cabanellas expresa que “el nacido de legítimo matrimonio y concebido por los padres con posterioridad al mismo. Dificultades probatorias y la benevolencia del legislador para con la familia han llevado a extender el concepto. Con sobrada cautela o malicia, no afirma quiénes son hijos legítimos, el Código Civil español. Y se reduce a decir que: Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los 300 días siguientes a su disolución o

---

<sup>25</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 1988, Derecho de Familia, Tomo II, Pág., 392

a la separación de los cónyuges. Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

Cabe consignar que el plazo anotado de 300 días, terminante en la ley, es injusto y poco científico. El Código Civil portugués, más avanzado en este sentido, no lo admite; pues se ha observado que puede nacer una criatura después de los 300 días de la concepción, extremo probado científicamente.

Puede, por tanto, decirse que el hijo legítimo es el que ha sido procreado por padres unidos en legítimo matrimonio. El Código Civil alemán da una definición bastante exacta en su art. 1.591: El hijo nacido después que el matrimonio ha sido contraído es legítimo cuando la mujer lo haya concebido antes del matrimonio o durante él, si el marido ha cohabitado con la mujer durante el tiempo de la concepción. No es legítimo cuando resulta manifiestamente imposible, según las circunstancias, que la mujer haya concebido por obra de su marido.

Se presume que éste ha cohabitado con su mujer durante el tiempo de la concepción. Si la concepción se remonta a época anterior al matrimonio, la presunción no vale más que si el marido ha fallecido sin haber impugnado la legitimidad del hijo.

Además, también se presume legítimo el hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias:

1. Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.

2. Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz.
3. Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente” (art. 110 del Código Civil español).

Los propios de los hijos legítimos son:

1. Llevar los apellidos del padre y de la madre.
2. Recibir alimentos de los mismos y en el sentido legal más amplio; o los restringidos, cuando se los hayan de prestar sus hermanos.
3. A la legítima, en caso de sucesión testamentaria; y a la totalidad de la herencia, en caso de sucesión intestada, salvo el derecho de representación.

Prueba.- La filiación legítima se prueba por el acta de nacimiento del Registro Civil, por documento auténtico o por sentencia firme; a falta de tales títulos se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo e incluso por cualquier otro medio, siempre que exista un principio de prueba por escrito que provenga de ambos padres, conjunta o separadamente.

Como complemento de este artículo, especialmente el referente a hijo e hija en general; ya que las leyes, de no especificar, se refieren principalmente a los hijos legítimos cuando de hijos hablan. Además, Hijo ilegítimo y natural”.<sup>26</sup>

Extenso y poco explicativo el aporte que hace Guillermo Cabanellas al definir el concepto de hijo legítimo, además hace una breve comparación del concepto estipulado dentro del código civil español, portugués y alemán; y, que en

---

<sup>26</sup> CABANELLAS, GUILLERMO, 1983, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II

definitiva el fondo mismo de estos conceptos indican que hijo legítimo es aquel que ha nacido dentro del matrimonio.

Veamos ahora el comentario de Escriche que en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia nos dice que Hijo legítimo es: “El nacido de matrimonio legítimo, esto es, de matrimonio celebrado con arreglo a las leyes y cánones, y por consiguiente válido y verdadero; el habido de matrimonio putativo, esto es, de matrimonio celebrado en faz de la Iglesia con impedimento dirimente que ignoraban ambos conyugues, o al menos uno de ellos; y el que habiendo nacido de padre y madre que no estaban casados entre sí, se legitima después por el subsiguiente matrimonio.

No faltan sin embargo autores que tienen al hijo por capaz del beneficio de legitimación cuando su padre y su madre, de los cuales el uno se hallaba casado con otra persona en el momento de su concepción, se encuentran libres ambos al momento de su nacimiento, y con más razón, si en esta última época están legítimamente unidos entre sí con el vínculo del matrimonio. Pretenden estos autores que para fijar el estado del hijo no debemos atender al tiempo de su concepción sino en cuanto le sea ventajoso; y que si le fuera más útil que se tome en cuenta el tiempo de su nacimiento, a esta época únicamente y no a la de su concepción habremos que atenernos.

Es por esto que se puede decir que ningún hijo, aunque haya sido concebido de adulterio, puede reputarse ilegítimo antes de nacer, porque nadie es capaz de una calidad mientras no exista; y si al tiempo de nacer se hallaren sus padres legítimamente casados, puede ya decirse que nace de legítimo matrimonio, y es por lo tanto hijo legítimo, pues la ley llama hijo legítimo a los que nacen de padre y madre que están casados verdaderamente.

Los hijos legítimos están bajo la patria potestad hasta que esta se extingue por cualquiera de los modos designados en las leyes; tienen derecho a ser alimentados y educados por sus padres según su rango y facultades, así como tienen obligaciones de alimentar y socorrer a los mismos padres que se hallaren en caso de necesidad”.<sup>27</sup>

Este autor hace un comentario minucioso del concepto de hijos legítimos al detenerse en el concepto de matrimonio y las circunstancias con las que le declaran válido o nulo, a continuación se refiere a los hijos que están dentro de los derechos y obligaciones que tienen los padres y que no es otra cosa que la patria potestad, a más de las obligaciones morales que como padres e hijos deben mantenerse entre sí.

Nuestra legislación ecuatoriana en su artículo 233 del Código Civil dice: “el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en el, y tiene por padre al marido. El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el Art. 62 pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer”<sup>28</sup>

Como podemos apreciar este concepto legal no está lejos de las estipulaciones de los códigos de los cuales los autores que hemos citado han hecho referencia, con cautela no se dice hijos legítimos o ilegítimos en nuestra legislación, simplemente se refieren aquellos que nacen dentro del matrimonio, particularidad ésta que se ciñe a los preceptos de legislaciones modernas en la que no existe una clasificación de hijos, ya que todos son iguales ante la ley.

---

<sup>27</sup> ESCRICHE Joaquín, 1998, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo I, Pág. 416

<sup>28</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art. 233, Pág. 36

## HIJOS ILEGÍTIMOS

En un sentido muy amplio se dice que hijo ilegítimo es todo aquel que no es legítimo, es decir, al que no ha sido concebido dentro del matrimonio de sus padres, ni tampoco ha sido legitimado posteriormente.

La terminología es bastante fluctuante. Hoy se usan poco las expresiones “bastardo”, “mancer”, “hijos de ganancia”, “espúreos”, etc., muy generalizadas en leyes antiguas. Predominan en la doctrina y en las leyes de diversos países los nombres de “hijo natural” y de “hijo ilegítimo”. Estas dos palabras a veces son sinónimas, otras veces designan clases especiales de hijos extra-matrimoniales, y no siempre con el mismo contenido, como se verá pronto.

Dentro del código Civil chileno con un criterio propio y original distingue entre los hijos naturales y los hijos ilegítimos. El concepto de estos deriva del artículo 280, inciso 1º: El hijo ilegítimo que no tenga la calidad de natural solo tendrá derecho a pedir alimento del padre o madre, o de ambos”, en los casos que enumera el precepto. Son hijos ilegítimos, en consecuencia, aquellos que, nacidos fuera de matrimonio, no han sido reconocidos o no han obtenido el reconocimiento de sus padres como naturales.

Ahora bien, dentro de los hijos ilegítimos cabe distinguir todavía entre los que no han obtenido ninguna clase de reconocimiento, que podríamos denominarlos hijos simplemente ilegítimos, y los que han obtenido reconocimiento por su padre o madre para el solo efecto de pedirle alimentos.

De los hijos ilegítimos trata el Título XIV del Libro 1, bajo el epígrafe “De los hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente”. Tal epígrafe contiene un evidente error, pues en el solo Código el reconocimiento de hijo natural era

siempre solemne, de manera que al hablar el Título XIV de hijos legítimos no reconocidos solemnemente lo hacia en contraposición al reconocimiento de hijos naturales que era siempre solemne. Hoy día el reconocimiento de hijo natural por sentencia judicial no es solemne. De donde resulta que estos hijos naturales quedan comprendidos en la denominación de hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente. De todo lo dicho se desprende que debió haberse cambiado por la ley N° 10,271 el epígrafe del título y con mayor propiedad referirlo a los hijos simplemente ilegítimos.

De lo expuesto se deduce que entre los hijos naturales y los hijos ilegítimos que han obtenido reconocimiento existe una doble diferencia: en primer lugar el reconocimiento de hijo natural puede ser voluntario o forzado; el de hijo ilegítimo es siempre de esta última clase. Con el actual sistema del Código todo reconocimiento voluntario da al hijo la calidad de natural. En seguida, el reconocimiento de hijo ilegítimo produce un solo efecto: el de permitirle demandar alimentos.<sup>29</sup>

En muchos países, como Chile, Colombia, Argentina, etc. se llama “natural” al hijo nacido fuera de matrimonio y que haya sido reconocido por uno o ambos padres. El no reconocido se suele calificar “simplemente ilegítimo”. En el Ecuador, desde 1935, se sigue precisamente la nomenclatura contraria a esta tan generalizada, y por tanto, para nosotros, son hijos ilegítimos los reconocidos, dándose el calificativo de naturales (por la doctrina, no por la ley), a los que siendo concebidos fuera de matrimonio no han obtenido el reconocimiento de los progenitores.

---

<sup>29</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 1988, Derecho de Familia, Tomo II, Pág., 542-543

En tiempos pasados se consideraban a los hijos ilegítimos a los que han sido reconocidos voluntariamente como tales por su padre o madre, o por ambos; o aquellos que han sido declarados tales por resolución judicial”. Debemos sobrentender, desde luego, que se refiere a personas concebidas fuera de matrimonio, ya que cabe también una especie de reconocimiento del hijo legítimo, que consiste precisamente en no repudiarlo; por esto, el marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo. Pero esta especie de reconocimiento del hijo legítimo, como es obvio, no le convierte en ilegítimo, no le incluye en la definición, un tanto imprecisa que antecede.

Por otra parte, la declaración judicial, consiste en afirmar que una persona tiene tal padre o tal madre respecto de los cuales es hijo ilegítimo, y no se trata de una declaración abstracta de ilegitimidad, como puede hacer pensar la redacción de este artículo. Todo hijo ilegítimo tiene uno o ambos padres ilegítimos, y no se declara a nadie simplemente hijo ilegítimo, sin relación de paternidad concreta.

Ahora bien, Guillermo Cabanellas en un sentido amplio lo define como “el que no ha nacido de justas nupcias. Estrictamente, el nacido de padres que no podían contraer matrimonio ni en la época de la concepción ni al tiempo de nacer el hijo, por lo cual se distinguen los propiamente ilegítimos de los naturales, los concebidos por padres que podían contraer matrimonio entre sí.

La condición de los hijos ilegítimos, cuando en realidad se trata de padres ilegítimos, ha sido en todas las épocas, aunque en la moderna se vaya atenuando tal situación y casi extinguiendo, una de las condiciones más tristes e injustas ante el Derecho y la sociedad en general.

En el Derecho español no existe definición de los hijos ilegítimos; y por tanto ha de entenderse que no son ni los legítimos, comprendidos o definidos en los

arts. 108 a 110, ni los naturales, cuyo concepto se incluye en el art. 119 del Código español.

Régimen jurídico. El hijo ilegítimo no tiene derecho al apellido paterno. La patria potestad es ejercida por la madre, cuando fuere legalmente conocida, y ella ha de conceder o negar el consentimiento para el matrimonio de su descendiente.

Los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales no tienen otro derecho, con respecto a sus padres, que el de pedirles los alimentos legales restringidos; o sea, los auxilios necesarios para la subsistencia, la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio. Para ejercer ese derecho de alimentos se requiere: 1° que la paternidad o maternidad se infiera de una sentencia firme dictada en proceso criminal o causa civil; 2° que la paternidad o la maternidad resulte de documento indubitado del padre o madre, en que expresamente reconozcan la filiación; 3° respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Como todo derecho sucesorio, a los hijos ilegítimos que no sean naturales sólo se les reconoce el derecho a alimentos. La obligación del que haya de prestarlos se transmitirá a sus herederos, y subsistirá hasta que los hijos lleguen a la mayor edad; y en caso de estar incapacitados, mientras subsista la incapacidad”.<sup>30</sup>

Este autor hace su comentario en forma extendida, cuando lo correcto y para mi criterio personal, lo más lógico sería deducirlo diciendo que los hijos ilegítimos son lo contrario de los legítimos, de esta manera estamos abordando

---

<sup>30</sup> CABANELLAS, GUILLERMO, 1983, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Decimasexta Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina.

en nuestro aporte que si los hijos legítimos son procreados dentro del matrimonio, los hijos ilegítimos son concebidos de aquellos padres que no están casados entre sí, de esta premisa se desprende todo el comentario que hace Guillermo Cabanellas.

### 3.6 CLASIFICACIÓN

#### HIJO ILEGÍTIMO

Dentro del concepto genérico de hijos ilegítimos, si bien actualmente sólo se tengan en cuenta las dos clases antes indicadas, se distinguen en la doctrina y se diferenciaban en las antiguas leyes las especies siguientes:

- **Los adulterinos.-** Los habidos de adulterio, Y ¿Qué es el adulterio? No es otra cosa que el concúbito o acceso de un hombre con una mujer que se encuentra casada con otro. Igualmente son hijos adulterinos los habidos de mujer casada con hombre que no sea su marido; también en nuestro derecho patrio se califica de adulterino al hijo habido por hombre casado en mujer que no lo es. En el derecho canónico es el hijo habido de personas ligadas, a lo menos una, con el vínculo del matrimonio al tiempo de la concepción.
- **Los bastardos.-** Comprende a todos los hijos habidos fuera del matrimonio bajo la denominación común y genérica de bastardos o ilegítimos usando de ambas palabras como sinónimos o expresivas de un mismo significado. Sin embargo unos autores aplican exclusivamente el nombre de bastardos a los hijos habidos de padres que no podían casarse entre sí al tiempo de la concepción ni al del nacimiento. También son los

que engendra una mujer libre con un hombre casado; incestuosos, los procreados por parientes que tienen prohibido el matrimonio;

- **Nefarios**, los procreados entre ascendientes y descendientes;
- **Mánceres**, El hijo espurio de ramera pública o dicho de otra manera, los dados a luz por prostitutas o mujeres de frecuente comercio carnal con distintos hombres; y los sacrílegos, los concebidos por persona ligada por votos solemnes de castidad. Algunas de estas clases poseen matices, detallados en las voces respectivas. El nombre de máncer es bárbaro, según afirma Conano, y no puede ser descifrado sino por aquellos de cuya lengua se ha tomado. Sin embargo este término se compone de las palabras latinas mania y scelus, y que significa pecado infernal, aunque otros dicen que máncer es lo mismo que mancillado.

Cabe sumar ilegitimidades, cuya resultante sitúa en lo peor. En el supuesto aberrante de que un sacerdote tuviera prole con una hija suya, casada y prostituta, el engendro sería sacrílego, incestuoso, adulterino y máncer.

## **HIJO LEGÍTIMO.**

Legalmente existen tres clases de hijos legítimos:

1. Los concebidos por los cónyuges con posterioridad a la celebración del matrimonio;
2. Los concebidos antes de la celebración del matrimonio y nacidos después de contraído;
3. Los legitimados por subsiguiente matrimonio, que se equiparan en absoluto a los legítimos, y que son los concebidos y nacidos antes de casarse los

padres que habrían podido hacerlo en la época de concebir al hijo o en la de nacer éste.

Todavía cabría agregar una especie más, la del hijo adulterino, que ha de ser considerado legítimo en un rigor excesivo de la ley: tal es el caso del art. 109 del Código Civil español, que presume legítimo al hijo nacido después de 180 días de contraído el matrimonio y antes de los 300 días de su disolución, aunque la madre hubiere declarado contra su legitimidad o aun cuando hubiese sido condenada como adúltera.<sup>31</sup>

Es menester indicar que en la actualidad en varias legislaciones modernas de países europeos como latinos no existe una clasificación de los hijos, ya que son considerados como tales los que nacen dentro del matrimonio, así como los que son concebidos fuera de él.

La clasificación que me he permitido hacer, es para tener mayor conocimiento de causa del tema que estamos tratando y a partir de este antecedente tener un enfoque generalizado de la trayectoria del concepto y la clasificación de los hijos, y como antiguamente se los consideraba según sus progenitores, y como a través del tiempo ha ido cambiando la figura jurídica respecto a este particular.

---

<sup>31</sup> ibídem, Vol. IV. Pág. 277

**Capítulo IV**  
**CASOS DE INVESTIGACIÓN DE LA**  
**PATERNIDAD**

## **CAPITULO IV**

### **CASOS DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

#### **4.2 LOS CINCO CASOS DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.**

En la obra denominada Tratado Elemental de Derecho Civil de Planiol y Ripert ellos expresan que “La intención de la ley no ha sido admitir la investigación de la paternidad sino en los casos en que parezca posible una prueba cierta. Como no puede haber una prueba directa de la paternidad, ha sido necesario apoyarse en una confesión del padre, expresa o tácita, o en una presunción muy grave. Se han establecido así cinco casos de investigación, limitativamente enumerados por la ley.

La acción intentada debe referirse al o a los casos de investigación invocados por el actor. Pero basta que los hechos indicados en la citación permitan al juez advertir que procede la investigación sin que sea necesario precisar el caso invocado. Por otra parte, quien invoca un caso previsto por la ley, puede derivar todas las pruebas que le sean útiles de los otros hechos, aunque no haya podido fundar su acción en ellos, por haber expirado los plazos”.<sup>32</sup>

Según el artículo 253 del Código Civil ecuatoriano la paternidad puede ser declarada en los siguientes casos:

---

<sup>32</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, 1983, Tratado Elemental de Derecho Civil, Pág. 109

#### **4.2.1 Si, notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el Juez, si cree ser tal padre lo confiesa expresamente.**

“Si notificado el supuesto padre a petición del hijo u obviamente a petición de quien lo represente, ante el juez, si cree ser el padre, lo confiesa expresamente. Para usar de esa modalidad se recurre a la confesión judicial. Si el confesante reconoce la paternidad, el juez dicta sentencia declarando la paternidad del confesante respecto al hijo y ordena la suscripción al margen de la partida de nacimiento.

La confesión ficta no produce el efecto del reconocimiento pero puede ser presentada dentro del juicio de investigación para su apreciación dentro de la prueba”.<sup>33</sup>

El autor acierta en su criterio al mencionar que la sola declaración jurada ante el juez que conozca la causa, no es motivo suficiente para que dicha autoridad lo declare como padre, sino es menester que esta diligencia sea tomada en consideración dentro del juicio de investigación de paternidad que se ha iniciado en cuerda separada.

En los trámites cotidianos con respecto a la investigación de la paternidad y en lo que se refiere al primer numeral que si, notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el Juez, si cree ser tal padre lo confiesa expresamente, y si éste declararían juradamente ante el juez previo el trámite legal de notificación, no existe por esta causal la declaratoria

---

<sup>33</sup> GUZMAN LARA, Aníbal, 1997, Diccionario Explicativo Derecho Civil, Ley-Personas, Legislación Social de Menores, Tomo II, Pág. 43

de paternidad, ya que es difícil que los alimentantes voluntariamente reconozcan a un hijo con la sola notificación del juez.

Es menester indicar que en los juzgados de la niñez y de la adolescencia existen miles de causas solicitando, no solamente la pensión alimenticia para un hijo, sino la paternidad ya que las demandas presentadas son previa convicción, en estos casos los supuestos padres pese a ser citados en el juicio y advertidos de las prevenciones de ley hacen caso omiso al requerimiento judicial de la pensión alimenticia, más aún cuando se exige la paternidad, no obstante al trámite establecido los alimentantes no se someten al examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), aún cuando sea con prevenciones de ley.

Con el antecedente expuesto se puede colegir que el reconocimiento voluntario del padre bajo la declaratoria jurada ante el juez que lo requirió una vez que ha sido notificado en legal forma, es muy difícil y muy raro que se de bajo estas circunstancias, de hecho en los trámites de la declaración judicial de paternidad por este numeral no hay en los juzgados.

Al respecto en otra legislación la confesión del padre es una prueba directa, pero cuando no existe bajo la forma de un reconocimiento, está sometida a las facultades discrecionales de apreciación de los tribunales. El art. 340 - 3º decide que la confesión solamente sirve de base a la declaración judicial de paternidad. Debe hallarse contenida en una carta o documento privado que emane del padre, siendo necesaria la presentación de este escrito. Es indiferente que el documento haya sido dirigido a la misma madre o a cualquiera otra persona y que esté o no firmado, si es del puño y letra del padre. Ningún valor tendría una confesión oral. El documento debe contener una confesión inequívoca de la paternidad y no de la seducción. Por tanto, debe ser preciso, expreso y sin reticencias. Un consejo de abortar fue

considerado como una confesión inequívoca después de haberse rendido la prueba de las relaciones. Así como un consejo de matrimonio, para atribuir la paternidad a otra persona.

#### **4.2.2 En caso de rapto o violación**

“En los casos de rapto, violación detención o secuestro personal arbitrario a la madre, siempre que hubiese sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro.

Esta causal se aplica, sea mayor o menor de edad la mujer, aunque el hecho alegado no constituya infracción penal y así no se haya seguido el juicio penal correspondiente. Basta por lo mismo que ante el juez que tramita el juicio de investigación, se pruebe el hecho del secuestro, de la violación, etc. Si el hecho constituye infracción penal pesquisable de oficio y la acción no está prescrita, el juez al resolver ordenará el enjuiciamiento penal de haberse probado la comisión de la infracción”.<sup>34</sup>

Totalmente de acuerdo con el criterio personal del señor Aníbal Guzmán Lara, ya que de conformidad a la sana crítica que la ley le confiere a los juzgadores, estos basados en la lógica y con las presunciones de que el tiempo que estuvo la mujer en poder del secuestrador quedo embarazada se puede deducir que dicha fecundación aún en contra de su voluntad dio lugar a la gestación, consecuentemente el hijo es del secuestrador, si estas circunstancias se han dado, el juzgador ha de emitir la correspondiente declaración de paternidad judicial en contra de la persona que cometió este delito.

---

<sup>34</sup> GUZMAN LARA, Aníbal, 1997, Diccionario Explicativo Derecho Civil, Ley-Personas, Legislación Social de Menores, Tomo II, Pág. 42

Ahora veamos en que términos se manifiesta los tratadistas PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. “Por excepción al principio de la prohibición, el Código de 1804 permitió la investigación de paternidad en caso *de raptó*, cuando la época de la concepción coincide con la de éste. Esta excepción, única por mucho tiempo, ha tenido tan pocas aplicaciones prácticas, que solamente se citan tres sentencias relativas a ella.

Dos cuestiones se han planteado sobre la misma: En primer lugar se pregunta si el raptó supone la *violencia* (en este sentido Montpellier, 13 junio 1932, D. H. 1932. 580) o si es procedente la investigación de paternidad en caso de que la mujer raptada haya seguido *voluntariamente* a su seductor. El art. 340 no distingue. Los autores de la ley tomaron en consideración no la adhesión más o menos libre que la mujer haya podido dar a su raptor, sino el régimen a que posteriormente la sometió el autor de éste. Pensaron que cuando el raptó haya sido seguido de un *secuestro* más o menos simulado, se hace cierta la paternidad.

Se ha preguntado si debe *distinguirse entre las mujeres mayores y las menores*. La respuesta más segura es la negativa, pues la ley no ha distinguido. Al hablar del “raptó” (enlèvement), los redactores del Código civil no se refirieron al “raptó” (rapt) definido por la ley penal. No es el carácter delictuoso del hecho lo que justifica la investigación de la paternidad. Esta investigación no es la *pena de un delito*; su única razón de ser consiste en la certidumbre adquirida, gracias a las circunstancias, sobre la filiación del hijo.- No es necesario que el delito, en caso de que se trate del raptó de un menor, sea previamente comprobado por un Tribunal penal.<sup>35</sup>

Algunos autores habían tratado ya de asimilar la violación al raptó, afirmando

---

<sup>35</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, 1983, Tratado Elemental de Derecho Civil, Pág. 110

que aquélla es un rapto momentáneo. Su opinión no había prevalecido, porque la violación fue primitivamente prevista en el proyecto del Código y porque esta palabra se había suprimido de él, para limitar la excepción permitida exclusivamente al caso de rapto. Pero el nuevo texto menciona expresamente la violación además del rapto. Nunca tuvieron los tribunales que resolver esta dificultad.- No es necesario que la violación haya sido previamente objeto de una condena penal.

Este antecedente nos sirve de base para deducir que este tipo de casos son muy raros y en esta legislación han sucedido tan solo tres casos y en nuestra legislación no hay jurisprudencia al respecto, así como tampoco no se ha especificado si el trámite a darse es el mismo si las mujeres raptadas o violadas han sido mayores o menores de edad.

#### **4.2.3 En caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, o promesa de matrimonio.**

“Seducir es engañar con arte o maña; persuadir y conducir suavemente al mal, cautivando el ánimo para doblegar la voluntad.

El Código Penal contempla como figura delictiva el estupro en su artículo 509. Llamase estupro la cópula con mujer honesta, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento. Esta figura esta ampliamente estudiada en el Diccionario Explicativo Derecho Penal del autor y aquí no es del caso repetirla.

La seducción implica según el Código Penal "honestidad" en la mujer esto es pudor o recato. Muchas veces la jurisprudencia la ha equiparado a la virginidad término caído en desuso y aún en denigración por la juventud actual. Cabe preguntar fundamenta a la investigación de la paternidad el hecho de que un hombre y una mujer, de común acuerdo realizaron por una o más veces o en forma continua y normal relaciones íntimas. Es lógico que sea la forma más apta.

Exige la ley que la seducción sea realizada con ayuda de maniobras dolosas. Estimo que si hay seducción siempre hay dolo porque está en la mente del hechor llegar a la cópula sexual simplemente sin responsabilidad alguna. La seducción puede desde luego ser conseguida con ayuda de maniobras dolosas especiales que pide la ley. Mas, como esta dicho, si hay seducción hay maniobra de cualquier clase que sea para llegar a la cópula. Las caricias atrevidas para excitar el sistema nervioso de la mujer y provocar excitación sexual bien pueden considerarse como maniobras dolosas;

La ley ha previsto el caso de la seducción por medio de promesa de matrimonio.

El hombre exige la prueba máxima de amor a la mujer; la consigue y la promesa de matrimonio no se cumple.

Esta seducción, según la ley, puede recaer en mujer de cualquier edad, dice el inciso final del artículo 253 Código Civil.

La seducción puede ser llevada a cabo con abuso de autoridad. Al respecto cabe indicar que según el artículo 254, del Código Penal el empleado público que solicitare a una mujer que tenga pretensiones pendientes de resolución,

será reprimido con prisión de uno a tres meses. La infracción se constituye por el solo hecho de solicitarla. El artículo 255 se refiere a otras variaciones de este abuso del empleado público.

Si se usare de intimidación o fuerza el delito es de violación”.<sup>36</sup>

A mi criterio el reconocimiento de hijo se basa en la seducción o engaño que puede llevar a cabo un hombre respecto de la mujer. El engaño puede realizarse de muchas formas pero la más generalizada es la promesa de matrimonio. Dado el grado de cultura que ha alcanzado la mujer actual y la práctica de la filosofía que la llaman liberación y la proclamación de que siendo su cuerpo suyo tiene plena libertad sexual, así no haya matrimonio de por medio, tengo la convicción de que en la actualidad ninguna mujer puede ser engañada ni seducida. La disposición legal puede aplicarse al sector de la mujer aún sencilla, del campo y si está bastante apartado de la ciudad.

Actualmente la mujer, así sea menor de edad ha tenido ya educación sexual, está actualizada en el uso de métodos anticonceptivos y es posible se entregue al hombre al finalizar una fiesta y a otro a continuación de cualquier sarao. Esto dicen es sexo.

#### **4.2.4 En caso del que el presunto padre y la madre, hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción**

Antes de emitir el criterio personal, veamos lo que dice Guzmán Lara en su obra Diccionario explicativo de derecho civil concerniente a las personas: “En el numeral 4º previsto en el artículo 253 del Código Civil dice: En caso de que el

---

<sup>36</sup> GUZMAN LARA, Aníbal, 1997, Diccionario Explicativo Derecho Civil, Ley-Personas, Legislación Social de Menores, Tomo II, Primera Edición, Pág. 44

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

El concubinato constituía delito hasta 1978. Consistía en la vida en común de hombre y de mujer libres de vínculo. Según se dice “bajo el mismo techo y en el mismo lecho”.

Actualmente está legalizada la relación hombre mujer, sin vínculo de matrimonio, con el nombre de Unión de Hecho.

Cabe preguntar, en esta parte, ¿cuál es la situación legal del hijo de una pareja que realiza sus relaciones sexuales eventuales en forma no notoria; más aún agravemos el problema si el hombre es casado con otra mujer? Los amoríos y devaneos terminaron dejándole a la amante con hijo. Este caso es propiamente un adulterio, pero ello no puede afectar al hijo, debe ser reconocido en razón de la unión buscada y practicada al tiempo en que se presume la concepción, lo cual debe probarse.

En la enumeración que hace el artículo 253 sobre las causas en que cabe la declaración judicial de hijo no consta la situación anotada que debería decir: Cuando se haya probado el mantenimiento de relaciones sexuales durante el tiempo en que se presume la concepción, siempre que la mujer siendo viuda o divorciada no hayan transcurrido trescientos días de la muerte del marido o de la ejecutoria de la sentencia que declara el divorcio.<sup>37</sup>

El antecedente expuesto se refiere a que antiguamente , es decir antes de la reforma al Código Civil de 1978 los hijos que nacían de la relación del Estado

---

<sup>37</sup> GUZMAN LARA, Aníbal, 1997, Diccionario Explicativo Derecho Civil, Ley-Personas, Legislación Social de Menores, Tomo II, Primera Edición, Pág. 45

de concubinato notorio durante cierto período se los consideraba hijos reconocidos, para la declaratoria judicial de paternidad se requería pasar por esta serie de circunstancias incómodas de cierta manera para que sean probadas las aseveraciones de la mujer embarazada y su hijo sea declarado como tal, en la actualidad esta serie de anomalías está fuera de la ley, ya que la misma reconoce a los hijos dentro del matrimonio y fuera de él, con los mismos derechos y obligaciones que estipula la Constitución Política del Estado con respecto a la igualdad.

Veamos lo que se dice en otra legislación al respecto “Cuando dos personas han vivido maritalmente, en el período legal durante el cual ha sido posible la concepción, puede declararse judicialmente la paternidad. En este caso el legislador se ha inspirado en la presunción de paternidad establecida por el Código civil para la filiación legítima, pero esta presunción no tiene el carácter de legal. Dada la frecuencia de las uniones libres, este caso es de gran aplicación; pero frecuentemente será más fácil recurrir a una de las pruebas más precisas.

El concubinato debe ser notorio, no porque esta notoriedad haga verosímil la paternidad, sino porque su prueba será más segura.

La admisión de este caso de investigación de paternidad origina, en la práctica, dificultades reales, resueltas por la jurisprudencia en el sentido más favorable al hijo.

Puede haber concubinato sin que haya habido cohabitación. Se ha querido comprender también el caso en que la amante no habite en el domicilio particular del amante, habiéndose rechazado una enmienda que exigía que el concubinato se hubiese realizado “en la habitación del pretendido padre”. Sin

embargo, hubo en la jurisprudencia alguna indecisión, terminando la Corte de Casación por resolver en el sentido antes indicado.

No es necesario que haya habido relaciones continuas entre la madre y el pretendido padre; basta que se trate de relaciones regulares y frecuentes, constitutivas del estado de concubinato. Estas relaciones se caracterizarán frecuentemente por cierta conducta de la mujer, que manifieste afecto a su amante y cierta apariencia de fidelidad.

Por último, no es necesario que el concubinato haya durado todo el período durante el cual puede colocarse la concepción del hijo, aunque el art. 340 parezca decir lo contrario, puesto que, sin ello, el abandono de la concubina desde el principio del embarazo constituiría un obstáculo para la investigación. El juez debe investigar si hubo concubinato en la fecha probable de la concepción, determinada por información o peritaje.”<sup>38</sup>

La apreciación que hace este autor, también se remota a tiempos pasados en que la mujer es la protagonista de esta acción judicial, y para iniciarla debía pasar por el comentario de todas las personas en el sentido de la violación a la intimidad, particularidad ésta que es netamente íntima de las personas más aún de las mujeres. Felizmente ahora en la actualidad hay varios métodos de comprobar la paternidad como son: la prueba basada en la herencia de caracteres patológicos, la prueba heredibiológica o antropomofológica, pruebas hematológicas de compatibilidad inmunogenética, y la muy conocida ya en nuestro medio la prueba del ADN y obviando así, el inficioso trámite que antiguamente se daba.

---

<sup>38</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, 1983, Tratado Elemental de Derecho Civil, Pág. 111

**4.2.5 En 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 hizo en calidad de padre.**

El último caso previsto por la ley es “cuando 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. Este numeral también es incompleto ya que también debió involucrarse la ayuda económica y más atenciones prestadas a la madre del menor cuando se encontraba en estado de gravidez.

En los casos de raptó, violación, secuestro o detención personal, seducción y concubinato existe el antecedente legal que puede llevar a la declaratoria judicial del padre “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”.<sup>39</sup>

Como lo acaba de mencionar el doctor Aníbal Guzmán Lara, tanto el delito de adulterio como el delito de concubinato fueron derogados, en la actualidad no existe la discriminación a las mujeres que por razones de índole personal se hayan embarazado y sin importar el motivo que originó dicho embarazo estén en estas circunstancias, la ley protege al que está por nacer a través del Código de la Niñez y Adolescencia y del mismo Código Civil, y sin tener que pasar por las irritables molestias que antiguamente se solía hacer.

---

<sup>39</sup> GUZMAN LARA, Aníbal, 1997, Diccionario Explicativo Derecho Civil, Ley-Personas, Legislación Social de Menores, Tomo II, Primera Edición, Pág. 46

Otro autor dice: “Cuando una persona provee total o parcialmente, *como padre*, a los gastos de mantenimiento y educación de otra, su conducta se considera como una confesión tácita de paternidad. En las discusiones de la ley se confundió erróneamente este hecho con la verdadera posesión de estado. No es necesario que el pretendido padre haya dado su apellido al menor, lo que no siempre acontece, pero sí debe haber obrado como *padre*, lo que excluye el caso del bienhechor benévolo que actuaría dado su afecto por la madre, aunque el hijo de ésta no sea suyo.

La ley exige, a la vez, el sostenimiento y la educación. No constituirían prueba suficiente los subsidios intermitentes. Con mayor razón la simple promesa de subvenir al mantenimiento del hijo no bastaría, si no constituye una confesión de paternidad. Pero el pago de una suma importante al nacimiento del hijo, puede considerarse como una participación en el mantenimiento. Este hecho puede probarse por todos los medios legales. Se ha juzgado que si los subsidios son proporcionados por los herederos del padre, no procede la investigación, pues aquéllos pueden obrar inducidos a error. Severa es la anterior solución”.<sup>40</sup>

Esta doctrina encaja perfectamente con lo manifestado por el autor que fue citado previamente, en el que concuerdan en el sostenimiento y la educación del hijo siempre que, con aprobación del supuesto padre que hizo en calidad de padre, por esta alternativa de declaración judicial de la mujer prevalecen los sentimientos de las personas y se ha dado importancia a los valores humanos, morales que se dan dentro del seno familiar.

En esta disposición es menester recalcar que se ha fomentado la afectividad en la relación padres e hijos, en virtud de la cual es motivo para que la paternidad

---

<sup>40</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, 1983, Tratado Elemental de Derecho Civil, Pág. 111

sea declarada judicialmente, con la que estoy plenamente de acuerdo así como las doctrinas que hemos citado en este trabajo de investigación.

Para tener mayor conocimiento de que en la legislación chilena también existen alternativas para la declaratoria de paternidad me permito transcribir una parte del doctor SOMARRIVA en su obra Derecho de Familia en el que explica desde otro punto de vista los casos en que es posible investigar la paternidad o maternidad ilegítima.- Estos casos son los cinco que contempla el Código Civil chileno, a saber:

1. Si de un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos resultare establecida de un modo irrefragable la paternidad o maternidad del supuesto padre o madre”.

Esta causal equivale más o menos a la del N.º 3.º primera parte del antiguo artículo 280, pero con una diferencia de gran consideración el precepto antiguo exigía documentos, aunque solo fuera un principio de prueba por escrito, lo que constituía una gran limitación para la investigación de la paternidad ilegítima. Como ahora la prueba instrumental es requisito de investigación de filiación natural, en el N.º 2º del artículo 271, se elimina *su* exigencia en la filiación ilegítima. La otra diferencia introducida por la ley N.º 10,271, fue que se amplió la causal a la madre.

En efecto, esta causal sirve, tanto para investigar la paternidad como la maternidad ilegítima. Y para que ella prospere se exige un conjunto de testimonios y antecedentes fidedignos. O sea, no basta una sola prueba. Y en seguida, de ellos debe quedar establecida en forma irrefragable la paternidad o maternidad, es decir, no debe quedar duda alguna de éstas.

Se ha criticado por esto la disposición, pues al exigir una prueba absoluta de filiación, debió considerarse como un caso de establecimiento de la filiación natural y no de la simplemente ilegítima. La observación con tener cierta base no nos parece concluyente, pues como decimos esta causal corresponde a la del N.º 2º del artículo 21, con las diferencias ya dichas de que no exige prueba instrumental ni que en ésta exista confesión de paternidad o maternidad. Fue, precisamente, por estas razones que el legislador no la *incluyó* como causal de reconocimiento de hijo natural. Pensamos incluso que las circunstancias o antecedentes que establezcan la paternidad o maternidad pueden acreditarse mediante la sola prueba de testigos, pues la ley no distingue y su espíritu fue ser lo liberal posible para establecer la filiación ilegítima.

2. Si el presunto padre o madre hubiere proveído o contribuido al mantenimiento y educación del hijo en calidad de tal y ello se prueba en la forma señalada en el número anterior.

Esta causal es la del N.º 4º del artículo 280 con la redacción que le había dado a éste la ley N.º 5,750. La diferencia estriba en que el primitivo precepto exigía que de las circunstancias referidas hubiera un principio de prueba por escrito; en cambio, el actual, dentro de la idea de ser menos exigente, no precisa la prueba escrita, sino que el hecho de haber proveído el padre o madre al mantenimiento, educación del hijo debe probarse en la misma forma señalada en el caso anterior: un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos, bastando según lo dicho la sola prueba testimonial.

Y así como el N.º 1º del artículo 280 está en íntima relación con la causal N.º 2º del artículo 271 de investigación de filiación natural, siendo menos exigente la primera, esta causal del N.º 2º del artículo 280 está también en

relación con el N.º 3º del artículo 271 dónde, se contempla la posesión de estado como prueba de filiación natural. En el fondo el N.º 2º del artículo 280 establece una posesión de estado aunque insuficiente, pues en él existe el *tractus*, pero no el *nomen*, ni la fama. Además no es necesario que haya durado un tiempo determinado, ni menos 15 años como lo exige aquel precepto. Finalmente, puede acreditarse por la sola prueba testimonial, cosa que no es posible tratándose de la posesión de estado como prueba de la filiación natural.

### 3. El concubinato notorio de los padres.

Lo contempla como causal de investigación de la paternidad el número 3.º del artículo 280 y esta causal, de aceptación casi universal, sí que constituye una novedad de la ley N.º 10,271, pues el antiguo artículo 280 no la establecía en forma alguna.

Dice el precepto: “Si hallándose comprobada la filiación del hijo con respecto de la madre, se acreditare en la forma establecida en el N.º 1º que, ella y el presunto padre han vivido en concubinato notorio y durante él ha podido producirse legalmente la concepción”.

Esta causal a diferencia de las dos anteriores, se limita a la investigación de la paternidad ilegítima, en lo cual coincide con las causales siguientes del N.º 4º y 5º. O sea, las causales 1ª y 2ª son comunes a la paternidad y maternidad, y las restantes se refieren sólo a la paternidad ilegítima.

Para que el concubinato notorio en que han vivido los supuestos padres sirva como causal de, investigación, deben concurrir los siguientes requisitos:

- a. Es preciso que esté establecida la maternidad respecto al hijo. Como la ley no distingue debemos concluir que ella puede establecerse en conformidad al artículo 271 o de acuerdo con el propio artículo 280. Aunque no aparece del todo, claro pensamos que en el mismo juicio donde se está investigando la paternidad, ilegítima puede comprobarse la filiación respecto de, la madre, sin ser indispensable que ella está acreditada de antemano.
- b. Es necesario que el padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio. El legislador no se detuvo a precisar qué debía entenderse por tal, Como el precepto es muy semejante al contemplado en el artículo 340 del Código Francés no vemos inconveniente para aceptar lo dicho por la jurisprudencia y autores franceses y concluir: que el concubinato no implica que los padres hagan vida en común; tampoco es necesario que, las relaciones sean continuas; basta *con* que sean frecuentes y regulares; pero sí debe ser notorio, es decir, público.
- c. Se requiere que el concubinato notorio se acredite en conformidad al N° 1° del artículo 280, esto es, por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignas. Como ya lo hicimos presente creemos que bastaría para ello la prueba testimonial.
- d. Finalmente, es preciso que el concubinato notorio haya existido durante el periodo en que de acuerdo con el artículo 76 se ha podido; verificar la concepción. La doctrina francesa está de acuerdo en que no es necesario que el concubinato haya subsistido durante todo el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, Sino en cualquier parte de él.

#### 4. Citación del padre a la presencia judicial.

La contempla el N.º 4º del artículo 280 en los siguientes términos “Si el supuesto padre, citado por dos veces a la presencia judicial para que, bajo juramento, reconozca al hijo, y expresándose en la citación el objeto, no compareciere sin causa justificada”

Esta causal corresponde a la del N.º 5º del antiguo artículo 280, con una diferencia ésta consiste en que el antiguo artículo 280, N.º 5º contemplaba dos situaciones: si el padre comparecía y reconocía al hijo, y si citado, por dos veces no comparecía sin causa justificada. En ambos casos el hijo podía demandarle alimentos, o sea, quedaba como ilegítimo. La ley número 10,271 trasladó el primer caso, o sea, de la comparecencia del padre al artículo 271, N.º 5º, conforme al criterio de que todo reconocimiento voluntario importa dar al hijo la calidad de natural. Pero conservó en la forma transcrita la segunda situación, como causal de filiación ilegítima.

La reforma en esta parte es criticable, porque rompe el sistema armónico de la actual legislación, de que todo reconocimiento voluntario da al hijo el carácter de natural; y que la calidad de hijo ilegítimo no se adquiere por reconocimiento voluntario. El caso en estudio es de reconocimiento voluntario tácito ya que el padre tuvo en su mano negar al hijo, y al no comparecer sin causa justificada, como la ley se presume conocida de todos, tácitamente lo reconoce. Si el artículo 271 N.º 5º establece que el padre compareciente que reconoce al hijo da a éste el carácter de natural ¿qué razón, hay para que si no comparece, pudiendo, no se le dé el mismo carácter? En el primitivo artículo 280, N.º 5º el hijo en ambos casos quedaba como ilegítimo. Lo lógico habría sido que en la nueva legislación en ambas situaciones adquiriere la calidad de natural.

En cuanto a la forma, el precepto es criticable porque habla de que el padre bajo juramento reconozca al hijo, y mal puede haber juramento si se trata de un reconocimiento en rebeldía.

En seguida, el precepto exige que en la citación se exprese el objeto de ella. En cambio, según vimos oportunamente el N.º 5º del artículo 271 no formula esta exigencia. ¿Que razón existe para que en el caso mas grave, cual es el de reconocimiento de hijo natural, como es el contemplado por dicho número, no se exprese el objetivo de la citación, y en cambio deba hacerse en el más intrascendente como es el de reconocimiento de hijo ilegítimo? Esta diferencia acarrea también un inconveniente práctico; puede darse el caso de que deba citarse tres veces al padre. En efecto, para asilarse en el N.º 5º del artículo 271 el hijo cita al padre para que reconozca la paternidad y este no comparece. Para hacer jugar el N.º 4º del artículo 280 debería citarse nuevamente al padre expresando él objeto de la citación y si el padre tampoco comparece sería necesaria una nueva citación y sólo entonces, en rebeldía del padre, operaría el N.º 4º del artículo 280.

Finalmente, el precepto plantea otro problema, pero por fortuna de no difícil solución ¿qué pasa si el padre en la segunda citación (o en la tercera en el caso recién propuesto) comparece y reconoce al hijo? ¿Tendrá éste el carácter de natural o ilegítimo? Nos parece lo primero, pues habría un reconocimiento de paternidad.

##### 5. Violación; estupro o raptó de la madre.

Se refiere a ella el N.º 5.º del artículo 280, y corresponde a las causales que contemplaban el primitivo Código en el artículo 287, trasladado con ciertas variantes por la ley N.º 5,750 al N.º 6º del artículo 280.

Dice el precepto que se pueden demandar alimentos si el período de la concepción del hijo correspondiere a la fecha de la violación, estupro o rapto de la madre”.

La ley contempla tres hechos delictivos: la violación, estupro o rapto de la madre, pero como no ha exigido que previamente exista sentencia criminal condenatoria, ellos pueden comprobarse en el mismo juicio en que se investigue la paternidad.

La ley exige únicamente que el período de la concepción corresponda a la fecha de la violación, estupro o rapto de la madre. Tratándose del rapto agrega el precepto que bastará que hubiere sido posible la concepción mientras estuvo la raptada en poder del raptor.

En cuanto al rapto el inciso 2° del N.° 6° del precepto establece que “el hecho de seducir, a una menor, haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado esté, es rapto, aunque no se emplee la fuerza”. En otros términos, el precepto se aplica tanto al rapto de fuerza como al rapto de seducción.

Respecto a la violación la ley N.° 10,271 introdujo un inciso en el artículo 280 que dispone: “si varias personas hubieran consumado la violación de la madre, deberá el juez determinar cual es el presunto padre del hijo que reclama alimentos. Si ello no fuere posible, podrá condenar solidariamente al pago de dichos alimentos, a todos los autores de la violación”. Corresponde al juez, pues, determinar al padre, y sí ello no es posible, podrá imponer la solidaridad de la prestación alimenticia a los violadores.

Es este un caso interesante, porque hasta la dictación de la ley número 10,271 la fuente de la solidaridad en nuestro Código eran la convención, el testamento y la ley (artículo 1,511), y aquí nos encontramos con un caso en el cual el origen de la solidaridad es la Sentencia judicial, porque el precepto habla de que el juez podrá condenar solidariamente a todos los autores de la violación, es decir, queda al criterio del juez hacerlo. Bien podrá éste imponer una obligación conjunta. No se trata pues, de un caso de solidaridad legal, como se ha sostenido.

Estos son los únicos casos de investigación de filiación que existen en nuestra legislación. El artículo 284 dispone que “no es admisible la indagación o presunción de paternidad por otros medios que los indicados en los artículos 271 y 280”.<sup>41</sup>

Como hemos podido apreciar los motivos que originan la declaratoria de paternidad son en las mismas circunstancias que se presentan en nuestra legislación, como son: el conjunto de testimonios y antecedentes fidedignas que establezca un modo irrefragable la paternidad del supuesto padre, si el supuesto padre o madre hubiere proveído al mantenimiento del hijo, el concubinato notorio de los padres, citación del padre a la presencia judicial; y, violación, estupro o rapto de la madre, de esta apreciación se desprende que los motivos son los mismos, simplemente a cambiado las palabras y el orden de las mismas.

---

<sup>41</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 1988, Derecho de Familia, Tomo II, Ediar. Pág. 545

## **Capítulo V**

### **INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA DECLARATORIA DE PATERNIDAD**

## **CAPÍTULO V**

### **INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA DECLARATORIA DE PATERNIDAD.**

#### **6 PERSONAS QUE PUEDEN DEMANDAR LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD.**

Según nuestra legislación ecuatoriana las acciones para investigar la paternidad pertenece exclusivamente al hijo, el mismo que por su calidad de incapaz ante la Ley, obligatoriamente debe estar representado por un curador, sea este ad-litem, especial o general, o en su defecto quien lo podrá representar también en esta acción es su representante legal que viene a ser su madre siempre y cuando ésta sea capaz de conformidad con lo que establece la Ley.

En caso de incapacidad de la madre sea por interdicción o demencia o en otro caso hubiere fallecido la acción de investigación de paternidad le corresponde seguir al hijo debidamente representado por su tutor o curador.

Una acepción señala el Art. 256 del Código Civil ecuatoriano que se refiere a que el hijo que fuere demente o sordo mudo, no necesita dar su consentimiento a su respectivo tutor o curador para que éste en su calidad de representante presente la acción de investigación de paternidad.

#### **6.1 5.1 Primera instancia.**

La acción de investigación de paternidad pertenece a la clase de juicios ordinarios y por ser trámites horizontales este proceso le corresponde conocer

en la primera instancia ante los jueces de lo civil de la jurisdicción donde se presente la demanda, es decir en el lugar de residencia del demandado, es obvio indicar que el juez que conoce la causa avocara la misma previo el sorteo de ley.

## **5.2 Ante quien se demanda la declaración judicial de paternidad.**

Esta clase de acciones se las presenta ante los jueces de lo civil como habíamos dicho que tenga competencia, es decir, ante la autoridad competente del lugar de residencia del demandado, cabe indicar que no es en todos los casos.

## **5.3 Demanda de investigación de la paternidad.**

El Código de Procedimiento Civil de nuestra legislación ecuatoriana en el Art. 66 dice:

Art. 66. Demanda es el acto en que el demandante deduce su acción o fórmula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo.

*Cualidades de la demanda:*

- a. Dos son las cualidades principales de una demanda: la claridad en primer lugar. Lo que se reclama en la demanda debe ser completa, diáfano, inteligible, que no preste a doble interpretación. La claridad significa precisión.

En segundo lugar la demanda debe ser completa. El art. 67 enumera lo que ha de contener.

- b. La demanda debe estar fundamentada en ley y ordinariamente ésta se refiere a los hechos humanos que se infiere haberse producido para que nazca el derecho, como es el caso de pedir el reconocimiento a un hombre de su calidad de padre que se funda en el nacimiento del hijo y en las relaciones íntimas de los padres en el tiempo en que se presume la concepción, no más de trescientos días ni menos de ciento ochenta contados hacia atrás desde la media noche en que principie el día del nacimiento. Esto es lo que se llama los fundamentos de hecho que, como queda dicho nacen de ciertos actos humanos, esto es acciones, hechos y omisiones.
- c. Dicha demanda debe apegarse a los preceptos legales debidamente tipificados en nuestro Código, y que obviamente estén adheridos a derecho para que el juzgador también puede verter su resolución conforme a la petición realizada.
- d. Quien plantea una demanda debe ser capaz ante la ley, es decir que la persona puede actuar válida y libremente, sin que necesite ni autorización ni representación por parte de otra persona.

Recíprocamente la demanda debe estar dirigida también contra persona capaz y, de no serlo esté representada o autorizada. Desde luego la persona capaz puede hacerse representar por medio de un mandatario o procurador judicial. En nuestra ley lo propio es el Procurador que debe tener la calidad de abogado en libre ejercicio de su profesión.

## 5.4 Requisitos de la demanda.

El Art. 67 que se refiere a los requisitos y 68 que respecta a los documentos que deben ser aparejados a la petición, disposiciones éstas del Código de Procedimiento Civil en las que se demuestra claramente los requisitos que debe contener la demanda, y en el caso que nos ocupa, se refiere a la demanda de investigación de la paternidad.

Art. 67. “La demanda debe ser clara y contendrá:

1. La designación del juez ante quien se la propone;
2. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;
3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
5. La determinación de la cuantía;
6. La especificación del trámite que debe darse a la causa;
7. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,
8. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso”.<sup>42</sup>

Art. 68. “A la demanda se debe acompañar:

1. El poder para intervenir en el juicio, cuando se actuare por medio de apoderado;
2. La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz;

---

<sup>42</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Art. 67.

3. La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora;
4. Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder el actor; y,
5. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso”.<sup>43</sup>

Como podemos analizar los requisitos que debe cumplir la demanda son claros, precisos y concisos de manera tal que la petición guardará un orden de conformidad con los numerales precedentes para que tenga secuencia y que de claro que es lo que se pide.

### **5.5 Auto de admisión al trámite.**

Continuando con la sustanciación de este tipo de juicios ordinarios, específicamente me refiero al juicio de Investigación de paternidad, el Art. 69 y 70 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente, en concordancia con el Art. 396 del mismo Código, que dicen:

Art. 69. “Presentada la demanda, el juez examinará si reúne los requisitos legales.

Si la demanda no reúne los requisitos que se determinan en los artículos precedentes, ordenará que el actor la complete o aclare en el término de tres días; y si no lo hiciere, se abstendrá de tramitarla, por resolución de la que podrá apelar únicamente el actor.

La decisión de segunda instancia causará ejecutoria. El juez cuando se

---

<sup>43</sup> Ibídem, Art. 68

abstenga de tramitar la demanda, ordenará la devolución de los documentos acompañados a ella, sin necesidad de dejar copia.

El superior sancionará con multa de diez a cincuenta dólares de los Estados Unidos de América al juez que incumpliere las obligaciones que le impone este artículo”.

Art. 70. “No se podrá cambiar la acción sobre que versa la demanda, después de contestada por el demandado; pero se la puede reformar, antes que principie el término probatorio, pagando al demandado las costas ocasionadas hasta la reforma.

La disposición de este artículo no se opone a que, en cualquier estado del juicio ordinario, se pase de éste al ejecutivo, pero pagará el actor las costas que hubiere ocasionado a la otra parte. Ordenado el paso al juicio ejecutivo, se empezará por dictar el correspondiente auto de pago”.

Art. 396. “Propuesta la demanda, el juez, de oficio, examinará si es clara y si se reúnen los requisitos determinados en el Art. 69. De no ser clara o de no reunir aquéllos requisitos, mandará que se la aclare o se la complete en la forma determinada en los artículos antes citados.

Una vez que el juez estime que la demanda es clara y completa, dará traslado con apercibimiento en rebeldía, simultáneamente a todos los demandados”.<sup>44</sup>

Las disposiciones citadas se ajustan al trámite que usualmente se hace con respecto a este tipo de acciones, generalmente presentada la demanda a diferencia de las otras demandas de otras acciones, ésta se la puede reformar

---

<sup>44</sup> *Ibíd*em, Art. 69, 70 y 396

hasta antes de que inicie el término probatorio, lo que no sucede con las otras demandas que deben ser reformadas si es que el caso amerita hasta antes que sean contestadas.

Una vez que llega a conocimiento del juez, este deberá calificarlas de claras y precisas para continuar con la sustanciación del caso, esta particularidad la hemos singularizado en el tema anterior, de no ser así el juzgador concede a la parte peticionaria el término de tres días para que sea completada conforme a los requerimientos establecidos en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil.

Si la parte solicitante ha cumplido con este requerimiento, en un auto el juez la calificará de clara y precisa y procederá a avocar conocimiento de la misma, en la que permite que se sigan con los pasos subsiguientes, como son, la citación al demandado como lo veremos en el tema siguiente.

## **5.6 Citación con la demanda.**

En el Código de Procedimiento Civil, en la Sección tres del Título primero del Libro segundo del enjuiciamiento civil, trata acerca de la citación, tipificado en los artículos 73, 74 y 77, que en su contenido expone:

Art. 73. "Citación es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos.

*Notificación* es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás

providencias judiciales, o se hace saber a quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez”.<sup>45</sup>

Es fundamental que el demandado conozca de la acción o reclamación judicial hecha por otra persona en su contra, a fin de que pueda cumplir lo reclamado si lo estima legal y justo o defienda sus intereses.

Es tal la importancia de la citación con la demanda que siempre ha sido considerada tal diligencia como solemnidad sustancial, cuya omisión causa la nulidad procesal, dentro de las circunstancias previstas en la ley, circunstancias de las cuales se deduzca que el demandado no ha tenido noticia de lo exigido en su contra es decir que la omisión influirá en la decisión de la causa o sea no se ha dado oportunidad de alegar la mencionada omisión a su debido tiempo.

Corresponde al actor o demandante señalar o indicar el lugar en el cual el demandado debe ser citado. No constituye señalamiento hecho en la demanda aquello de decir el demandado será citado en el lugar que se indicará oportunamente o aquello de que el domicilio del demandado es muy conocido, etc. El juez tiene la obligación de ordenar que el demandante indique el domicilio o habitación del demandado con indicación de calle y número, en los centros urbanos o la determinación del lugar más conocido en la forma más clara y precisa en las áreas rurales.

En el caso de desconocimiento del domicilio, y a las personas cuya residencia sea imposible determinar se citará por tres publicaciones que se harán cada una de ellas en fecha distinta, en un periódico de amplia circulación del lugar.

---

<sup>45</sup> *Ibíd*em, Art. 73

Se cita obviamente con la demanda entregando la copia del escrito que la contiene y con la copia de la providencia dictada por el juez calificando la demanda o petición y ordenando lo que fuere de ley, de acuerdo a la naturaleza de la demanda. En la boleta que contenga estos puntos se hará conocer además al demandado la obligación que tiene de señalar domicilio en donde recibirá las notificaciones posteriores. Se hará constar la respuesta que diere el demandado es decir que la designación del domicilio para notificaciones o estudio profesional del abogado que intervendrá puede ser hecha de inmediato o posteriormente mediante escrito.

El citador tiene la obligación de cerciorarse que el lugar donde se cita por boleta sea efectivamente el domicilio o el lugar de residencia del demandado es decir que no se dejará en tal lugar la boleta porque así lo indicó el demandante. Cerciorarse significa comprobar que allí es el domicilio, es decir que debe constatar lo cual se hará por investigaciones a personas vecinas, a menos que el citador haya conocido el domicilio del demandado. Lo más correcto y así lo establece la ley, es dejar la boleta en algún lugar familiar del citado o a persona de su servidumbre.

Las citaciones pueden ser efectuadas en la persona del demandado o mediante tres boletas dejadas en días diferentes. En las boletas se pondrá la fecha de citación y el número de la misma, esto es primera, segunda, tercera. Para citar en persona el citador debe conocer al demandado o identificarlo por medio de la cédula de identidad. Conforme indica los artículos 8 y 9 del reglamento de citaciones. Las citaciones tienen el mismo valor que si fueren hechas por los secretarios de los juzgados y por lo mismo gozan de fe pública.

La citación se hará a más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes contadas desde aquella en que se firmare la providencia, bajo prevenciones de multas que serán diarias por cada día de retardo que será impuesta de oficio

por el juez. Desde luego los jueces nunca imponen multas. Debe haber un funcionario que controle el cumplimiento de los plazos en la administración de justicia pues es desesperante la demora. Hay demandas que no se citan ni en tres meses. Hay juicios verbal sumarios en que la audiencia de conciliación se hace a los seis meses y más desde la citación con la demanda. Todos los juzgados objetan el exceso de trabajo.

Hay varias circunstancias que ha previsto la ley, en lo que respecta a la citación y por lo mismo varias modalidades de citaciones: En persona; por boleta; por la prensa; en caso de divorcio; a herederos; a personas ausentes; a plenipotenciarios; a comerciantes; al Estado; a comunidades indígenas; en caso de evicción; en caso de cesión de créditos; al fiador; a acreedores en el juicio de concurso de acreedores.

## **5.7 Contestación a la demanda.**

El numeral tres del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, señala que el efecto de la citación es “obligar al citado a comparecer ante el juez para deducir excepciones”, consecuentemente induce al demandado a contestar la demanda, para ser más específicos en nuestro análisis me permito transcribir los artículos que hablan acerca de la contestación a la demanda.

Art. 102. “La contestación a la demanda deberá contener los siguientes requisitos:

1. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del demandado, comparezca por sí o por medio de representante legal o apoderado, y la designación del lugar en donde ha de recibir las notificaciones;

2. Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor y los documentos anexos a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega; y,
3. Todas las excepciones que se deduzcan contra las pretensiones del actor.

La contestación a la demanda se acompañará de las pruebas instrumentales que disponga el demandado, y las que acrediten su representación si fuere del caso. La trasgresión a este precepto ocasionará la invalidez de la prueba instrumental de la pretensión.

El juez cuidará de que la contestación sea clara y las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, y los requisitos señalados en los números de este artículo, y, de encontrar que no se los ha cumplido, ordenará que se aclare o complete. Esta disposición no será susceptible de recurso alguno”.<sup>46</sup>

En el Art. 103 de la misma Ley se especifica las consecuencias y los efectos que resultan por “la falta de contestación a la demanda, o de pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, será apreciada por el juez como indicio en contra del demandado, se considerará como negativa simple de los fundamentos de la demanda, salvo disposición contraria”.<sup>47</sup>

Es menester indicar que antes de recibida la causa a prueba, podrá el demandado reformar sus excepciones y aún deducir otras perentorias.

Entre otras circunstancias anexas a la contestación de la demanda en la acción

---

<sup>46</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Art. 102

<sup>47</sup> *Ibíd*em, Art. 103

de investigación de la paternidad, en el artículo 105 del Código de Procedimiento Civil, indica que “en la contestación podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere; pero después de tal contestación sólo podrá hacerlos valer en otro juicio”.

En la misma contestación a la demanda que es objeto de esta acción “las excepciones y la reconvención se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltos en la sentencia”.

Trabada la litis el actor no podrá desistir del pleito, sino pagando al demandado las costas y en la forma prescrita en este Código, después de contestada la demanda.

“El demandado tendrá el término de quince días para proponer conjuntamente las excepciones dilatorias y perentorias, las cuales se resolverán en sentencia. Entre las excepciones no podrá proponerse la de oscuridad del libelo”.

Como hemos podido apreciar las disposiciones transcritas son muy claras y hablan por sí solas, lo que comentar de ellas sería redundar en lo mismo.

## **5.8 Junta de Conciliación.**

Los artículos del 400 al 405 del Código de Procedimiento Civil, se refieren a la junta de conciliación, y en el contenido legislativo de cada uno de ellos nos indica que:

Art. 400. “Si las excepciones o la cuestión planteada, en la reconvención versan sobre hechos que deben justificarse, el juez señalará día y hora en los

que las partes deben concurrir, con el propósito de procurar una conciliación, que dé término al litigio.

En el día y hora señalados, si sólo una de las partes hubiere concurrido, se dejará constancia, en acta, de la exposición que presente y se dará por concluida la diligencia.

La falta de concurrencia de una de las partes constituirá indicio de mala fe, que se tendrá en cuenta para la condena en costas al tiempo de dictarse la sentencia”.

Art. 401. “Si concurrieren ambas partes, el juez dispondrá que cada una, por su orden, deje constancia, en el acta que debe levantarse, de las exposiciones que tuviere por conveniente hacer y, principalmente, de las concesiones que ofrezca, para llegar a la conciliación. Se entenderá que tales concesiones están subordinadas siempre a la condición de ser aceptadas en la conciliación, de tal modo que no implicarán, en caso alguno, reforma de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la demanda y en la contestación.

El juez, por su parte, procurará, con el mayor interés, que los litigantes lleguen a avenirse”.

Art. 402. “Si las partes se pusieren de acuerdo, lo harán constar en acta, y el juez, de encontrar que el acuerdo es lícito y comprende todas las reclamaciones planteadas, lo aprobará por sentencia y declarará terminado el juicio. La sentencia deberá inscribirse, cuando fuere necesario, a fin de que sirva de título, para los efectos legales correspondientes.

Si el acuerdo comprende sólo alguna o algunas de las cuestiones planteadas y fuere lícito, el juez lo aprobará por auto y dispondrá que el juicio continúe

respecto de las cuestiones no comprendidas en el acuerdo de conciliación, a menos que, dada la naturaleza de dichas cuestiones, no puedan ser, en concepto del juez, consideradas y resueltas sino conjuntamente”.

Art. 403. “Si las partes no llegaren a conciliar, se dejará constancia, en el acta, de las exposiciones de cada una y se dará por concluida la diligencia.

Estas exposiciones se tendrán en cuenta, al tiempo de dictar sentencia, para apreciar la temeridad o mala fe del litigante al que pueda imputarse la falta de conciliación”.

Art. 404. “La diligencia de conciliación sólo podrá diferirse por una vez, a solicitud de cada una de las y por un término que no exceda de cinco días”.

Art. 405. “De no obtenerse la conciliación, sea por el caso del Art. 403, sea por el Art. 400, inciso 2º, el juez recibirá la causa a prueba por el término de diez días, para que se practiquen las que pidan las partes”.<sup>48</sup>

## **5.9 La prueba.**

Art. 406. “Concluido el término probatorio, el juez dirá autos y pronunciará sentencia. Las partes podrán presentar sus manifiestos en derecho hasta antes de expedirse el fallo”<sup>49</sup>

Este artículo se encuentra plasmado en el Código de Procedimiento Civil el mismo que hemos venido tratando a lo largo de este capítulo de nuestro trabajo investigativo.

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, Art. 400, 401, 402, 403, 404 y 405.

<sup>49</sup> *Ibidem*, Art. 406

Veamos ahora la prueba y su valor en el juicio de investigación de la paternidad y maternidad, en el mundo del proceso, la PRUEBA tiene una función vital, ya que está destinada a producir la certeza en el juez, por tal no se puede prescindir de ella sin atentar contra los derechos de las personas; se dice en doctrina, que la prueba tiene una importancia fundamental, que es hacer posible conocer el pasado para saber quien tiene la razón en el presente.

En las obras de Manuales de Familia, el tratadista argentino López del Carril dice “por una parte, el vínculo biológico rebasa el jurídico en todos los aspectos de la creación, sin embargo el vínculo jurídico lo califica, por otra parte el vínculo biológico no basta por si mismo para hacer nacer el vínculo jurídico”.

Por eso, con razón se dice que la investigación de la paternidad o maternidad, es talvez el aspecto de la conducta humana en donde con más frecuencia la realidad supera a la ficción.

Dentro de los requisitos establecidos para esta clase de juicios de investigación de paternidad resaltemos aquellos que valen para la prueba. Para que la prueba pericial cumpla la función que le es propia, tiene que incorporarse al proceso con observancia de ciertas formalidades, que son a la vez garantía para que las partes y seguridad para el juez, a lo señala el Art. 117 del Código de Procedimiento Civil.

”La Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de la prueba de filiación de una persona, señala que la prueba del ADN es esencial, pero esa prueba para tener validez dentro del proceso debe ser: solicitada, ordenada y practicada dentro de la etapa de prueba, esto es:

1. Debe velarse porque se le haya pedido por quien estaba legitimado.

2. Dentro del término de prueba.
3. Que en esa etapa se ha dispuesto su práctica.
4. Que se haya llevado a cumplimiento dentro del término concedido para el efecto, y el preciso cumplimiento de todas las formalidades impuestas por la ley.
5. La eficacia jurídica y la licitud de la prueba.”<sup>50</sup>

Hemos visto los requerimientos que se necesita para cumplir con la prueba del ADN, tomando en cuenta que es considerada esta diligencia como madre de todas las pruebas dentro del juicio de investigación de la paternidad, y como bien lo dice el autor debe ser solicitada y practicada en legal y debida forma, esto es dentro del respectivo término, que se lo solicite y se lo ordene en el mismo período y que tenga las correspondientes garantías de custodia a fin de que no haya manipulación de nadie.

Existen otras pruebas en el juicio de investigación de paternidad o maternidad que puede acreditarse por todos los medios de prueba admitidos para probar los hechos, esto es al fin de acreditar el vínculo biológico.

Excepto de la confesión, no se puede negar que es de escaso valor la prueba testimonial y documental si se la consideran en forma aislada; no olvidemos que a la final es lo que surge del conjunto de pruebas lo que permite afirmar que un hecho es como lo expresa una de las partes procesales.

La ciencia médica ha avanzado hoy de tal manera que tenemos la prueba del ADN, de tal modo que en el juicio de investigación de la paternidad, como existe la imposibilidad de la prueba indubitable de quien ha procreado, se recurre para acreditarla a la prueba del ADN, que conduce a la certeza.

---

<sup>50</sup> GARCÍA FALCONI, José. Manual Teórico Práctico en materia constitucional y civil, Pág. 148.

Con respecto a la valoración de la prueba del ADN, el juez debe apreciar el dictamen pericial de las pruebas biológicas en conjunto con las demás pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, por eso es necesario que los informes periciales suministren un dictamen o un informe científico sobre la filiación investigativa, conforme he manifestado anteriormente.

Obviamente al juez le corresponde valorarlo, y según la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema debe acogerlo; pero yo considero, que es verdad que al juez le corresponde valorarlo y si considera que no merece credibilidad o carece de convicción precisamente por estar en contradicción con aquellas enseñanzas de los científicos o técnicos de reconocida reputación, podrá realizarlo y ordenar otro dictamen con distintos peritos, acogiéndose a lo señalado en el Art. 262 del Código de Procedimiento Civil, a petición de parte.

En todo caso la breve clasificación de las pruebas genéticas en la administración de justicia es otro tema que debería ser tratado cuidadosamente en vista de que se trata de la identificación de una persona y su descendencia.

### **5.10 La sentencia.**

Para ser más enfáticos me permito referirme a la sentencia en los juicios de investigación de la paternidad o maternidad. Primeramente debo señalar que la jurisprudencia y la doctrina, la Constitución y la Ley son unánimes en reiterar, que el juez siempre goza de libertad para dictar sentencia; pero en esta clase de juicios el juez debe tener especial cuidado, de un lado el alcance de la causal aducida y de otro lado la ponderación y análisis de la prueba, que admite para su demostración en el proceso; de manera que al propio tiempo

que se protege el derecho de establecer la filiación que se investiga no se coloque al demandado de tal manera que la sola imputación de ser padre del demandante le abra fácilmente el paso a otras reclamaciones con otros propósitos.

Se dice en parte de la doctrina, que la sentencia declarativa de paternidad, no se puede dictar sino en los casos en que hay plena prueba, plena certeza de la relación paterno-filial; o lo que es lo mismo, que no haya la menor duda sobre la condición paterna del posible vencido en juicio, y esto sin duda se consigue con la prueba del ADN.

Por esta razón el juez debe analizar si existe la evidencia de las relaciones sexuales entre la madre y el padre alegado en el período posible de la concepción; y decretar y ordenar La práctica del dictamen pericial de las pruebas biológicas, pues sin duda que en estos casos el dictamen pericial es el mejor medio probatorio en el juicio de investigación de la paternidad.

Siempre he manifestado que más allá de la ética, la moral y la razón, la Constitución Política y la Ley a través de sus ejecutores los señores jueces deben restablecer el delicado equilibrio social, todo ello encaminado a lo que se denomina “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”, sin olvidar los preceptos constitucionales en donde dice: “En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de Los demás”, en concordancia con el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Los señores jueces en general y especialmente Señores Jueces de lo Civil y de La Niñez y Adolescencia, el hecho de declarar que el demandado es padre de X, tiene importantes consecuencias de carácter afectivo, familiar, social, sociológico etc., puede ser la realización de una vida, el rompimiento de una

familia, la imposición de una carga económica, por esto a mis alumnos en la Universidad Central les indico que el juicio de investigación de la Paternidad, es uno de los más delicados en nuestra legislación.

De todos modos vale la pena volver a señalar que corresponde al Juez valorar Las pruebas que acrediten el nexo biológico a falta de reconocimiento voluntario.

Finalmente veamos el efecto legal de la sentencia en esta clase de juicios, así en este caso la sentencia tiene efecto sólo entre las partes no respecto a terceros; pero puede ser impugnada por quien o quienes no fueron partes en el juicio y no resultan por tal afectados por la cosa juzgada, porque puede darse por ejemplo una colusión para perjudicar a los otros hijos legítimos, así lo señala la jurisprudencia.

## **5.2 Prescripción de la acción para declarar judicialmente la paternidad.**

Existen doctrinas en el derecho comparado que señalan que el tiempo para demandar el reconocimiento de la paternidad no prescribe ya que este es un derecho que tienen todas las personas.

En nuestra legislación, puntualmente me refiero al Art. 257 del Código Civil donde claramente señala que el tiempo prescribe a los diez años contados a partir de la mayoría de edad del hijo, por lo que se desprende que existe el tiempo suficiente para que el hijo que se sienta afectado presente las acciones que le asisten la ley en esta clase de demandas.

Diez años es un tiempo suficiente para presentar la acción de investigación de paternidad, con las determinaciones y requisitos que hemos visto en párrafos precedentes.

## **6.2 Extinción de la acción de investigación de la paternidad**

El Art. 260 de nuestro Código Civil donde se señala “la acción para investigar la paternidad o la maternidad, se extingue con la muerte de los supuestos padre o madre, respectivamente, aunque hubiere comenzado ya el juicio, salvo que ya se hubiere trabado la litis”<sup>51</sup>

La prescripción para presentar esta acción como ya dijimos prescribe a los diez años luego de adquirir la mayoría de edad, es decir que una persona tiene hasta los 28 años para exigir del supuesto padre la respectiva paternidad, lo que no ocurre con la extinción que es totalmente diferente, la acción para investigar la paternidad se extingue con la muerte de los mismos.

---

<sup>51</sup> CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Art. 260.

# **Capitulo VI**

## **DERECHO COMPARADO**

## **CAPÍTULO VI**

### **DERECHO COMPARADO**

#### **6.5 DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.**

La legislación Chilena, puntualmente al Código Civil Chileno, en relación al tema que nos concierne manifiesta lo siguiente:

Entre las reglas generales tenemos:

La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva.

La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo.

Es también filiación matrimonial la del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que este Código establece, o bien se determinen por reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por en la disposición pertinente. Esta filiación matrimonial aprovechará, en su caso, a la posteridad del hijo fallecido.

En los demás casos, la filiación es no matrimonial.

En el Código Chileno la filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo.

No obstante, subsistirán los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de su determinación, pero el hijo concurrirá en las sucesiones abiertas con anterioridad a la determinación de su filiación, cuando sea llamado en su calidad de tal.

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de la prescripción de los derechos y de las acciones, que tendrá lugar conforme a las reglas generales. La acreditación de la filiación determinada se realizará conforme con las normas establecidas en el mismo Código.

Además el código establece que el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a las reglas precedentes, ni reclamarse una distinta.

Con respecto a la determinación de la filiación matrimonial.

En el mismo cuerpo de Ley invocado el Art. 184. Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o al divorcio de los cónyuges.

No se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su

paternidad. La acción se ejercerá en el plazo y forma que se expresa en la misma ley con todo, el marido no podrá ejercerla si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido.

Regirá, en cambio, la presunción de paternidad respecto del nacido trescientos días después de decretado el divorcio, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo.

La paternidad así determinada o desconocida podrá ser impugnada o reclamada, respectivamente, de acuerdo con las reglas establecidas en la misma ley.

En cambio otra disposición dice que la filiación matrimonial dice que queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres, con tal que la maternidad y la paternidad estén establecidas legalmente en conformidad con los preceptos establecidos en la misma ley respectivamente.

Tratándose del hijo nacido antes de casarse sus padres, la filiación matrimonial queda determinada por la celebración de ese matrimonio, siempre que la maternidad y la paternidad estén ya determinadas con arreglo al Art. 186 o, en caso contrario, por el último reconocimiento conforme a lo establecido en el párrafo siguiente.

La filiación matrimonial podrá también determinarse por sentencia dictada en juicio de filiación, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Con respecto a la determinación de la filiación no matrimonial queda

determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación.

El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos:

Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres;

- En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil;
- En escritura pública, o
- En acto testamentario.

Si es uno solo de los padres el que reconoce, no será obligado a expresar la persona en quien o de quien tuvo al hijo.

El reconocimiento que no conste en la inscripción de nacimiento del hijo, será subinscrito a su margen.

El hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación.

También lo es la confesión de paternidad o maternidad, prestada bajo juramento por el supuesto padre o madre que sea citado a la presencia judicial con tal objeto por el hijo o, si éste es incapaz, por su representante legal o quien lo tenga bajo su cuidado. En la citación, que no podrá ejercerse más de una vez con relación a la misma persona en caso de que concurra, se

expresará el objeto de la misma y se requerirá la presencia personal del supuesto padre o madre. El acta en que conste la confesión de paternidad o maternidad se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, para lo cual el tribunal remitirá al Registro Civil copia auténtica.

Si el citado no compareciere personalmente a la audiencia fijada por el tribunal, se podrá solicitar una segunda citación dentro de los tres meses siguientes. Toda citación pedida de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona citada, obligará al solicitante a indemnizar los perjuicios causados al afectado.

Existe en el Código otra disposición legal que dice que no surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta, sin perjuicio del derecho a ejercer las acciones a que se refiere varias disposiciones en esta misma Ley.

El reconocimiento es irrevocable, aunque se contenga en un testamento revocado por otro acto testamentario posterior, y no susceptible de modalidades.

El reconocimiento no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción de éste al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Otra disposición legal que respecta al reconocimiento por acto entre vivos, podrá realizarse por medio de mandatario constituido por escritura pública y especialmente facultado con este objeto. El hijo que, al tiempo del reconocimiento, fuere mayor de edad, podrá repudiarlo dentro del término de un año, contado desde que lo conoció. Si fuere menor, nadie podrá repudiarlo

sino él y dentro de un año, a contar desde que, llegado a la mayor edad, supo del reconocimiento.

El curador del mayor de edad que se encuentre en interdicción por demencia o sordomudez, necesitará autorización judicial para poder repudiar.

El disipador bajo interdicción no necesitará autorización de su representante legal ni de la justicia para repudiar.

El repudio deberá hacerse por escritura pública, dentro del plazo señalado en el presente Artículo. Esta escritura deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

La repudiación privará retroactivamente al reconocimiento de todos los efectos que beneficien exclusivamente al hijo o sus descendientes, pero no alterará los derechos ya adquiridos por los padres o terceros, ni afectará a los actos o contratos válidamente ejecutados o celebrados con anterioridad a la subinscripción correspondiente.

Es importante indicar que respecto a la repudiación es irrevocable pero no se podrá repudiar el hijo que, durante su mayor edad, hubiere aceptado el reconocimiento en forma expresa o tácita. Pues la aceptación es expresa cuando se toma el título de hijo en instrumento público o privado, o en acto de tramitación judicial y es tácita cuando se realiza un acto que supone necesariamente la calidad de hijo y que no se hubiere podido ejecutar sino en ese carácter.

En otra norma legal se establece que si es muerto el hijo que se reconoce o si el reconocido menor falleciere antes de llegar a la mayor edad, sus herederos podrán efectuar la repudiación dentro del año siguiente al reconocimiento, en el

primer caso, o de la muerte, en el segundo, sujetándose a las disposiciones de las disposiciones anteriores.

Si el reconocido mayor de edad falleciere antes de expirar el término que tiene para repudiar, sus herederos podrán efectuar la repudiación durante el tiempo que a aquél hubiese faltado para completar dicho plazo.

La repudiación de cualquiera de los reconocimientos que dan lugar a la filiación matrimonial de los nacidos antes del matrimonio de los padres, que fuere otorgada en conformidad con las normas anteriores, impedirá que se determine legalmente dicha filiación.

De lo que respecta a las acciones de filiación. La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en las normativas legales que analizaremos

El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia.

Dentro del trámite legal el juez sólo dará curso a la demanda si con ella se presentan antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda. Cuando no le dé curso por este motivo, ordenará notificar su resolución de oficio y por receptor de turno a la persona contra quien se intentó la acción.

El proceso tendrá carácter de secreto hasta que se dicte sentencia de término, y sólo tendrán acceso a él las partes y sus apoderados judiciales. La persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado.

En los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte. No obstante, para estos efectos será insuficiente por sí sola la prueba testimonial, y se aplicarán a la de presunciones los requisitos establecidos en la Ley.

En relación a las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un informe pericial biológico.

La negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del Código de Procedimiento Civil.

La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.

La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal.

La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción

entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.

La acción para impetrar la nulidad del acto de reconocimiento por vicios de la voluntad prescribirá en el plazo de un año, contado desde la fecha de su otorgamiento o, en el caso de fuerza, desde el día en que ésta hubiere cesado.

Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedarán privados de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente.

El padre o madre conservará, en cambio, todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes.

Sin embargo, se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que esté privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos. El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante.

En cuanto a las acciones de reclamación la filiación matrimonial corresponde exclusivamente al hijo, al padre o a la madre.

En el caso de los hijos, la acción deberá entablarse conjuntamente contra

ambos padres. Si la acción es ejercida por el padre o la madre, deberá el otro progenitor intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad.

La acción de reclamación de la filiación no matrimonial corresponde sólo al hijo contra su padre o su madre, o a cualquiera de éstos cuando el hijo tenga determinada una filiación diferente, para lo cual se sujetarán a lo dispuesto en la Ley. Podrá, asimismo, reclamar la filiación el representante legal del hijo incapaz, en interés de éste.

En el caso de que el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.

Si el caso se hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser ejercida por sus herederos, dentro del plazo de tres años contado desde la muerte. O si el hijo falleciere antes de transcurrir tres años desde que alcanzare la plena capacidad, la acción corresponderá a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dicho plazo. El plazo o su residuo empezarán a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad.

Si estuviese determinada la filiación de una persona y quisiere reclamarse otra distinta, deberán ejercerse simultáneamente las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la nueva filiación.

Reclamada judicialmente la filiación, el juez podrá decretar alimentos provisionales en los términos previstos en artículos posteriores.

El concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad.

Si el supuesto padre probare que la madre cohabita con otro durante el período legal de la concepción, esta sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquél.

En la legislación Chilena la impugnación e la paternidad se rige con respecto a los siguientes parámetros

1. La filiación queda sin efecto por impugnación de la paternidad o de la maternidad conforme con los preceptos que siguen.
2. La paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio podrá ser impugnada por el marido dentro de los ciento ochenta días siguientes al día en que tuvo conocimiento del parto, o dentro del plazo de un año, contado desde esa misma fecha, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de la mujer.

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente; a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto.

3. Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta a la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación mencionado en el inciso precedente.

4. Si el marido muere sin conocer el parto, o antes de vencido el término para impugnar señalado en disposición anterior, la acción corresponderá a sus herederos, y en general, a toda persona a quien la pretendida paternidad irrogare perjuicio actual, por ese mismo plazo, o el tiempo que faltare para completarlo.

Cesará este derecho, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público.

5. La paternidad a que se refiere la norma jurídica anterior también podrá ser impugnada por el representante legal del hijo incapaz, en interés de éste, durante el año siguiente al nacimiento.

El hijo, por sí, podrá interponer la acción de impugnación dentro de un año, contado desde que alcance la plena capacidad.

En el juicio de impugnación de la paternidad del hijo de filiación matrimonial, la madre será citada, pero no obligada a parecer.

6. La paternidad determinada por reconocimiento podrá ser impugnada por el propio hijo, dentro del plazo de dos años contado desde que supo de ese reconocimiento.

Si el hijo fuese incapaz, esta acción se ejercerá conforme a las reglas previstas en esta misma ley. Y si el hijo muere desconociendo aquel acto, o antes de vencido el plazo para impugnar la paternidad, la acción corresponderá a sus herederos por el mismo plazo o el tiempo que faltare para completarlo, contado desde la muerte del hijo.

Todo lo anterior se aplicará también para impugnar la paternidad de los

hijos nacidos antes del matrimonio de sus padres, pero el plazo de dos años se contará desde que el hijo supo del matrimonio o del reconocimiento que la producen.

También podrá impugnar la paternidad determinada por reconocimiento toda persona que pruebe un interés actual en ello, en el plazo de un año desde que tuvo ese interés y pudo hacer valer su derecho.

Tienen derecho a impugnarla, dentro del año siguiente al nacimiento, el marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta.

Podrán también impugnarla, en cualquier tiempo, los verdaderos padre o madre del hijo, el verdadero hijo o el que pasa por tal si se reclama conjuntamente la determinación de la auténtica filiación del hijo verdadero o supuesto. Si la acción de impugnación de la maternidad del pretendido hijo no se entablare conjuntamente con la de reclamación, deberá ejercerse dentro del año contado desde que éste alcance su plena capacidad. No obstante haber expirado los plazos establecidos en este Artículo, en el caso de salir inopinadamente a la luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, podrá subsistir o revivir la acción respectiva por un año contado desde la revelación justificada del hecho.

Se concederá también la acción de impugnación a toda otra persona a quien la maternidad aparente perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria, o abintestato, de los supuestos padre o madre, siempre que no exista posesión notoria del estado civil.

Esta acción expirará dentro de un año, contado desde el fallecimiento de dichos padre o madre.

7. No procederá la impugnación de una filiación determinada por sentencia firme, sin perjuicio de lo que se dispone en este Código.

La sentencia que dé lugar a la acción de reclamación o de impugnación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, y no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción.

## **6.6 DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.**

En la legislación Colombiana, específicamente en el Código Civil Colombiano, se refiere a los hijos legítimos concebidos en matrimonio de lo que manifiesta lo siguiente:

Dentro de las reglas generales está la presunción de Legitimidad. El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.

En la Impugnación de la Paternidad. El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.

2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.

En el artículo 215 del Código Civil la impugnación por adulterio. El adulterio de la mujer, aún cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre.

Los titulares de la Acción de Impugnación, Podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento cuarenta (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológica.

El Plazo establecido para Impugnar, el hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológica.

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto.

Las personas que soliciten la prueba científica lo harán por una sola vez y a costa del interesado; a menos que no cuenten con los recursos necesarios para solicitarla, podrán hacerlo siempre y cuando demuestren ante ICBF que

no tienen los medios, para lo cual gozarán del beneficio de amparo de pobreza consagrado en la Ley 721 de 2001.

Con respecto a la vinculación al Proceso del Presunto Padre Biológico. El juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre.

En lo referente a la Impugnación por Terceros. Los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público.

Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo, podrán oponerle la excepción en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos.

A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio.

Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer desde antes de la disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha en que empezó esta imposibilidad.

Lo dicho acerca de la disolución se aplica al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio.

El Plazo para Impugnar.- Los herederos y demás personas actualmente interesadas tendrán, para provocar el juicio de ilegitimidad, sesenta días de plazo, desde aquel en que supieron la muerte del padre, en el caso del artículo 219, o en que supieron el nacimiento del hijo, en el caso del artículo 220.

Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo legítimo, podrán oponerle la excepción de ilegitimidad en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos.

Si el marido hubiere desaparecido, el primero de los plazos señalados en este artículo se contará desde el primer Decreto de posesión concedida a sus herederos presuntivos.

La legislación colombiana en lo que respecta a la impugnación por Ascendientes dice que los ascendientes del padre o la madre tendrán derecho para impugnar la paternidad o la maternidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión de sus hijos, pero únicamente podrán intentar la acción con posterioridad a la muerte de estos y a más tardar dentro de los 140 días al conocimiento de la muerte.

El nombramiento de Curador por el Juez, en Caso de Impugnación de Filiación de Hijo Menor. Una vez impugnada la filiación del hijo, si este fuere menor de edad, el juez nombrará curador al que lo necesitare para que le defienda en el proceso.

Esta legislación prevé también la indemnización por Declaración de Ilegitimidad. Durante el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad se presumirá la paternidad del hijo, pero cuando exista sentencia en firme el actor tendrá derecho a que se le indemnice por los todos los perjuicios causados.

## **6.7 DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.**

En el Código Civil Argentino podemos encontrar aspectos relacionados con la filiación y con el tema de nuestra investigación, en el que expresa:

Dentro de las disposiciones Generales encontramos que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.

La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas expedirá únicamente certificados de nacimiento que sean redactados en forma que no resulte de ellos si la persona ha sido o no concebida durante el matrimonio o ha sido adoptada plenamente.

Como se ha venido realizando el análisis respectivo en lo referente a la impugnación de paternidad, la legislación argentina también establece la determinación de la maternidad.

### Determinación de la Paternidad Matrimonial

Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

Si mediaren matrimonios sucesivos de la madre se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, tiene por padre al primer marido; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene por padre al segundo marido.

Las presunciones establecidas en este artículo admiten prueba en contrario.

Aun faltando la presunción de la paternidad del marido en razón de la separación legal o de hecho de los esposos, el nacido será inscripto como hijo de los cónyuges si concurre el consentimiento de ambos.

Con respecto a la determinación y Prueba de la Filiación Matrimonial, el Código dice:

La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba:

Por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio de los padres, de conformidad con las disposiciones legales respectivas.

Por sentencia firme en juicio de filiación.

La determinación de la paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.

#### Del Reconocimiento de la Filiación

El reconocimiento del hijo resultará: De la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;

De una declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido.

De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental.

El reconocimiento efectuado es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo.

El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama.

Otra disposición legal dice que en el acto de reconocimiento es prohibido declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo haya reconocido ya o lo haga en el mismo acto.

No se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación establecida.

#### Las Acciones de Filiación - Disposiciones Generales

El derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.

La reclamación de filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de esta última.

En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte.

### **6.8 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD ENTRE LOS CÓDIGOS CIVILES ECUATORIANO, CHILENO, COLOMBIANO Y ARGENTINO.**

#### **SEMEJANZAS**

##### CHILE

- La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en la legislación Chilena.

- El derecho de reclamar la paternidad es imprescriptible
- El derecho de reclamar la paternidad es irrenunciable.
- Los efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia.
- El juez sólo dará curso a la demanda si con ella se presentan antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda.
- En los juicios sobre determinación de la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte.
- La prueba testimonial es insuficiente por sí sola.
- Las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez.
- La negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra.

## COLOMBIA

- El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos:
  - Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.
  - Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción.
  - Podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero

permanente y la madre, dentro de los ciento cuarenta (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológica.

## ARGENTINA

- Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.
- Si mediaren matrimonios sucesivos de la madre se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, tiene por padre al primer marido; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene por padre al segundo marido.
- Las presunciones establecidas en este artículo admiten prueba en contrario.
- Aun faltando la presunción de la paternidad del marido en razón de la separación legal o de hecho de los esposos, el nacido será inscrito como hijo de los cónyuges si concurre el consentimiento de ambos.

- La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.
- De la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;
- De una declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido.

## **DIFERENCIAS**

Dentro de las diferencias que existen en cuanto a la impugnación de paternidad se debe manifestar que hay muy pocas toda vez, que el marco legal tipificado para esta clase de trámites son muy similares entre sí, como por ejemplo:

### **CHILENO**

Cuando no le dé curso por este motivo, ordenará notificar su resolución de oficio y por receptor de turno a la persona contra quien se intentó la acción.

El proceso tendrá carácter de secreto hasta que se dicte sentencia de término, y sólo tendrán acceso a él las partes y sus apoderados judiciales.

La persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado

Otra disposición legal que la hace diferente de las demás legislaciones es la siguiente:

- Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un informe pericial biológico.

O que sucede en nuestra legislación ecuatoriana, que en este caso la parte interesada puede solicitar hasta por dos ocasiones la práctica de los exámenes de ADN, aclarándose que la rebeldía a practicarse los exámenes biológicos provoca indicios de responsabilidad

Esta disposición también tiene diferencia de la nuestra, ya que la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.

Aclarando que la posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal.

Se toma en consideración este aspecto moral que prevalece al aspecto legal, y que también tiene relevancia dentro de nuestro trabajo de investigación.

## COLOMBIANO

Dentro de la legislación colombiana, existe una disposición de interés común y que respecta al plazo para impugnar. El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológica.

Con la sola presunción de la residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará conjeturar que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto.

El adulterio de la mujer, aún cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre.

## ARGENTINO

En esta legislación argentina, no existen muchas diferencias, tomando en consideración que el marco legal abarca a la mayoría de países latinos, y es así que:

Si mediaren matrimonios sucesivos de la madre se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, tiene por padre al primer marido; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o

anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene por padre al segundo marido.

Las presunciones establecidas en esta disposición admiten prueba en contrario.

Otra disposición se basa en que el reconocimiento efectuado es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo.

En la legislación argentina se admiten tan solo una vez, el petitorio para la realización del examen pericial biológico para verificar la paternidad, lo que no sucede en comparación con la nuestra por las razones antes singularizadas.

Las personas que soliciten la prueba científica lo harán por una sola vez y a costa del interesado; a menos que no cuenten con los recursos necesarios para solicitarla, podrán hacerlo siempre y cuando demuestren que no tienen los medios, para lo cual gozarán del beneficio de amparo de pobreza consagrado en la Ley 721 de 2001.

# **Capítulo VII**

## **INVESTIGACIÓN DE CAMPO**

## INVESTIGACIÓN DE CAMPO

### 8. APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

#### 7.1 Presentación de resultados

En el contexto general de este trabajo investigativo mismo que me ha llevado a sustentar jurídicamente este proyecto “Reforma al Art. 260 del Código Civil sobre la Declaratoria de la Paternidad después de la muerte del supuesto padre o madre”.

Dentro del trabajo de campo he realizado una encuesta, cuyo contenido se muestra en páginas posteriores, fue realizado en el medio de la clase Abogadil, tuve la oportunidad de conversar, compartir e intercambiar ideas jurídicas con Abogados que de una u otra manera están de acuerdo con este tema a tratarse, ya que ellos mismos sienten la necesidad de implantar esta reforma, en vista a la impotencia que se siente, al defender a personas de escasos recursos económicos, que no cuentan con los medios necesarios para contratar los servicios profesionales de un Abogado, y más aún cuando sus legítimos derechos han sido conculcados, ocasionando daños irreparables en las personas agraviadas.

Al realizar las encuestas a litigantes y personas afectadas por dicha demanda, pase una serie de inconvenientes ya que no todos estaban en la total disposición de ayudarnos a continuar con nuestro trabajo de investigación.

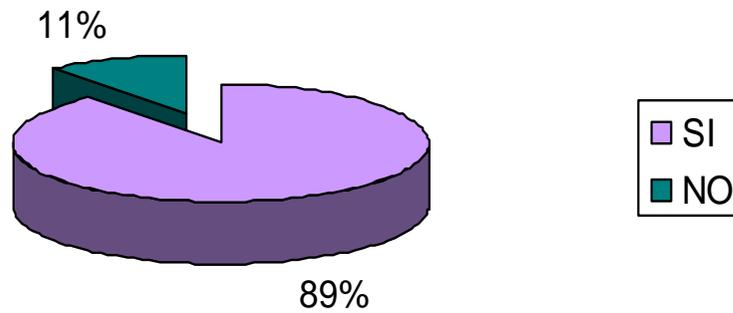
Al trajinar en la operación de esta encuesta, como es obvio, tuve divergencias de criterios legales, con los diversos estudiantes de derecho de las universidades de esta ciudad de Ibarra, en el sentido de que existen muchas tendencias en las que están de acuerdo con la investigación de la paternidad, amparándose en los principios fundamentales de los derechos que tienen tanto los Hijos como los padres, los cuales se consagran en nuestro Código Civil ecuatoriano que en estos tiempos están en apogeo.

Han intervenido dentro de esta encuesta, los empleados y funcionarios que laboran dentro de la Función Judicial de esta ciudad de Ibarra, han prestado su contingente legal y su predisposición para poder llevar a cabo esta faena de investigación.

Y finalmente he pedido el apoyo de varias secretarias y de personas que de una u otra forma están inmersos dentro de este tema en investigación, sean ya, testigos que han declarado en los juicios por demanda de declaratoria de paternidad, así como también de familiares de los litigantes que se hallan en este proceso judicial, y más personas que mantienen relación directa o indirecta con los agraviados.

**REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**  
**PREGUNTA 1: ¿Es usted mayor de edad?**

**GRAFICO 1**

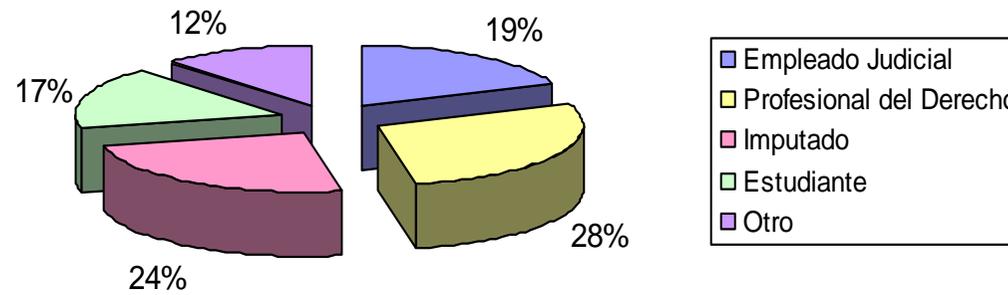


**ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL**  
**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**

## REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS

PREGUNTA 2: Su actividad profesional es:

GRAFICO 2

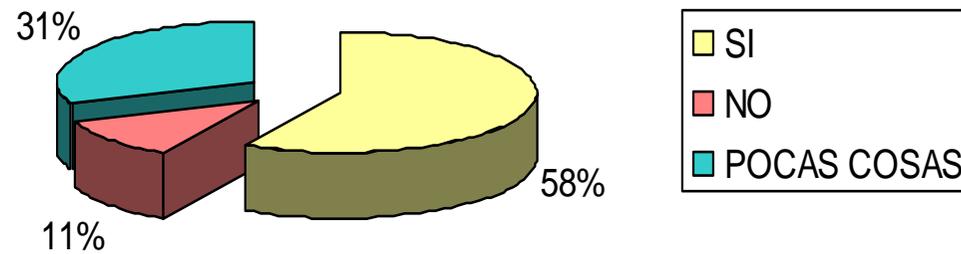


ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL

FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS  
**PREGUNTA 3: ¿Sabe usted el significado de la  
palabra paternidad?**

GRAFICO 3



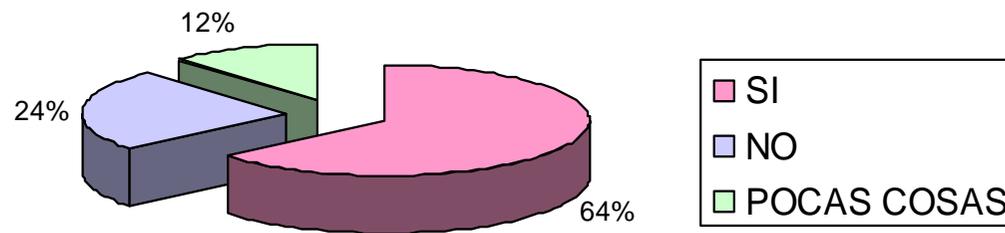
ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL

**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**

**REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**

**PREGUNTA 4: ¿Conoce usted los derechos y garantías que tiene los hijos ante la paternidad responsable en nuestra Legislación?**

**GRAFICO 4**



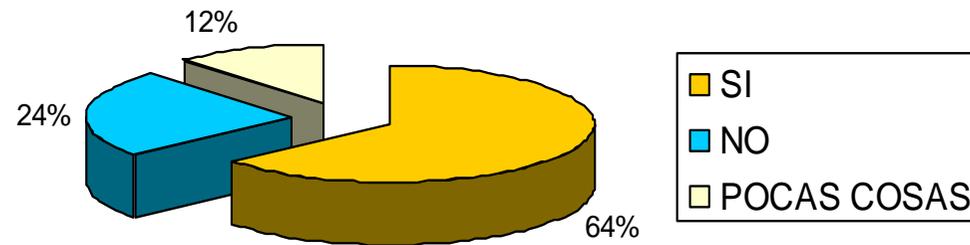
**ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL**

**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**

**REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**

**PREGUNTA 5: ¿Conoce usted en que consiste la investigación de la paternidad?**

**GRAFICO 5**



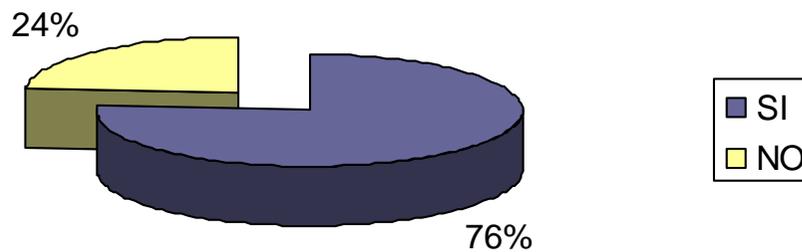
**ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL**

**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**

**REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**

**PREGUNTA 6: ¿Está de acuerdo Ud. con la investigación de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre?**

**GRAFICO 6**



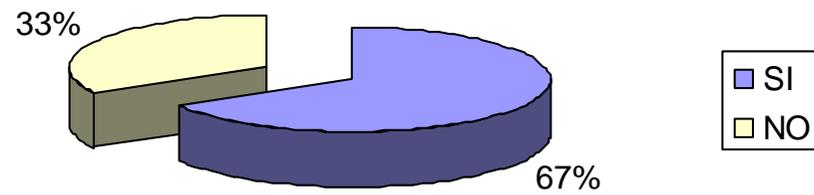
**ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL**

**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**

**REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**

**PREGUNTA 7: ¿Considera usted que esta  
disposición esta en contraposición con la  
Constitución Política del Estado?**

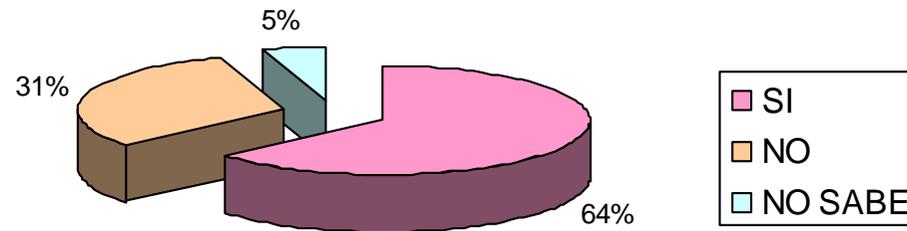
**GRAFICO 7**



**ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL**  
**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**  
**REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**

**PREGUNTA 8: ¿Piensa usted que se debería buscar alternativas para regular esta disposición, acerca de la declaratoria de la paternidad?**

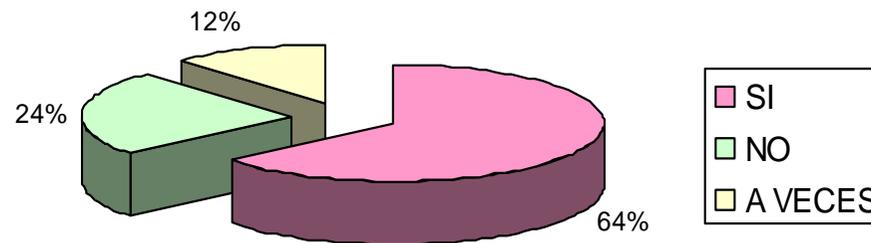
**GRAFICO 8**



**ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL**

**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**  
**REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**  
**PREGUNTA 9: ¿Cree que el examen de ADN para**  
**investigar la paternidad es efectivo?**

**GRAFICO 9**



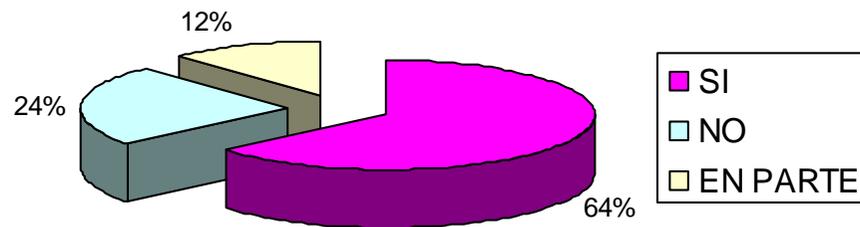
**ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL**

**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**

**REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**

**PREGUNTA 10: ¿Cree usted necesario que se  
haga una reforma al Código Civil en relación a la  
declaratoria de la paternidad?**

**GRAFICO 10**



**ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL**

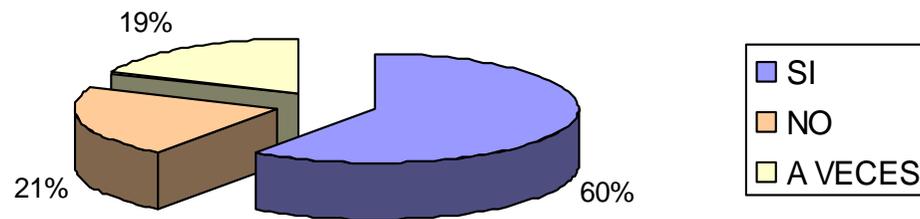
**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**

**REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**

**PREGUNTA 11: ¿Considera usted que es factible la reforma a la ley, para que la declaratoria de la**

**paternidad tenga las debidas garantías  
constitucionales?**

**GRAFICO 11**



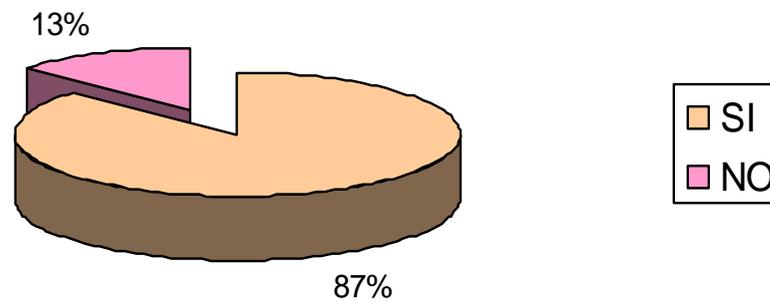
**ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL**

**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**

**REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**

**PREGUNTA 12: ¿Piensa usted, que los casos en los cuales se puede autorizar la investigación de la paternidad son correctos?**

**GRAFICO 12**



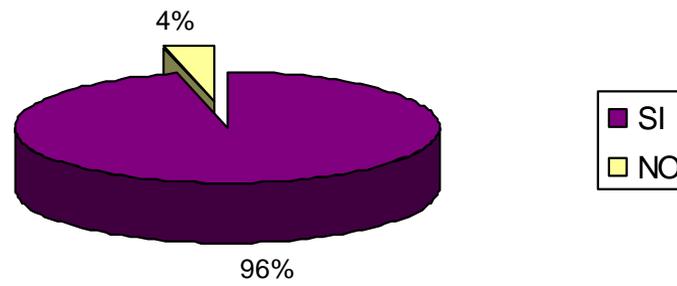
**ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL**

**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**

**REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE RESULTADOS**

**PREGUNTA 13: ¿Está conciente de que para  
mejorar la sociedad es menester un cambio de  
actitudes individuales y colectivas?**

**GRAFICO 13**



**ELABORACIÓN: AB. YOLANDA QUELAL**

**FUENTE: JUZGADOS, FUNCIONARIOS, ABOGADOS Y LITIGANTES**

## 7.2 Análisis de resultados.

### GRÁFICO 1

Nuestra encuesta comienza preguntando a los encuestados si es mayor de edad o no, ya que podemos partir de la premisa que estamos tratando con personas maduras jurídicamente hablando y que seguramente aportaran en forma positiva a la misma.

Como podemos apreciar en la representación gráfica, únicamente el 11% son personas menores de edad, la mayor parte de encuestados que representa el 89% son mayores de edad, así podemos deducir fácilmente que la mayoría de las personas tienen conocimientos legales.

### GRÁFICO 2

En la siguiente pregunta averiguamos la ocupación del personal que fue entrevistado, entre ellos están, constituyendo el 19% los empleados judiciales, en los que están incluidos, los ayudantes judiciales, y los secretarios, tenemos también con un 28% a los profesionales del derecho, entre ellos, los Doctores en jurisprudencia, los Abogados y los licenciados que de una u otra manera aportan en la aplicación de la administración de justicia, igualmente constan los imputados que personifican el 24% de los encuestados, los estudiantes en un 17% y finalmente están la población mas reducida, se encuentran otras personas totalmente ajenas al tema de investigación pero que igual aportaron con nuestra investigación ellos representan el 12%.

### GRÁFICO 3

La mayor parte de los encuestados que representan el 58%, saben el significado de la palabra paternidad, algunos basados en términos jurídicos y los demás conocen la paternidad en un ámbito general, el otro 11% no conoce el concepto de dicho término y el restante 31% está al tanto del tema pero no en su totalidad.

### GRÁFICO 4 y 5

Los gráficos número cuatro y cinco nos indica que el 64% los encuestados que corresponden a los empleados judiciales, profesionales del derecho y unos cuantos imputados, conocen los derechos y garantías que tiene los hijos ante la paternidad responsable en nuestra legislación así como también conocen en que consiste la investigación de la paternidad, el 12% de las personas entrevistadas dicen que conocen poco y el restante 24% no conocen nada acerca de los temas ya mencionado.

### GRÁFICO 6

La pregunta número 6 dice que si estamos de acuerdo con la investigación de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre o madre, a lo que el 76% de los encuestados respondieron que si que se debería realizar esta investigación para evitar toda clase de inconvenientes entre las partes afectadas. El restante 24% piensa que es un procedimiento innecesario.

### GRÁFICO 7 y 8

La representación gráfica de las preguntas 7 y 8 nos demuestran que un gran porcentaje de encuestados, es decir el 67 y 64% respectivamente, piensan que las disposiciones acerca de la investigación de la paternidad, están en contraposición a lo que menciona la Constitución Política del Estado y que se debería buscar alternativas para regular esta disposición, acerca de la declaratoria de la paternidad, por otra parte un porcentaje mínimo, el 33 y 36% contrastan con estas respuestas

### GRÁFICO 9

La siguiente les pregunta si cree que el examen de ADN para investigar la paternidad es efectivo. El 64% de respuestas fueron positivas pues si creen en la efectividad de este examen, pero en cambio el 24% de encuestados respondieron negativamente unos porque no estaban al tanto de la práctica del examen y las otras personas que personifican el 12% creen que es efectivo pero no es un ciento por ciento confiable, que en ocasiones se pueden producir errores.

### GRÁFICO 10

La representación gráfica de la pregunta 10 demuestra que el 64% de encuestados piensan que es necesario que se haga una reforma al Código Civil en relación a la declaratoria de la paternidad, el otro 24% creen que dicha reforma no hace falta en la situación trazada, en cambio el restante 12% opina que se debería reformar pero en partes no por completo.

### GRÁFICO 11

La respuesta a esta pregunta acerca de que si considera que es factible la reforma a la ley, para que la declaratoria de la paternidad tenga las debidas garantías constitucionales, es positiva en un 60%, hubo casos claro, en los que no estuvieron del todo de acuerdo con las propuestas planteadas, estos figuran el 40%.

### GRÁFICO 12

La siguiente pregunta nos dice si piensa, que los casos en los cuales se puede autorizar la investigación de la paternidad son correctos, a lo que el 87% respondieron que si son apropiadas para cada caso que se presente en los que se pueda solicitar esta investigación, el 13% son personas que no estaban al tanto del tema no dieron su opinión.

### GRÁFICO 13

Finalmente el 96% de encuestados están concientes y en absoluta concordancia, en que para cambiar a nuestro país necesitamos la colaboración de todos los ciudadanos, esforzándonos por trabajar dignamente por un mejor porvenir.

## **Capítulo VIII**

### **CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROYECTO DE REFORMA**

## **CAPÍTULO VIII**

### **CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROYECTO DE REFORMA**

#### **8.4 CONCLUSIONES.**

De la ardua labor desempeñada en este trabajo investigativo, me queda la inmensa satisfacción de haber culminado con una faena productiva, haciendo un enfoque general de lo que representa y refleja nuestro actual sistema judicial.

Este trabajo investigativo dedica buena parte de su exposición a abordar el tema de la investigación jurídica de la declaratoria de paternidad dentro de la normativa legal de nuestro Ecuador, tema éste que se ha venido transformándose en el tiempo y en el devenir de las diferentes épocas sus a través de sus diversas reformas, y desde el punto de vista de diferentes tratadista y sobre todo el tedioso y largo tramite que se hace en los diversos juzgados de lo civil, en la conocida vía ordinaria, que por cierto es la más arría ya que admite toda clase de incidentes en la sustanciación de la causa.

Siendo ésta la principal razón que me ha motivado a realizar esta labor investigativa, proponer una reforma a Art. 260 del Código Civil en relación a la declaratoria de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre, toda vez que el marco jurídico de nuestra legislación no contempla el aspecto afectivo y emocional de quienes son hijos y por los asares del destino sus progenitores fallecen sin haberles hecho el reconocimiento como tales, es esta inquietud que me inspiro a contribuir con mi aporte a la reforma de esta norma legal.

Lamento la existencia y proliferación de interferencias, en la correcta aplicación de leyes protectoras a favor de quienes se quedan sin ser reconocidos por sus verdaderos progenitores en lo que respecta a la investigación de la paternidad, todo lo cual exige la inmediata reforma para que dichas garantías y derechos que tantas veces pondera el Estado sean fielmente cumplidas, con los objetivos sociales en beneficio de la libertad y la paz social proclamados por todos los pueblos del mundo.

Se hace un enfoque permanentemente, a los positivos resultados de tan apreciada reforma de Ley, se proclama lo valioso, lo eficiente y lo acertado de este proyecto, poniendo en evidencia que todos los ciudadanos, especialmente nosotros que estamos inmersos dentro de la administración de justicia tenemos la facultad de aportar con nuestro apoyo y contingente para que las personas que no han sido reconocidas por su padres biológicos, sean debidamente atendidas con lo que estaríamos fomentando la ansiada justicia social para todos.

Con esta investigación contribuyo notablemente a destacar el valor del sustento jurídico para proclamar la reforma del Artículo 260 del Código del Civil, en cuanto se refiere a la investigación de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre o madre, mi aporte es bastante concreto, ya que no hay expresión democrática, voluntaria y soberana del pueblo, cuando las leyes vulnera estos principios de equidad, generalidad y proporcionalidad que son calificados de categoría universal y que están consagrados en la Carta magna del Estado.

Plasmo mi contingente en este trabajo fecundo de investigación, para contribuir en la aplicación de las normas legales referentes a la investigación de la paternidad en el caso de fallecimiento del supuesto padre, en bien de la evolución positiva de quienes no han sido reconocidos por sus padres

biológicos y cuya parte afectiva ha sido lesionada, con lo que, directamente se fomenta el crecimiento del imperio de la Justicia para que se afiance firmemente la base de la sociedad que somos todos nosotros.

Para finalizar estas conclusiones, es vital recalcar la importancia que tenemos todos los ciudadanos de aportar con actitudes positivas tanto individuales como colectivas y rescatar la dignidad que como personas de este medio social nos merecemos, procurando siempre vivir en armonía con todos y dar a cada quien lo que se merece a través de la anhelada justicia social.

Tenemos que reconocer, con dolor que en nuestro país, la familia actual tan fugaz y tan efímera sobre todo por la emigración de los ecuatorianos, se funde cada día más en la certeza de “padre no es el que crea sino el que cría”; y hoy muchas personas sentirán satisfacción al no saber quien es su padre biológico y no ocultarán su orgullo de sentirse hijos de quien “han recibido todo lo que otro probablemente les negó o les hubiere negado”.

Como bien se conoce en 1994 se celebró el año de la familia y se dijo con razón “todas las personas aún antes de nacer tienen derecho especialmente a saber quienes son sus padres y a recibir de ellos el afecto y la protección que su condición los merece”

De acuerdo al estado actual de la ciencia y la técnica médica, podemos afirmar, que biológicamente la filiación es perfectamente demostrable con total certeza.

La negativa a dejarse tomar exámenes se dice es un proceder de mala fe puesto que el examen es un procedimiento inocuo, indoloro y atraumático. La seguridad de estas pruebas científicas se basa en una serie de cuidados que debe tener el responsable de efectuarlas, solo así se garantiza su resultado científico.

## 8.2. RECOMENDACIONES

Dentro de este parámetro, constan las buenas intenciones que como abogada siendo una profesional más de mi país, y que como funcionaria judicial recomiendo:

1. Que se busque con suma urgencia un reordenamiento jurídico, empezando con la Constitución Política del Estado, hasta el Código Civil a fin de que se garantice la convivencia social y se haga posible la administración de la justicia en cuanto se refiere a la declaratoria de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre.
2. Que los magistrados, jueces, y funcionarios judiciales hagamos mérito a nuestras funciones estableciendo altas y serias responsabilidades para el fiel cumplimiento de nuestras obligaciones en aras de conseguir la correcta aplicación de las garantías constitucionales a favor de quienes buscan ser reconocidos por sus padres biológicos, a través de la investigación de la paternidad.
3. Me permito recomendar a toda la clase abogadil, que nuestra misión es ayudar a que se exteriorice y materialice la voluntad de quienes necesitan ser hijos legítimos a través de la declaratoria de la paternidad en el caso de fallecimiento del supuesto padre, mediante una tramitación justa y sin dilaciones que cubra sus expectativas y les permita acceder al reconocimiento de sus padres biológicos a fin de poder realizarse como personas y ciudadanos de bien.

4. Que los litigantes que emprenden la causa de reconocimiento judicial a través de la declaratoria de paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre finquen sus esperanzas juntamente con sus defensores en una verdadera cruzada contra la corrupción que actualmente campea, impidiendo que personas inescrupulosas ejecuten actos que falsean a la verdad y atenten contra la honra y dignidad de las personas y especialmente de quienes se sienten afectados por no tener el reconocimiento de sus padres biológicos.
  
5. Y Que todas las personas aportemos al engrandecimiento de nuestra patria mas justa y soberana, procediendo transparentemente en todos nuestros actos, no fomentando la corrupción y trabajando fecundamente con el estricto afán de conseguir justicia social empezando por quienes necesitan ser hijos legítimos de sus padres biológicos, de manera tal que propendamos al crecimiento del desarrollo del Ecuador.

### **8.3 Proyecto de reformas al Art. 260 del Código Civil, en relación a la declaratoria de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre o madre.**

*La República del Ecuador*

*El Honorable Congreso Nacional*

CONSIDERANDO:

- Que las disposiciones legales en cuanto se refiere a la investigación jurídica de la paternidad constantes en el Código Civil, no hace efectivas las garantías constituciones proclamadas en la Carta Magna, como tampoco cubre las

**necesidades básicas prioritarias y apremiantes de quienes requieren ser reconocidos judicialmente a través de la declaratoria de paternidad en el caso de fallecimiento del supuesto padre,**

- Que el trámite para el reconocimiento judicial, requiere de un sistema de regulación moderada e inmediata, tendente a la eficaz aplicación de las disposiciones legales, y, a conseguir con celeridad dichas garantías,**

- **Que las facultades concedidas a los funcionarios judiciales y las diversas dependencias públicas dedicadas a la administración de justicia, se hagan extensivas a todas las personas, para que puedan proporcionar ayuda en la aplicación de los derechos de quienes buscan ser reconocidos como hijos legítimos de sus padres biológicos aún cuando hayan fallecido.**
- **Y que todas las personas que se sientan lesionadas en sus derechos de filiación, se apeguen a las normas legales y al debido proceso**

**y emprendan su accionar judicial cubriendo las prioridades más elementales a todos los ciudadanos que tengan calidad de litigantes.**

**En el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, previstos en el Art. 130, numeral 5, de la Constitución Política del Estado; resuelve expedir la siguiente:**

**LEY REFORMATORIA AL ARTÍCULO 260 DEL CODIGO CIVIL**

**Art. 1.- Sustituir el Art. 260 del Código Civil por el siguiente:**

**“La acción para investigar la paternidad o maternidad no se extinguirá a causa**

**de la muerte de los supuestos padre o madre respectivamente, el juicio continuará, para cuyo efecto se utilizarán los medios técnicos y científicos para comprobar la paternidad o maternidad, en concordancia con el Art. 131 del Código de la Niñez y Adolescencia.**

**El juez de conformidad a la sana crítica y dentro del respectivo término probatorio podrá pedir que se evacue las pruebas para establecer la paternidad o maternidad, como son: a) prueba basada en la herencia de caracteres patológicos, b) prueba heredibiológica o antropomofologica,**

**c) pruebas hematológicas de compatibilidad inmunogenética, d) la prueba del ADN, y otros que estime convenientes según el caso”**

**Art. 2.- “Esta Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro oficial”**

**Dado en San Francisco de Quito, a los treinta días del mes de febrero del año dos mil nueve, en la sala de sesiones del H. Congreso Nacional.**

**PRESIDENTE**

**SECRETARIO**

## Bibliografía

1. ANBAR, 2006, Leyes Civiles, Diccionario y Guía de la Normativa de los Códigos Civil y Procedimiento Civil, Volumen III, Segunda Edición, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca – Ecuador
2. BALDAS SARRE Pedro. Derecho Civil. Tomo 1. Editor “El Ateneo”.- Buenos Aires- Argentina.
3. CABANELLAS Guillermo, 1.989, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 21 Edición. Editorial Heliasta. Argentina.
4. CABANELLAS, GUILLERMO, 1983, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Decimasexta Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina.
5. CALLE Mosquera Carlos. El Juicio de Investigación de Paternidad. Primera Edición.
6. CÓDIGO CIVIL. Actualizado en junio del 2005. Corporaciones de Estudios y Publicaciones.
7. CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. 1986, Biblioteca de Autores Cristianos. Editorial Católica S.A. Impreso en España. Madrid.
8. CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Impreso en Ecuador. Junio 2003. Gráfica Iberia. Quito.

9. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- 10.COELLO García Enrique. 1.999. Práctica Civil. Volumen III. Segunda Edición. Impreso en Talleres Gráficos de la U.T.P.L.
- 11.CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- 12.Diccionario Jurídico Espasa
- 13.ESCRICHE Joaquín, 1998, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo I, Segunda Edición, Editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá.
- 14.GUZMAN LARA, Aníbal, 1997, Diccionario Explicativo Derecho Civil, Ley- Personas, Legislación Social de Menores, Tomo II, Primera Edición, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador.
- 15.HERRERA ATARIHUANA Dalton. 1.997. Ética y Derechos Humanos. Impreso en Gráficas Hernández Cía. Ltda. Cuenca.
- 16.LARREA HOLGUÍN Juan. Manual de Derecho Civil. Tercera Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- 17.LARREA HOLGUIN, Juan, 2001, Derecho Civil del Ecuador, Filiación, Estado Civil y Alimentos, Tomo III, Cuarta Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador,

18. MAZEAUD Henri y LEÓN MAZEAUD Jean. Lecciones de Derecho Civil. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa — América. Buenos Aires.
19. MAZEAUD Henri y LEÓN MAZEAUD Jean. Lecciones de Derecho Civil. Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa — América. Buenos Aires.
20. PARRAGUEZ RUIZ Luis. Personas y Familia. Volumen 1. Tercera Edición. Impreso en Gráficas Hernández C. Ltda. Cuenca.
21. PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, 1983, Tratado Elemental de Derecho Civil, Primera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México DF.
22. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 1988, Derecho de Familia, Tomo II, Ediar Editores Ltda. Santiago de Chile



## ANEXO

### ENCUESTA

**Proyecto de “Reforma al Art. 260 del Código Civil en relación a la declaración de la paternidad en caso de fallecimiento supuesto del padre o madre”**

**1. ¿Es usted mayor de edad?**

SI ( ) NO ( )

**2. Su actividad profesional es:**

Empleado Judicial ( ) Profesional del Derecho ( ) Litigante ( )  
Estudiante ( ) otro ( )

**3. ¿Sabe usted el significado de la palabra paternidad?**

SI ( ) NO ( ) POCAS COSAS ( )

**4. ¿Conoce usted los derechos y garantías que tiene los hijos ante la paternidad responsable en nuestra Legislación?**

SI ( ) NO ( ) POCAS COSAS ( )

**5. ¿Conoce usted en que consiste la investigación de la paternidad?**

SI ( ) NO ( ) POCAS COSAS ( )

**6. ¿Está de acuerdo Ud. con la investigación de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre?**

SI ( ) NO ( ) ¿por qué? .....

**7. ¿Considera usted que esta disposición esta en contraposición con la Constitución Política del Estado?**

SI ( ) NO ( ) ¿por qué? .....

**8. ¿Piensa usted que se debería buscar alternativas para regular está disposición, acerca de la declaratoria de la paternidad?**

SI ( ) NO ( ) NO SABE ( )

**9. ¿Cree que el examen de ADN para investigar la paternidad es efectivo?**

SI ( ) NO ( ) A VECES ( )

**10.¿Cree usted necesario que se haga una reforma al Código Civil en relación a la declaratoria de la paternidad?**

SI ( ) NO ( ) EN PARTE ( )

**11.¿Considera usted que es factible la reforma a la ley, para que la declaratoria de la paternidad tenga las debidas garantías constitucionales?**

SI ( ) NO ( ) A VECES ( )

**12.¿Piensa usted, que los casos en los cuales se puede autorizar la investigación de la paternidad son correctos?**

SI ( ) NO ( ) ¿por qué? .....

**13.¿Está conciente de que para mejorar la sociedad es menester un cambio de actitudes individuales y colectivas?**

SI ( ) NO ( ) ¿por qué? .....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

# *Índice*

## **“Reforma al Art. 260 del Código Civil en relación a la declaratoria de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre o madre”.**

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

### **CAPÍTULO 1**

#### **FILIACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS HIJOS.**

##### **1. ACCIONES DE FILIACIÓN.**

Concepto.....	5
Clases de filiación.....	10

### **CAPÍTULO II**

#### **LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

2.1 Reseña histórica de la investigación de la paternidad.....	29
2.2 Concepto de paternidad.....	33
2.3 Elementos constitutivos del nombre.....	37

### **CAPÍTULO III**

#### **LOS HIJOS LEGITIMOS E ILEGITIMOS**

3.1 Etimología.....	41
3.2 Concepto.....	41

3.3 Clasificación.....	54
------------------------	----

## **CAPÍTULO IV**

### **CASOS DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

4.1 Los cinco casos de investigación de la paternidad.....	58
4.1.1 En caso de raptó o violación.....	59
4.1.2 Si, notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el Juez, si cree ser tal padre lo confiesa expresamente.....	61
4.1.3 En caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, o promesa de matrimonio.....	63
4.1.4 En caso del que el presunto padre y la madre, hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción.....	65
4.1.5 En 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 hizo en calidad de padre.....	69

## **CAPÍTULO V**

### **INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA DECLARATORIA DE PATERNIDAD.**

5. Personas que pueden demandar la declaración judicial de Paternidad.....	80
6.3 Primera instancia.....	80
6.3.1 Ante quien se demanda la declaración judicial de paternidad.....	81

6.3.2	Demanda de investigación de la paternidad.....	81
6.3.3	Requisitos de la demanda.....	83
6.3.4	Auto de admisión al trámite.....	84
6.3.5	Citación con la demanda.....	86
6.3.6	Contestación a la demanda.....	89
6.3.7	Junta de Conciliación.....	91
6.3.8	La prueba.....	93
6.3.9	La sentencia.....	96
6.3.10	Prescripción de la acción para declarar judicialmente la Paternidad.....	98
6.3.11	Extinción de la acción de investigación de la paternidad.....	99

## **CAPÍTULO VI DERECHO COMPARADO**

6.1	Declaración judicial de paternidad según el Código Civil Chileno.....	101
6.2	Declaración judicial de paternidad según el Código Civil Colombiano.....	114
6.3	Declaración judicial de paternidad según el Código Civil Argentino.....	118
6.4	Semejanzas y diferencias de la declaración judicial de paternidad entre los Códigos Civiles Ecuatoriano, Chileno, Colombiano y Argentino.....	121

## **CAPÍTULO VII INVESTIGACIÓN DE CAMPO**

7.	Aplicación de encuestas.....	129
	Presentación de resultados.....	129
	Cuadro estadístico.....	131
	Análisis de resultados.....	144

**CAPÍTULO VIII**  
**CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROYECTO DE REFORMA**

8.1 Conclusiones.....	151
8.2 Recomendaciones.....	152
8.3 Proyecto de reformas al Art. 260 del Código Civil, en relación a la declaratoria de la paternidad en caso de fallecimiento del supuesto padre.....	153
Bibliografía.....	157
Anexos.....	160
Índice.....	162