

Lej 166



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

EL RECONOCIMIENTO DE HIJOS NACIDOS
FUERA DE MATRIMONIO

T E S I S

Que para obtener el título de
LICENCIADA EN DERECHO

presenta

JOSEFINA NORA GONZALEZ ESTRADA

MEXICO, D. F.

1982



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N D I C E

PROLOGO	I
CAPITULO PRIMERO. REFERENCIAS HISTORICAS	
1.- El spurii o vulgo concepti	1
2.- Hijos adulterinos	2
3.- Hijos incestuosos	10
4.- Clases de legitimación:	13
a) Por oblación a la curia	15
b) Rescripto imperial	16
c) Testamento	18
CAPITULO SEGUNDO. LEGISLACION COMPARADA	
1.- Derecho francés	20
2.- Derecho argentino	34
3.- Derecho alemán	50
4.- Derecho italiano	54
CAPITULO TERCERO. NATURALEZA JURIDICA	
1.- Concepto del reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio	65
2.- Calificación de los hijos	70
3.- Elementos esenciales y de validez del reconocimiento	72
4.- Impugnación del acto unilateral del reconocimiento	101
5.- La responsabilidad de los padres y efectos del reco- nocimiento	104
6.- Teoría de la responsabilidad entre padres e hijos -- adulterinos e incestuosos	106
7.- Hijos de concubinato	113
8.- Investigación de la paternidad de hijos nacidos fue- ra de matrimonio	122
CAPITULO CUARTO. MODOS DE HACER EL RECONOCIMIENTO	
1.- En la partida de nacimiento ante el juez del regis- tro civil	134
2.- Por acta especial	135
3.- Mediante escritura pública	143
4 - Testamento	144
5.- Por confesión judicial	145

I N D I C E

	Pag.
CAPITULO QUINTO. APENDICE DE JURISPRUDENCIA DE LOS FALLOS PRONUNCIADOS EN LOS AÑOS DE 1917 A 1965, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, CUARTA PARTE, TERCERA SALA	
1.- Filiación, reconocimiento de hijos naturales, extemporáneos y sin la intervención del tutor	148
2.- Actas de nacimiento de los hijos naturales	149
3.- Filiación natural. Investigación de la paternidad	150
4.- Filiación natural. Medios reconocidos para su establecimiento con relación al padre	152
5.- Efectos del reconocimiento de hijos naturales atribuyéndoles en el acta la calidad de legítimos	153
6.- Filiación. Maternidad. Prueba	154
7.- Reconocimiento de los hijos adulterinos	155
8.- La ley no concede ninguna validez al matrimonio religioso para considerar como hijos legítimos a los hijos naturales	155
CONCLUSIONES	157
BIBLIOGRAFIA	160

P R O L O G O

Actualmente existe una honda preocupación por los menores. Se ha pretendido la elaboración de códigos y leyes atinentes a ellos con exclusividad.

Desde principios de siglo, el movimiento legislativo en favor de los menores se hizo presente y es así como países de alto desarrollo cultural y económico como Alemania, Austria, Suiza, Francia, Estados Unidos de Norteamérica entre otros, tuvieron prontamente, no sólo legislación específica al respecto, sino la organización administrativa suficientemente constituida para dar efectiva protección a los menores.

En América, numerosos países se han ocupado de elaborar leyes relativas a ellos, habiéndolo hecho desde hace ya bastante tiempo Brasil, Uruguay y más recientemente Bolivia, Perú, Argentina y Guatemala. En nuestro país existen códigos de menores en Guerrero, Estado de México, Michoacán y Coahuila; dentro de algún tiempo, seguramente aparecerá el código de menores de Colima. Pero la preocupación del legislador se enfoca principalmente a la protección de los infractores o a la de menores que no viven dentro de su contexto natural que es la familia.

La realidad nos demuestra que no solamente este tipo de menores requiere protección, sino también aquéllos que viven en el medio familiar o nacidos fuera de matrimonio, lo que se hace particularmente trascendental tratándose de menores pertenecientes a núcleos familiares próximos a disgregarse, lo que en estos tiempos es bastante frecuente debido al uso immoderado que se hace del divorcio y la falta de

precauciones para procrear hijos que en un momento dado llegan a tomar el carácter de hijos adulterinos, incestuosos, etc.

Pero si bien no podemos suprimir la disolución del vínculo conyugal o la irresponsabilidad de procreación de los hijos, porque con todos sus inconvenientes el divorcio resulta un mal necesario, sí en cambio podemos preocuparnos porque los hijos, víctimas inocentes de situaciones a las que no han dado lugar, resulten lo menos perjudicados, posibles cuando sus progenitores han decidido procrear un hijo. En este caso vemos la situación de los hijos, que seguramente tendrán que resultar profundamente afectados por tales decisiones por la disgregación de los padres y al ambiente al que pertenecen, les es completamente ajena, puesto que la ley entrega la determinación de su suerte o bien al juez o a los ascendientes y demás circunstancias relacionadas con el destino que se les asigne a los menores. De ahí nuestra preocupación para que no sea el capricho de los padres ni tampoco las frías disposiciones legales (que con su carácter genérico y abstracto no pueden dar cabida a todas las situaciones que suelen presentarse en la realidad y que requieren cada una un tratamiento especial), quien determine el futuro de la descendencia y nuestro deseo de contribuir a que los hijos no sufran las consecuencias de una decisión malamente tomada.

Esta tesis está encaminada a analizar algunas de las soluciones legales al respecto, concretamente aquellas que, a nuestro juicio pueden considerarse como más evidentemente inconvenientes. Creemos que es necesario reformar el Código Civil para dar un sentido más humano y más acorde con la realidad a las soluciones que deben proponerse -

para el bien de los hijos.

Si con esta tesis logramos contribuir a la realización de este propósito o cuando menos logramos crear una inquietud en el lector que lo haga reflexionar sobre la envergadura del problema y sobre la necesidad de enjuiciar las soluciones legales, nos daremos por satisfechos y pensaremos que este nuestro primer esfuerzo de investigación no habrá sido en vano.

1

CAPITULO PRIMERO
REFERENCIAS HISTORICAS

1.- El spurii o vulgo concepti. El parentesco es legítimo cuando nace de matrimonio, e ilegítimo cuando tiene lugar fuera de él. Hay diversas clases de hijos ilegítimos, distinguiéndolos el Derecho Romano de la siguiente manera: hijos naturales nacidos de concubinato, spurii o vulgo concepti, adulterinos e incestuosos. (1)

Toda unión de personas fuera de matrimonio o del concubinato se tenía por reprobada (adulteri en el sentido lato).

El spurii es la denominación más general para los hijos nacidos fuera del matrimonio, también llamada vulgo concepti o vulgo -- quaesiti. Es la expresión que contempla sobre todo, la situación del -- hijo que legalmente carece de padre, o como dicen las Institutas, aquellos que han sido concebidos sporaden, o sea, diseminadamente.

En el Bajo Imperio se les llamó naturales cuando habían sido engendrados en un concubinato, denominación que anteriormente se aplicó a los hijos de los esclavos, o a los nacidos de un matrimonio -- con relación a él y por oposición a los adoptivos.

En las Decretales de Gregorio IX, se decía hijo natural a aquél cuyos padres podían haber contraído matrimonio entre sí sin dispensación; aunque la madre no fuere verdaderamente concubina del marido; es decir, no se requería que la mujer viviera bajo el mismo techo del -- padre, para considerar naturales y no espurios a los hijos habidos en -- tales circunstancias.

(1) MacKelday, F. Manual de Derecho Romano. Imprenta de Don José Ma Alonso. Editor. Madrid 1847.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el Distrito y territorios federales conservaron esta distinción respecto de los hijos ilegítimos, en simplemente naturales y espurios, para denominar naturales a aquéllos cuyos padres en el momento de la concepción no tenían impedimento para contraer matrimonio y calificando de espurios -- a todos los demás.

Además del matrimonio regular y justo existieron en Roma otras uniones ilícitas que distaron mucho de producir efectos legales, mereciendo en el concepto público una consideración inferior. Tales uniones eran el concubinato, el matrimonio de derecho de gentes y el contubernium.

Las nupcias amparadas en la ley producían la legitimidad de los hijos. La maternidad estaba determinada siempre por el hecho cierto del parto, pero la vinculación al padre era la consecuencia de una presunción legal. Se estableció que, para atribuir la paternidad era necesario que el hijo naciera después de los 180 días siguientes al matrimonio y antes de los 300 de su disolución.

El marido podía expresamente reconocer la legitimidad del hijo antes de 180 días, así como también alegar en contra de esta presunción legal la imposibilidad material de la cohabitación, por -- ausencia o enfermedad. Si nacía después de los 10 meses subsiguientes a la disolución del matrimonio, el hijo de ningún modo era considerado legítimo.

Aún probando el adulterio de la mujer, no era privado el hijo de su condición de legítimo. Los hijos nacidos fuera del ma-

trimonio justo estaban relacionados con la madre por el parentesco, pero había que distinguir diversos grados entre ellos, según la unión de donde procedieran.

Los más privilegiados eran los llamados naturales o naturales liberi. Podían nacer de una unión puramente transitoria o prohibida.

Entre las uniones irregulares se destacaba el concubinato por su carácter de permanencia. Esto hacía que tuviera puntos de -- contacto con las justas nupcias, muy frecuente en Roma debido a las -- prohibiciones matrimoniales, en gran escala, por razones de diversa índole, como las uniones transitorias o ilícitas.

E. F. Camus menciona que el emperador Augusto, con su política de transacción y debido a sus propósitos de reconstruir la familia romana hondamente perturbada, realizó una innovación importante - en la Ley Iulia de Adulteriis, no castigando al concubinato con penalidades, y que sus razones para establecer esta medida, se justifican por el estado social de Roma en su época. Augusto contemplando una sociedad perturbada en sus principios morales que contrastaban radicalmente con las costumbres de otras épocas, y como era imposible realizar una reforma radical, adoptó procedimientos de compromiso con la realidad social, que sirvieron para trazar nuevas vías encauzando los males de su tiempo.

Una manera de lograr esto, era reconocer el concubinato como el menor mal, pero fomentando al mismo tiempo el matrimonio al compeler a los ciudadanos a las uniones legítimas

Durante esta época del Imperio, el concubinato ha sido estudiado con diversos criterios, pues la realidad es que resulta difícil precisar su verdadero sentido.

"El concubinato es la unión permanente entre personas - de distinto sexo, las cuales no tienen intención de considerarse como marido y mujer, respectivamente". (2)

Esta unión fue muy frecuente en el mundo romano debido a las prohibiciones de ciertos matrimonios, contenidas en el ordenamiento jurídico positivo de Roma, sobre todo, las de los matrimonios - entre senadores y libertinas, ciudadanos con mujeres de mala nota y de gobernadores con mujeres de la provincia por ellos regida.

Las uniones concubinarias de estas personas, afectas de impedimento para el matrimonio, eran perfectamente lícitas, aunque no surtieron los efectos propios de la unión matrimonial. Así por ejemplo, el hijo nacido de concubinato es vulgo concepti. La libertina - unida concubinariamente con su patrono conserva la facultad de abandonar a éste, no siendo ello posible, si se hallara unida a él en matrimonio.

"En el período posclásico la legislación interviene para regular ampliamente esta materia. Justiniano establece que los hijos habidos de concubina, llamados liberi naturales, se distinguen de los vulgo concepti, son susceptibles de legitimación y tienen un dere-

(2) Santa Cruz Tejeiro. José. Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1946. p. 56.

cho sucesorio limitado, aun sin ser legitimados. La mujer honesta puede ser concubina con tal que su concubinato sea objeto de una declaración solemne y la mujer se resigne a sufrir por ello una merma en su existimatio". (3)

Mackeldev señala que la consideración civil que gozaban los ciudadanos romanos como tales, se llamaba existimatio. Era la dignidad del ciudadano romano para ejercer todos los derechos políticos y civiles.

Para estar unido en concubinato se requerían, la pubertad, la ausencia de impedimentos por razón de parentesco, que no existiera un matrimonio legítimo, y se prohibió tener más de una concubina.

Todo esto daba al concubinato un cierto carácter legal y por lo menos, lo distinguía de las otras uniones. Pero el concubinato que se denominó inaequale coniugium no producía los mismos efectos que el matrimonio, pues la mujer no participaba de los honores y las jerarquías del concubino. Tampoco se le consideraba mater familia, no era fuente de patria potestad y como consecuencia, los hijos no eran agnados de la madre.

Camus señala que la condición de hijo natural era precisamente privilegiada al poder ser legitimados, aparte del derecho que tenían a los alimentos.

Además varias constituciones y, por último Justiniano, le reconocieron el derecho de suceder abintestado, lo que significa que podían heredar, aún en el caso de no haber testamento. A pesar de la hostilidad natural de la doctrina cristiana al concubinato, permaneció como constitución reconocida hasta León el filósofo, que lo abolió, al

(3) loc. cit.

considerar que, "Por qué mientras podéis beber en una fuente pura, habéis de beber en un charco?"

Continúa diciendo que el Derecho de gentes, llamado -- sine connubio, se verificaba entre un ciudadano y una peregrina, o latinos entre sí, o entre éstos y ciudadanos. Este matrimonio tuvo su razón de ser en la época en que era fundamental la distinción entre -- ciudadanos y no ciudadanos a los efectos civiles. Por este motivo, a medida que aumentaron las concesiones de la ciudadanía, son menos frecuentes estas uniones, desapareciendo totalmente en la legislación de Justiniano.

En este matrimonio no legítimo, eran mayores las consecuencias jurídicas que en el concubinato, pues era compatible con la dote y debía recurrirse al divorcio para extinguirlo. Pero siempre -- había diferencias esenciales con el matrimonio legítimo, pues la mujer no seguía la condición del marido.

Los hijos no estaban sujetos a la patria potestad y como consecuencia, nacían sui iuris. Estas uniones se podían convertir -- fácilmente en justas nupcias.

Por otro lado, también existió el contubernium que era la unión simple de hecho, ajena a todas las consecuencias jurídicas, -- originándose entre esclavos o persona libre y otra esclava.

"Estas uniones no solo fueron toleradas sino incluso favorecidas por sus dueños. De este modo se constituyen verdaderas familias serviles. Desde Constantino se tiende a evitar que, a consecuencia de enajenaciones y divisiones de herencia, se produzca la desmembración de estas familias. La relación durable entre dueño y esclava se llamaba

también contubernium, y a los hijos de esta unión se les conocía como liberi naturales. El parentesco de sangre originado en el contubernium constituye impedimento para el matrimonio de tales parientes esclavos - cuando alcanzan la libertad. También si padres e hijos adquieren la libertad, sí se les reconoce un derecho sucesorio". (4)

2.- Hijos adulterinos. Son los habidos por otro hombre que no sea el marido, con una mujer casada. Estos hijos nacen sui iuris y son simplemente cognados de la madre y de sus parientes maternos.

Teniéndose en cuenta los insignificantes efectos de la cognatio en la época primitiva, se podrá advertir que los spurii carecían en ésta, de familia. Esto es la regla en el Derecho Romano.

Como presupuesto necesario, debemos tener presente el - concepto del parentesco cognado. Maynz señala que el término cognati - comprende a todas las personas unidas por el lazo del parentesco natural. Este se establece por la simple generación -aunque ilegítima- en lo que concierne a la madre y los parientes de ésta. He aquí el principio mater semper certa est, que significa: madre siempre cierta es, recogido luego en el Digesto (11,4). Es decir, que los hijos adulterinos nacían simplemente cognados de la madre y los parientes maternos.

Arias aclara al respecto: "Si se tiene en cuenta los - insignificantes efectos de la cognatio en la época primitiva, se advertirá que los spurii carecían de familia".

Aunque señala Maynz que en la evolución que tuvo lugar en el período Imperial, por el edicto Unde Cognati, se ofreció la pose
(4) Santa Cruz Tejeiro, José. Ob. cit. p. 57.

sión de los bienes a todos los cognados hasta el sexto grado.

Por otra parte, con respecto al padre, ninguna relación admitió la legislación romana. Tales hijos no tenían padre y en general, los generosos principios anteriores, por diversas constituciones imperiales sufrieron importantes limitaciones, que redujeron a la nada los menguados derechos de los hijos adulterinos e incestuosos.

La Novela 89, capítulo XV, del emperador nombrado, negó a estos hijos el derecho de alimentos. Al bertario enseña que la forma plural empleada en esta norma impide interpretarla a favor del derecho alimentario del hijo, aún respecto de la madre.

Desde los más remotos albores del Derecho, los hijos -- adulterinos e incestuosos han sufrido el rigor de las leyes. El Código de Manú dispuso que todo hijo dado al mundo por una mujer que haya tenido comercio carnal con otro hombre distinto de su marido, no es hijo legítimo de esta mujer; de igual modo, el hijo engendrado por un hijo en mujer ajena, no pertenece a este hijo. En el artículo 162 del libro V se estableció en forma absoluta la presunción de legitimidad -- del hijo nacido después del adulterio, no importando el tiempo transcurrido.

Diversa fue la orientación del Código de Hammurabi. El Derecho Babilónico admitía expresamente el reconocimiento de los hijos habidos con su esclava por hijo casado. Este reconocimiento les atribuía una parte de la herencia, casi equivalente a la de los hijos legítimos.

Dice el párrafo 170 del antiguo cuerpo de leyes: "Si --

una mujer ha dado hijo a un marido, y su sierva también le ha dado hijos; y el padre durante su vida ha dicho: vos sois mis hijos, a los hijos que le dió su sierva, y los ha contado con los hijos de su esposa, después que el padre ha cumplido su destino, los bienes del hogar paterno no serán repartidos en condiciones iguales por los hijos de la esposa y los hijos de la sierva. En la división, los hijos de la esposa elegirán y llevarán primero".

El párrafo 171, considera la situación inversa, es decir, el no reconocimiento por el padre de los hijos de la sierva, en cuyo caso estos últimos no heredaban, pero quedaban en libertad tanto - ellos como su madre, no pudiendo reclamar por ello, los hijos de la esposa.

Si bien deben interpretarse estas disposiciones de conformidad con las antiguas costumbres orientales, que admitían el concubinato del hijo con su esclava, o aun con las esclavas de su esposa, cabe subrayar la previsión del legislador babilónico en favor de los hijos procedentes de tales uniones, llegando aun en caso de no reconocerlos el padre, a otorgar tanto ellos como a su madre, la libertad.

Puede señalarse así mismo, que la ley da por sentada la filiación materna. El Derecho de Babilonia se orientó por una parte, - hacia la filiación disyuntiva, ya que ningún calificativo de ilegitimidad otorgó a los hijos de la sierva no reconocidos por su padre, y por la otra hacia el principio mater semper certa est, que como ya se mencionó anteriormente, significa madre siempre cierta es.

El Derecho Ateniense posterior a Solón, y el primitivo

Derecho Germánico llegaron a excluirlos de la comunidad social, considerándolos forasteros. Y durante la Edad Media, en muchos lugares se les negó toda honra y dignidad, llegándose a convertirlos en siervos del señor en cuyos dominios moraban.

En la Edad Media, el Derecho Canónico estableció la obligación alimentaria de los padres para con los hijos.

El Derecho Francés, antes del siglo XV siguió en general, la tendencia romana ulterior, pero después de la centuria indicada, las costumbres establecieron la obligación alimentaria a cargo de los padres como deber sagrado y obligación moral.

3.- Hijos incestuosos. Eran aquéllos nacidos de una unión entre quienes existen impedimento para casarse en razón del parentesco. Estos no podían siquiera solicitar alimentos a sus padres.

La Ley 6a. del título quinto del libro V, del Código de Justiniano, a la letra dice: "Los hijos nacidos de ayuntamiento incestuoso o condenado, no han de ser llamados ni siquiera naturales, siendo indignos del beneficio de toda clase de bienes paternos, de tal modo que ni aun sean alimentados por el padre".

Las Leyes de Las Partidas recogieron ese principio romano, pero no así el de la Novísima Recopilación, Código Francés, ni el nuestro, que le acuerda alimentos a tales hijos hasta los 18 años, esto cuando hayan sido reconocidos voluntariamente y carezcan de medios de procurárselos.

En el Fuero Juzgo, los hijos de uniones pecaminosas fueron declarados puros, pero las leyes españolas -insuficientemente conocidas en cuanto a este punto se refiere- que más nos interesan, son - - Las Partidas del rey de Castilla, don Alfonso El Sabio. En estas se negaba el derecho de alimentos a estos hijos.

Estudiando los textos legales que cita Vélez, la ley 5a. título 19 de la 4a. Partida no obliga al padre o sus parientes a prestar alimentos a los hijos adulterinos e incestuosos, así como a los sacrílegos, hermanados con aquéllos en muchas legislaciones, pero lo -- permite por consideraciones de piedad en cuanto a la madre y sus parientes, la ley los obliga a la prestación de alimentos, de acuerdo -- con el principio madre siempre cierta es.

En cuanto a las otras disposiciones de Las Partidas - que cita Vélez, la ley 4a., título 3, Partida 6a., consagra para los - hijos adulterinos, incestuosos, sacrílegos, la incapacidad de ser establecidos herederos por testamento.

La ley 10a., título 13, Partida 6a., prohíbe a esta - categoría de hijos legítimos, hermanos, padre o madre del causante, y no existiendo estos parientes, o habiendo sido ellos negligentes, tales bienes correspondían a la Corona.

La ley 11a., parte del principio madre siempre cierta - es. Establece que todo hijo debe heredar los bienes de la madre, mencionando al hijo incestuoso y sacrílego, y excluyendo al espúreo que - define como "hijo de mujer que se da a muchos". Si bien esta ley no -

menciona al hijo adulterino, su posición debió ser equivalente a la -- del incestuoso y sacrilego, la que no fue comprendida en la exclusión.

Dice Vélez que les concedió alimentos la ley 5a., título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación, que no es otra que la Ley 9 de Toro, menos amplia, por cierto, que algunas disposiciones de Las Partidas del rey Alfonso El Sabio. Esta ley estipula que: "Los hijos bastardos, de cualquier clase que sean, no pueden heredar a sus madres hijos o hijas, o descendientes legítimos; pero bien permitimos que las puedan en vida o en muerte, mandar la quinta parte de sus bienes, de la que podían disponer. Y en caso que no tenga la mujer hijos o descendientes legítimos, aunque tenga padre o madre o ascendientes legítimos, mandamos que el hijo o hijos, o descendientes que tuviere, naturales o espurios, por su orden y grado le sean herederos ex testamento y ab in testato; salvo si tales hijos fuesen de dañado o punible ayuntamiento por parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar a sus madres ni ex testamento ni ab intestado; pero bien permitimos - que les puedan en vida o en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes y no más, de la que podían disponer por su ánima, y de tal parte, después que la hubieren, pueden disponer en vida y en tiempo de su muerte, los dichos hijos ilegítimos como quisieren".

Si bien se mantiene en parte el principio de Las Partidas, ya se notan importantes restricciones. Puede señalarse en especial, la desaparición de la rigurosa obligatoriedad de la asistencia - en las relaciones entre la madre y sus familiares y esta categoría de hijos, y la derogación de su derecho sucesorio.

"La ley 11 de Toro introdujo una ampliación al concepto de hijo natural, que permitía la legitimación de los hijos que de otro modo hubiesen resultado adulterinos. Disponía que los hijos eran naturales cuando al tiempo que naciesen o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo". (5)

Para terminar esta reseña, la ley XXIII de la colección de leyes nuevas posteriores al Fuero Real, daba derecho sucesorio a la hija adulterina de un hombre casado, en defecto de parientes legítimos próximos.

Por otro lado, la Francia revolucionaria en su Ley de - 1791 reconoció a los hijos adulterinos una cuota hereditaria equivalente al tercio de la correspondiente a los hijos nacidos en el matrimonio.

En 1792, la Ley de 13 Brumario, año II, igualó a todas las categorías de hijo frente al Derecho sucesorio. Pero a renglón seguido, la Ley de 14 Brumario estableció como única prueba de la paternidad, la resultante del reconocimiento voluntario.

4.- Clases de legitimación. "La legitimación era aquella institución de la cual el padre adquiría la patria potestad sobre - sus hijos naturales nacidos del concubinato". (6)

El hijo natural podía convertirse en legítimo mediante la legitimación que es otro modo de adquirir la patria potestad. La -

(5) Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Instituto Editorial Reus. 1942, Madrid. T.IV. 5a. edición. p.15.

(6) Iglesias, Juan. Derecho Romano. Ediciones Ariel. 4a. edición. - Barcelona. 1958. p. 26.

legitimación favorece a los hijos procreados en concubinato, o sea, -- fuera de justas nupcias, pero de padres que pueden casarse. Por ello se transforma en legítima la familia que nace en pugna con la ley.

El padre es el que legitima en virtud de su situación de predominio en la familia, pues a la madre se le negó esta facultad.

El hijo daba su consentimiento a la legitimación, como consecuencia de que su posición se transforma notablemente al convertirse de sui iuris en alieni iuris, siendo los primeros, los que no están sometidos a potestad alguna, y los últimos, los que están sujetos a otra persona. La legitim es una consecuencia de la tendencia de los emperadores cristianos, de fomentar las uniones legítimas, pero esto no aparece en Roma hasta Constantino. Con anterioridad existieron la llamada causae probatio y la erroris causae probatio, que guardaban cierta analogía con la legitim, pero que propiamente no pueden considerarse como modos legales de legitimar.

Los hijos procreados en uniones entre ciudadanos y latinos, o de éstos entre sí, no se consideraban propiamente legítimos, pues no estaban sometidos a la patria potestad de su padre, pero se estableció que, tan pronto como el hijo tuviera un año, presentándose ante el magistrado probando el hecho, se otorgaba la ciudadanía y el hijo adquiría la condición de legítimo. En esto consistió la causae probatio.

La erroris causae probatio se verificaba cuando se probaba ante el magistrado, por un ciudadano romano, el error en que había incurrido casándose con una latina o una peregrina, creyéndola ciu

dadana. Los hijos que nacían de estas uniones se consideraban sui - - iuris por no disfrutar su padre de la patria potestad. Por el procedimiento anteriormente mencionado, se otorgaba el derecho de ciudadanía - convirtiéndose la unión en legítima. A medida que la concesión de la ciudadanía se hizo más frecuente, era natural que decayeran cada vez -- más estos procedimientos. Las formas propias de legitimar fueron tres:

a) Por oblación a la curia. "Este tipo de legitimación fue creado por los emperadores Teodosio II y Valentiniano III en el año 412 de la Era Cristiana, y consistía en que el padre que quisiese legitimar un hijo natural, lo destinase al servicio de la curia si era varón, o siendo hija, la casase con un decurión. (7)

"Las curias formaban en las villas municipales, una especie de nobleza análoga a los senadores de Roma. Durante el Bajo Imperio, los miembros de las curias o decuriones, estaban encargados de la recaudación de los impuestos, respondiendo de sus bienes. Por eso los emperadores buscaban por todos los medios favorecer el reclutamiento. De esta manera ofrecían al padre la autoridad paterna sobre el hijo natural que ingresaba en la curia, exigiendo además que el hijo tuviese una fortuna equivalente a 25 fanegas de tierra y la hija una dote igual, que constituían una garantía para el Estado". (8)

Los efectos de este género de legitimación eran restringidos. El hijo cae bajo la autoridad paterna, haciéndose agnado de su padre, no así de los parientes civiles de él. Tal acto no traía consigo la legitimación, pero pronto se admitió que los hijos naturales - - ofrecidos a la curia, sucediesen al padre por vía intestada y última - -

(7) Lemus García, Raúl. Derecho Romano (Personas-Bienes-Sucesiones), Editorial Limsa, 1964. p. 79.

(8) Petit, Lucene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Saturnino Calleja, S.A. Madrid. 9a. edición. p.130.

mente, Justiniano sancionó la patria potestad, confiriendo también la legitimación en el caso de que hubiera hijos legítimos.

"Al parentesco agnaticio se le reconocían derechos sucesorios, de tutela, y otros, en detrimento de los parientes naturales o cognados -parientes tanto de la línea materna como de la paterna-. Ahora bien, filiación es un término que deriva de la palabra latina "filius" que significa hijo. Consecuentemente por filiación debemos entender la relación de parentesco que se establece entre el padre y los hijos. Se habla de filiación legítima o ilegítima, según los hijos nacieran o no de padre y madre unidos mediante justas nuptias". (9)

Son naturales en sentido técnico, los hijos habidos en concubinato. Tales hijos siguen la condición de la madre, de conformidad con el hecho cierto de la procreación. No obstante, la legislación postclásica introduce la legitimación en favor de los hijos de concubina.

"La legitimación por subsecuente matrimonio tiene lugar como indica la expresión, cuando se toma por mujer a la concubina. La constitución de Constantino, así como otra posterior de Zenón, concedieron con carácter transitorio, la legitimación por subsiguiente matrimonio de los hijos habidos con mujer ingenua. Tras adquirir carta de estabilidad con Anastasio, es abolida por Justino y declarada vigente de nuevo por Justiniano". (10)

b) Rescripto imperial. También llamada rescriptum principis, fue creada por Justiniano y se concede siempre que no existien-

(9) Lenus García, Raúl. Ob. cit. p. 71

(10) Iglesias, Juan. Ob. cit. p. 523.

do hijos legítimos, fuese imposible el matrimonio con la concubina.

Esta gracia podía solicitarla del emperador, el padre o el hijo mismo, pero sólo en el caso de que aquél hubiera declarado su voluntad de legitimar. Como se observa, esta forma de legitimar se estableció en defecto de subsiguiente matrimonio. Justiniano comprendió que en determinados casos, no era posible recurrir a la unión legítima por muerte de la concubina u otra causa. Por eso llenó este vacío - - creando la legitimación por rescripto imperial.

Eran necesarias ciertas condiciones:

- 1.- Ausencia de hijos legítimos
- 2.- Matrimonio posible entre los padres en el momento - de la concepción
- 3.- Y la no oposición de los hijos por legitimar.

"El padre también tenía autorización para solicitar esta legitimación en su testamento y los hijos de esta manera legitimados después de su muerte, se hacían sus herederos". (11)

"El concubinato es la unión estable de hombre y mujer - sin affectio maritalis. Este aspecto negativo hace que no se confunda con el matrimonio, cuya existencia, por lo demás patentiza el honor matrimonii. La nota de estabilidad lo distingue, a su vez, de la simple relación sexual". (12)

(11) Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Sa turnino Calleja, S.A. 9a. edición. p. 128.

(12) Iglesias, Juan. Ob. cit. p. 90;

El concubinato no fue castigado por la ley, como tampoco llegó a ser reprobado por la conciencia social. A su difusión contribuyeron en gran medida, las Leyes matrimoniales de Augusto. La Ley Julia de Adulteriis declaró ilícita la unión extraconyugal con mujeres de baja condición.

Durante la época clásica el concubinato no es objeto de la disciplina jurídica. Lo es en cambio, bajo los emperadores cristianos, aunque con la mira de tutelar los intereses de la familia legítima. Las donaciones, legados, la concubina y a los hijos habidos de ella, -- vienen prohibidos o limitados. Aún es de advertir que se procura inducir al matrimonio, premiándolo con la legitimación de los hijos naturales. Legitimación per subsequens matrimonium". (3)

Abolidas las prohibiciones Augusteas, el concubinato es ahora la unión estable con mujer de cualquier condición. La unión con mujer ingenua y de vida honesta puede tener lugar tanto en concepto de matrimonio, como de concubinato, salvo que para lo último es necesaria una expresa declaración llamada testatio, y si tal falta, se comete -- adulterio.

Se extienden al concubinato los requisitos del matrimonio -monogamia, edad de 12 años en la mujer- y los impedimentos de parentesco y afinidad. De otra parte se admite que pueda darse a la concubina media onza del patrimonio en presencia de padres e hijos legítimos. Y aún puede darse la mitad del mismo, cuando faltan éstos, a la concubina y a los hijos naturales.

c) Testamento, Ulpiano la define como "la manifesta--

(13) Ibidem, p. 522.

ción legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte".

Para Modestino, "el testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad de aquéllo que deseamos se haga después de - - nuestra muerte".

Estas definiciones tienen el defecto de no mencionar el carácter esencial del testamento, que es la institución del heredero.

"El testamento puede ser definido como un acto personal, unilateral y solemne que contiene la institución de uno o varios herederos y destinado a producir su efecto después de la muerte de su autor". (14)

"La legitimación por testamento tiene lugar cuando el autor testamentario declara en el testamento su voluntad de legitimar a - sus hijos naturales; éstos debían presentarse ante el magistrado haciendo valer la disposición testamentaria y el funcionario reconocía y declaraba su legitimación. Este tipo de legitimación sólo producía efectos hereditarios en favor de los hijos legitimados". (15)

(14) Bravo González, A., Bialostoski, Sara. Compendio de Derecho Romano. Editorial Pax, México, 1975. p.85.

(15) Lemus García, Raúl. Ob. cit. p. 80.

CAPITULO SEGUNDO
LEGISLACION COMPARADA

1.- Derecho francés. La legislación francesa contemporánea distingue la legitimación:

- A) De derecho común por subsiguiente matrimonio de los padres.
- B) Excepcional posnupcias
- C) De guerra sine nupcias
- D) De hijos incestuosos y adulterinos

A) Legitimación de derecho común por subsiguiente matrimonio. Este tipo de legitimación exige condiciones de fondo. La primera es el matrimonio de los padres; la segunda, que el hijo esté vivo en el momento del matrimonio; la tercera, es la de que el hijo debe haber nacido antes de la celebración del matrimonio; la cuarta, la filiación natural esté probada con respecto de uno de los padres y así la paternidad y la maternidad deben estar establecidas por los modos de prueba autorizados en materia de filiación natural. Este reconocimiento ha de ser voluntario de cada uno de los padres o por declaración judicial.

Hay entonces, condiciones no exigidas: la ley no exige el consentimiento del hijo legitimado en una declaración expresa de parte de los padres. Si las condiciones de fondo se hayan presentes, la legitimación se opera de pleno derecho, necesaria y automáticamente por la celebración del matrimonio.

B) Legitimación excepcional posnupcias. El argumento de los redactores se fundamentó en que esos hijos legitimados no serían -- siempre sinceros y podrían encubrir adopciones de personas que no tuvieran relación alguna. Aquella condición presentaba en la realidad un -- grave inconveniente, ya que numerosos padres naturales se casaban con -- la voluntad de legitimar sus hijos naturales, pensando que el matrimonio operaba la legitimación de pleno derecho sin ser necesario hacer un conocimiento expreso. Cuando se enteraban de la necesidad del reconocimiento, se hallaban entonces con que el hijo podría ser reconocido, pero que el reconocimiento no importaba ya la legitimación.

López del Carril manifiesta que para remediar estas situaciones, el legislador dictó la ley del 30 de diciembre de 1915, modificatoria del artículo 331 del Código Civil Francés, autorizando la legalización por subsiguiente matrimonio, o sea, es preciso que los padres estén casados y la filiación del hijo haya sido legalmente establecida. Así fijó entonces dos condiciones suplementarias.

El hijo debe tener desde la celebración del matrimonio de sus padres la posesión de estado de hijo común de los esposos para -- tomar esa inverosímil toda simulación de adopción. No se trata de probar la legitimidad, sino solamente la calidad de hijo natural con respecto a ambos esposos.

El otro requisito suplementario es la necesidad de una sentencia. Decreta la legitimación dictada en audiencia pública después de una información y debate en la Cámara del Consejo. Esta decisión debe comprobar que el hijo ha tenido desde la celebración del matrimonio

de sus padres la posesión de estado de hijo común. La misión del tribunal no se concreta a verificar solamente la existencia de la posesión de estado y debe realizar la búsqueda conducente a establecer si el reconocimiento es sincero.

La legitimación posnupcias a diferencia de la legitimación ordinaria, no se produce de pleno derecho, sino que es necesaria la existencia de una decisión judicial posterior al matrimonio.

C) Legitimación de guerra sine nupcias. Las condiciones propias de un estado de guerra influyeron en Francia en la condición fundamental para la legitimación, es decir, la realización del subsiguiente matrimonio del padre con la madre. Muchos de los movilizados vivían en concubinato y tenían hijos naturales a los cuales se proponían legitimar contrayendo matrimonio. Algunos fueron muertos sin poder llevar a cabo tales proyectos.

López del Carril continúa señalando que la Ley de 7 de abril de 1917 permitió la legitimación de los hijos de los movilizados muertos en la guerra o fallecidos a consecuencia de las heridas recibidas o por enfermedad contraída o agravada bajo las armas; y que también para esta legitimación se estableció un procedimiento especial, dado lo excepcional de ello, y así debía resultar de una sentencia judicial dictada a instancias de la madre, del hijo, del representante legal de este último, de cualquiera de los ascendientes del padre o de la madre, o de los parientes en línea directa, figurando el ministerio fiscal como demandado. Los extremos a probar eran:

1) Los padres tenían el propósito de casarse y de legitimar a sus hijos por ese medio.

2) El padre muerto había conocido la existencia del hijo o al menos el embarazo de la madre.

D) Legitimación de hijos incestuosos. La legitimación en general, supone la comprobación de la filiación.

El Código Napoleón en sus artículos 335 y 342, prohíbe el reconocimiento voluntario o forzoso de los hijos incestuosos o adulterinos. En esas condiciones toda legitimación era imposible.

"Pero el mismo cuerpo de leyes en su redacción de -- 1804, era consecuente con su posición emanada de la normativa indicada ya que en su artículo 331 negaba el instituto de la legitimación a los hijos nacidos de un comercio incestuoso o adulterino. El Derecho Francés se atenía en el siglo XIX a una concepción estricta del impedimento de consanguinidad, la cual se traducía en la prohibición para celebrar matrimonio entre sobrina y tío y sobrino y tía, y en materia de afinidad la prohibición alcanzaba a los hermanos políticos -cuñados-, pero el impedimento podía obviarse por dispensa concedida por el jefe de Estado. Precisamente, el razonamiento de los canonistas se basaba sobre la existencia de la dispensa; si la legitimación supone el matrimonio de los padres, y si entre los contrayentes existe la de consanguinidad o afinidad de la manera que el matrimonio legalmente resulte imposible, la legitimación no podrá nacer puesto que el matrimonio es jurídicamente imposible. Pero aquel impedimento puede aniquilarse por dispensa. Desaparece el carácter de incestuosa de la prole, por cuanto la figu-

ra del incesto no existe, por la existencia de la dispensa. Y así el Derecho Francés no contenía prohibición para legitimar al hijo incestuoso". (1)

La jurisprudencia, que se mostró inflexible con los hijos adulterinos, fue favorable para legitimar los incestuosos y admitió que el hijo nacido de padres que al momento de la concepción no podían contraer matrimonio por estar afectadas de un impedimento -- dispensable, podían ser legitimados al celebrarse dicho matrimonio, -- si en ese momento había desaparecido el impedimento por la presencia de la dispensa de él. Y así, los hijos nacidos fuera del matrimonio, de consanguíneos o afines, entre los cuales existe impedimento susceptible de ser eliminado por medio de dispensas, quedan legitimados por el matrimonio ulterior celebrado por sus padres a raíz de esas dispensas.

El hijo nacido del comercio ilegítimo de tío y sobrina puede ser legitimado por el subsiguiente matrimonio de éstos, celebrado a raíz de dispensa civil.

En la Ley de 7 de noviembre de 1907, el legislador suprimió la palabra incestuosos, consagrando así la doctrina construída -- por la vía jurisprudencial y poniendo fin a toda controversia.

Legitimación de hijos adulterinos. Dos grandes divisiones establece la ley vigente en cuanto a legitimación de estos hijos:

(1) López del Carril, Julio J. Legitimación de Hijos Extramatrimoniales, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1960. p. 18

1) Hijo adulterino a madre

2) A padre

1) A madre. Todo hijo nacido de una mujer casada tiene por padre al marido y ostenta el emplazamiento de estado de hijo legítimo. Ese hijo tiene evidente interés en conservar ese estado de hijo legítimo del primer matrimonio y de no permitir que se le haga caer ese estado para tomar el del hijo legítimo del segundo matrimonio. De ahí que solo el primer marido tiene la facultad de poder aniquilar aquella presunción. Por ello la ley solo admitió la legitimación de los hijos adulterinos a madre, en dos casos:

a) El hijo ha sido desconocido por el marido o sus herederos.

b) Cuando a esos hijos se les estima concebidos después de la orden que fija a los esposos domicilios distintos durante el período de separación legal.

a) El hijo desconocido por el marido está excluido de la familia en la que ha nacido. Su adulterinidad ha sido revelada por el juicio de desconocimiento. Si el marido fallece o si el divorcio pone fin al matrimonio, la madre puede legitimar a ese hijo desconocido por su marido, casándose con el verdadero padre, cómplice del adulterio que ella ha cometido. Es en razón de esta disposición que los tribunales se han mostrado favorables a la práctica del desconocimiento por mutuo acuerdo, de tal manera que en los casos que tiene la certidumbre de que han de ser desconocidos, formula el marido una demanda aparente; la que en realidad es hecha por la madre y su cómplice en vistas a contraer ma

rimonio.

Ellos omiten prolongar la expiración del plazo prefijado y no exigen ninguna prueba seria. La ley dice: "o sus herederos", con el fin de evitar toda duda sobre la posibilidad de legitimar los hijos adúlteros por parte de la madre, cuando la acción de desconocimiento no ha sido ejercida por el marido sino por sus herederos en virtud del artículo 317 del Código Civil Francés.

No hay en la ley diferencias en la forma de impugnación, pero el desconocimiento previsto en el artículo 314 del mismo código no abre la vía a una legitimación de hijo adúltero, sino a la legitimación corriente; ya que el hijo nacido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio es hijo natural y lo mismo ocurre con el hijo nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio, cuando su legitimidad es impugnada por la norma del artículo 315 del Código Civil Francés. Resulta entonces que el hijo no desconocido por el marido de la madre, no podrá ser legitimado por sus verdaderos padres. Aunque éste se case después con la madre, ese hijo seguirá siendo legítimo del primer matrimonio. Un hijo cuya filiación materna adúltera se ha establecido por otros medios que no sean el desconocimiento por parte del padre, no puede ser legitimado salvo que el marido de la madre haya intervenido en un pleito sobre reclamación de estado promovido por el hijo con arreglo al artículo 325 del Código Civil Francés, ya que esta intervención se opera a la acción de desconocimiento.

b) Los hijos reputados concebidos después de cesar la obligación de cohabitación. Se refiere a las relaciones adúlteras que-

un cónyuge ha podido mantener con unas terceras personas, en el curso - de una instancia de separación de cuerpos o de divorcio.

El precepto se aplica tanto a los hijos adulterinos por la madre como por el padre.

El primer problema que se plantea es la determinación de la fe en que deba empezar el período en que nacen los hijos que pueden ser legitimados.

El texto de la ley no lo dice y el legislador entendió - por tal, la orden o mandamiento previsto en el artículo 878 del Código de Procedimiento Civil, que autoriza a la mujer a tener un domicilio se parado cuando se inicia el pleito de separación de cuerpos o de divor-- cio, porque es la diferencia de domicilio lo que hará cesar la posibili dad de una confusión de partos, pues resulta inverosímil que la mujer - haya mantenido relaciones sexuales con su marido estando separada de és te.

Esa norma guarda relación con el artículo 313 del Código Napoleón que autoriza al padre a desconocer al hijo nacido durante el - juicio de divorcio o separación de cuerpos. Como el artículo 313 fija 301 días para el nacimiento, las dificultades de interpretación del pla zo fueron despejadas mediante una circular del guardasellos, que fija - el punto de partida del período en que nacen los hijos que pueden ser - legitimados en el 180 día después de la resolución de separación de do- nicilio cuando se trate de hijos adulterinos por parte del padre y en - 300 días después de la misma resolución, cuando los hijos adulterinos - sean por parte de la madre. Esta misma solución se aplica no solamente

si se llega a una sentencia de separación de cuerpos o de divorcio, sino también si se interrumpe por efecto de un desistimiento o de una reconciliación, si la demanda ha sido rechazada, siempre que la concepción del hijo sea anterior al desistimiento, a la reconciliación o la desestimación de la demanda.

2) Hijo adulterino a padre. En esta previsión de la ley existen dos casos:

a) Los hijos reputados concebidos después de cesar - la obligación de cohabitación.

b) Los hijos concebidos durante la época en que existía la obligación de cohabitación. Necesidad de la ausencia de descendientes legítimos nacidos del matrimonio.

a') Cuando la obligación de cohabitación ha desaparecido entre los esposos a partir del mandamiento que autoriza a los cónyuges a tener domicilio separado. Lo mismo cuando la separación de -- cuerpos se ha pronunciado.

Al desaparecer la obligación de cohabitación en el sentido de convivencia puede ser legitimado todo hijo, reputado concebido en una época donde la obligación de cohabitación había tenido fin, o -- sea todo hijo nacido en un plazo mayor de 179 días del mandamiento de - separación de residencia.

Esta legitimación no está subordinada a ninguna condición particular. Ella está permitida aún cuando el padre adulterino tuviera hijos legítimos de su primer matrimonio.

b') En todos los casos, aun cuando los hijos adulte-

rinios hayan sido concebidos durante la época donde existía la obligación de cohabitación, ellos pueden ser legitimados por el subsiguiente matrimonio de los cómplices a condición de que no existan hijos o descendientes legítimos nacidos del matrimonio en el curso del cual el hijo adulterino ha sido concebido.

Se ha entendido que no existan hijos o descendientes vivos. De ahí que al establecer la Ley de 1924 la legitimidad posnupcias, se celebra a exigir la falta de hijos o descendientes legítimos en el momento de la legitimación y va de suyo que la legitimación de un hijo adulterino en el momento del matrimonio, imposible por estar vivo un hijo o un descendiente legítimo, puede llevarse a cabo más tarde si se espera el fallecimiento de ese hijo legítimo sin dejar descendencia legítima.

Condiciones de la legitimación. La legitimación de los hijos adulterinos e incestuosos, si bien se haya autorizada por la ley, está sometida a las condiciones generales requeridas para la legitimación de los hijos naturales simples, pudiendo establecerse las siguientes reglas comunes:

A) El reconocimiento de hijo adulterino debe hacerse en el momento de la celebración del matrimonio y nunca con anticipación, ya que la regla prohibitiva del artículo 335 del Código Civil Francés sigue en vigencia. Así lo resolvió la jurisprudencia.

B) La legitimación de hijos adulterinos puede efectuarse, no solo por el subsiguiente matrimonio, sino también posnupcias y en virtud de una sentencia.

C) La legitimación de un hijo adulterino implica absolu-

tamente por parte de sus padres un reconocimiento voluntario. Ese reconocimiento no puede hacerse sino con ocasión y en vista de una legitimación y en el mismo momento de la celebración del matrimonio de los padres.

Efectos de la legitimación. El hijo legitimado ocupa la misma posición jurídica que si hubiera nacido de matrimonio. En verdad, el artículo 333 del Código Civil Francés, reformado por la Ley del primero de julio de 1922, normatiza: "Los hijos legitimados por el matrimonio subsecuente de sus padres, tienen los mismos derechos que los legítimos". No se trata solamente de que tienen los mismos derechos sino la misma posición jurídica, situación jurídica, emplazamiento en el estado de hijo legítimo y por ese solo hecho pasa a formar parte de la familia legítima de sus padres y se convierte en pariente de todos los parientes de éstos. La legitimación no tiene efecto retroactivo, ello nace y produce sus efectos desde la realización del matrimonio. Por ello el hijo legitimado no puede concurrir en tal carácter a las sucesiones de los parientes de sus padres, abiertas antes de operarse su legitimación. En la legitimación posnupcias si hay retroactividad; esa legitimación se retrotrae a la fecha de la celebración del matrimonio, no teniendo efectos en ese sentido, la sentencia dictada en audiencia pública a que se refiere el artículo 331 del Código Civil Francés de su párrafo 6.

Mientras el reconocimiento, ya sea voluntario o forzoso, no es atributivo de estado, sino declarativo de estado, la legitimación no es acto declarativo, sino un acto constitutivo, creador de un derecho nuevo.

Legitimación por matrimonio putativo. La causa probable de su nacimiento fue la exageración de las prohibiciones de los matrimonios entre parientes y así, un gran número de personas estaban expuestas con la mayor buena fe, a contraer matrimonios nulos.

Los efectos del matrimonio putativo se hallan contenidos en el Derecho Francés, en los artículos 201 y 202 del Código Civil que dicen respectivamente:

Artículo 201: "El matrimonio que ha sido declarado nulo produce todos los efectos civiles, tanto con respecto a los esposos como con respecto a los hijos, como si él hubiese sido contratado de buena fe".

Artículo 202: "Si la buena fe no existe mas que de parte de uno de los esposos, el matrimonio no produce los efectos civiles sino en favor de ese esposo y de los hijos nacidos del matrimonio".

La condición que resulta para los hijos del matrimonio putativo es una condición de cónyuge, que es temporal. Sea cual fuere la gravedad del vacío que afecte a este matrimonio, aun en caso de incesto, bigamia o crimen, los hijos nacidos de ese matrimonio putativo son siempre legítimos, tienen vocación y llamamiento sucesorio intacto con respecto a sus padres y parientes, aun con respecto al padre o madre de mala fe. Si fueron concebidos antes del matrimonio y nacidos -- después de la celebración, se benefician de la legitimidad automática -- que confiere a tales hijos el artículo 314 del Código Civil Francés.

En caso de haber nacido antes del matrimonio y legitimados por él, permanecerían en su condición de legitimados a pesar de la anulación posterior del matrimonio. Este supuesto dió lugar a todos, por cuanto es contrario, a la doctrina tradicional y además porque esa tesis encuentra frente a ella las palabras empleadas por el artículo 202 "hijos nacidos del matrimonio".

La interpretación extensiva y amplia es la que domina en la doctrina y la jurisprudencia. Se sostiene para ello que la noción del matrimonio putativo en el Derecho moderno se desenvuelve en un plano de liberalismo, que las palabras "nacidos de matrimonio" que ostenta el artículo 202 del Código Civil Francés no figuran en el artículo 201 del mismo Código, en cuya norma se encuentra el principio general sobre los efectos del matrimonio putativo, teniendo el artículo 202 el único efecto de restringirlos con respecto al cónyuge de mala fe, y siendo el principal en la hermenéutica el artículo 201 del Código Civil Francés que no hace distinción alguna, todos los hijos sin distinción alguna, todos los hijos sin distinción pueden ser objeto de la legitimación, según la fecha y las condiciones de su nacimiento.

Julio López del Carril señala que en cuanto a hijos -- adulterinos legitimados por matrimonio putativo, la casi totalidad de la doctrina clásica se pronuncia en forma adversa a su admisión, pero -- que dictadas las leyes de 1907, 1915 y 1924 sobre la legitimación de hijos adulterinos, basta que la legitimación haya tenido lugar en el momento de la celebración del matrimonio, para que esa legitimación

sea mantenida, importando poco que más tarde el matrimonio sea anulado y declarado putativo.

López del Carril sostiene que en materia de hijos incestuosos, en que los padres ligados por un grado prohibido sin posibilidad de dispensa, contrajeron matrimonio, sería suficiente que uno de ellos ignorase el lazo de parentesco para que conforme a los artículos 201 y 202 del Código Civil Francés, el matrimonio aunque nulo y putativo, importaría la legitimación de los hijos. Asimismo señala que la Corte de Casación declaró que el matrimonio putativo produce todos los efectos del matrimonio válido y por tanto importa la legitimación de los hijos comunes en las mismas condiciones que si el matrimonio fuese válido.

Nulidad y contestación de la legitimación. La legitimación puede ser anulada a falta de una de las condiciones legales. La nulidad del matrimonio entrañará, por vía de consecuencia, la nulidad de la legitimación, salvo la hipótesis del matrimonio putativo. Lo mismo la nulidad de uno de los reconocimientos, tendrá por consecuencia la nulidad de la legitimación misma y así el reconocimiento de un hijo adulterino que fuese nulo provocará igualmente la nulidad de la legitimación, salvo las excepciones introducidas por el legislador.

Contestar la legitimación, es pretender que el hijo legítimo no es hijo de los esposos o de uno de ellos. La acción de legitimación no es la de una acción de contestación de reconocimiento; a partir del momento donde se haya establecido que el reconocimiento es erróneo o producto de una mentira, la legitimación desaparece por vía

de consecuencia.

No es posible la impugnación de la legitimación, si la validez del matrimonio no ha sido impugnada, si la filiación paterna o materna se ha establecido como resultado de una investigación judicial.

La nulidad de uno de los dos reconocimientos hace que el hijo pierda el beneficio de la legitimación, pero a su vez la Corte de Casación ha establecido que una persona no puede impugnar la legitimación después de haber tratado al hijo como legítimo en sus relaciones con él.

Para el ejercicio de esta acción de contestación o de impugnación no existe plazo obligatorio, habiendo la Sociedad de Estudios Legislativos propuesto el de seis meses.

La sentencia que anula una legitimación puede otorgar la indemnización de daños y perjuicios al hijo.

2.- Derecho argentino. Vélez Sarsfield establece la filiación en legítima e ilegítima y ésta a su vez subdividida en filiación natural, adulterina, incestuosa y sacrílega.

Filiaciones. Son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio que naciesen después de 180 días del casamiento válido o putativo de la madre y los póstumos que naciesen dentro de 300 días - contados desde el día en que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fuese anulado y la ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por madre al marido. Artículos 240 y 245 del Código Civil Argentino.

Son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, «

de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieron casarse - aunque fuera con dispensa. Artículos 324 y 311 del mismo Código.

Hijo adulterino es el que procede de la unión de dos - personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio porque uno de ellos o ambos estaban casados. Artículo 338 del referido Código.

Hijo incestuoso es el que ha nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio por parentesco que no era dispensable según los cánones de la Iglesia Católica. Artículo 339 del Código civil Argentino.

Hijo sacrilego es el que procede de padre clérigo de - órdenes mayores, o de personas, padre o madre ligada por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica. Artículo 340 del mismo Código.

Y mientras los hijos naturales tienen acción para ser reconocidos por el padre o la madre, o para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de la paternidad o maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos y que concurran a demostrar la filiación natural. Artículo 325 del referido Código. Está prohibida toda investigación de paternidad o maternidad adúltera, incestuosa o sacrilega. Artículo 341 del Código Civil Argentino.

Los hijos adulterinos, incestuosos o sacrilegos no tienen por las leyes, padre o madre ni parientes algunos por parte de padre o madre, ni derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paterni-

dad o maternidad. Artículo 342 del Código Civil Argentino.

Los hijos naturales son titulares de una porción legítima y militan en el cuarto orden de las sucesiones intestadas y tienen -vocación sucesoria de concurrencia con los descendientes legítimos, con el cónyuge y con los ascendientes legítimos, para pasar luego ante la -inexistencia de todos esos concurrentes a la plena, total y absoluta vocación hereditaria excluyente.

Los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos no tienen ningún derecho en la sucesión del padre y de la madre y recíprocamente los padres no tienen ningún derecho en la sucesión de dichos hijos, ni patria potestad, ni autoridad para nombrarles tutor.

La categoría de hijos sacrílegos quedó derogada en la -forma expresa por el artículo 112 de la Ley de Matrimonio Civil, pasando en consecuencia a revestir en la categoría de natural, adulterino o incestuoso.

Al sostenerse en el artículo 311 de esta última ley mencionada "aunque fuera con dispensa", se mantuvo una perfecta concordancia con el sistema del Código Argentino, ya que según el artículo 167, el matrimonio entre personas católicas debía celebrarse "según los cánones y solemnidades prescritas por la iglesia católica", y según el artículo 168 reconocía como impedimento los establecidos por las leyes --canónicas, "perteneciendo a la autoridad eclesiástica el decidir sobre el impedimento el conceder dispensa de ello". Según el Derecho Canónico

los impedimentos pueden dividirse en dirimentes que causaban la nulidad de matrimonio y que no podían ser dispensados, o simplemente impeditivos, que no causaban necesariamente la nulidad del matrimonio y que - - eran dispensables.

José O. Machado manifiesta que la Ley de Matrimonio Civil no ha tenido el propósito de crear una nueva especie de filiación - al incluir entre los impedimentos, algunos de los que conforme al Derecho Canónico eran dispensables. El propósito de la ley ha sido crear una - categoría de hijos sin filiación, de tal manera que en el régimen del - Código Civil Argentino los textos eran perfectamente concordantes. Los únicos impedimentos no dispensables los constituían el del parentesco - que determinaba la filiación incestuosa, el del ligamento que determinaba la filiación incestuosa, el del ligamento que determinaba la filiación adulterina y el de orden que creaba la sacrílega.

Continúa señalando que los hijos naturales son los nacidos fuera del matrimonio y a los cuales no corresponde la designación - de adulterinos ni de incestuosos.

Requisitos de la legitimidad. Esta se produce mediante el concurso de diversas circunstancias:

- A) El legitimado sea hijo realmente de ambos contrayentes.
- B) Que el legitimado revista la calidad de hijo natural.
- C) El matrimonio sea válido.
- D) Exista reconocimiento del hijo natural por sus padres, antes de la celebración del matrimonio, en el acto de la celebración de

estado, o hasta dos meses después de celebrado el matrimonio.

Legitimación por subsiguiente matrimonio. Elemento biológico y jurídico. El hijo a legitimar ha de ser realmente hijo de los futuros esposos, de lo contrario faltaría uno de los elementos esenciales requeridos por el artículo 311 del Código Civil Argentino y es que la legitimación sí opera por subsiguiente matrimonio de los padres, de los hijos nacidos fuera de matrimonio, que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse.

No se encubriría con ello una adopción, como pretende - Busso, ya que esa legitimación no produciría jamás la adopción, ni el sistema del Código que no admitía ese instituto ni después de ser creado en el Derecho Argentino por la Ley 13.252, pues sería un acto de nulidad absoluta, al reunirse los elementos formales para esa legitimación; reconocimiento y subsiguiente matrimonio, pero con ausencia de los elementos biológicos y jurídicos referentes al sustento, espíritu y fin de la ley sustantiva.

Sostiene Machado que los impedimentos de carácter permanente para contraer matrimonio como el parentesco, ligamen y crimen, son los únicos que excluyen la calidad de naturales con respecto a los hijos habidos antes de un subsiguiente matrimonio, que aún se contrajese a pesar de la existencia de esos impedimentos. Pero que los impedimentos de carácter transitorio, ya sea falta de edad y locura y los vicios del consentimiento, error, dolo y violencia, aunque existentes a la época de la concepción de los hijos y que determinasen entonces que los padres no pudiesen casarse, no harían variar en forma algu-

na la categoría de esos hijos concebidos y nacidos o no antes de ese subsiguiente matrimonio, pues ellos revestirían la calidad de hijos naturales, y serían legitimados por aquel subsiguiente matrimonio de los padres.

La razón sería que sólo los hijos concebidos en adult^{er}io o en incesto son los que tienen un estado legislado expresamente.

El único estado atribuible legalmente a aquellos hijos es el de naturales. Lo mismo es aplicable a los hijos nacidos antes del subsiguiente matrimonio de sus padres, si éstos al contraer esas nupcias se hallasen afectados por las prohibiciones de lepra o enfermedad venérea en período de contagio.

Un hijo nacido después de 180 días de celebrado el matrimonio, aunque halla sido concebido antes de las nupcias, la ley lo presume concebido durante ese matrimonio y por ello es hijo legítimo y no legitimado. El artículo 322 del Código Civil Argentino se refiere aunque no lo diga expresamente, a los hijos nacidos antes de los posteriores a la celebración del matrimonio y en ese caso la concepción se ha operado antes del matrimonio.

En esta disposición del artículo 230 aparece clara la interpretación que estamos desarrollando. En la primera parte del inciso 3. Los hijos concebidos durante el matrimonio putativo, serán considerados como legítimos, o sea los que nacieron después de 180 días de la celebración del matrimonio, puesto que el artículo 253 los repite y presume concebidos durante ese matrimonio. En la 2a. parte del inciso 3, en cuanto a los hijos naturales concebidos antes del matrimonio puta

tivo entre el padre y la madre y nacidos después, quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio válido produce ese efecto, o sea los que han nacido hasta dentro de los 180 días de celebrado ese matrimonio, pues han sido concebidos antes del matrimonio putativo entre el padre y la madre y nacidos después, quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio válido produce ese efecto. Esto es, los que han nacido hasta dentro de los 180 días de celebrado ese matrimonio, pues han sido concebidos antes, se les aplica la norma del artículo 322 y quedan legitimados.

Legitimación por matrimonio in extremis. "El matrimonio in extremis es el previsto en el artículo 3572 del Código Civil Argentino, celebrado hallándose enfermo uno de los cónyuges que fallece por esa misma enfermedad dentro de los 30 días siguientes, produce la legitimación de los hijos naturales. En primer lugar, la ley no hace distinción alguna al respecto, en segundo lugar, por cuanto ese matrimonio es perfectamente válido y surte todos sus efectos, no se halla comprendido en ninguno de los supuestos de nulidad y la sanción que contiene la norma se refiere a la exclusión de la vocación que hace efectiva contra el cónyuge supérstite". (2)

Aun cuando ese matrimonio in extremis fuese contraído - existiendo los impedimentos determinados por la Ley de Matrimonio Civil, argentino, la legitimación realizada por ese subsiguiente matrimonio in extremis quedaría firme, la que por el fallecimiento del cónyuge enfer-

(2) Ob. cit. p. 82

mo llegaríamos a la consolidación de las nupcias, prevista por el artículo 86 de la Ley del Matrimonio Civil Argentino y por lo tanto, la permanencia de todos los efectos del matrimonio surgiría plena, incluso el carácter de legitimados de los hijos, habidos antes de la celebración de ese matrimonio, por cuanto, no se trataría de un matrimonio putativo, sino de un matrimonio plenamente válido, por su consolidación mediante la desaparición absoluta de la acción de nulidad. Solo produciría la exclusión de la vocación sucesoria del cónyuge, pero la conservarían los hijos habidos antes y después del matrimonio in extremis válido o putativo.

Legitimación por matrimonio en peligro de muerte. Este tipo de legitimación se encuentra previsto en el artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil Argentino y guarda perfecta concordancia con las disposiciones de los artículos 311, 324, 317 y 318. Los requisitos exigidos por el artículo 46 para la celebración de tal matrimonio, son:

A) Prescendencia de todas o algunas de las formalidades que deben preceder a la celebración del matrimonio.

B) Justificación que alguno de los esposos se haya en peligro de muerte

C) Manifestación de los futuros esposos que quieren reconocer hijos naturales

D) Constancia en el acta de celebración del matrimonio de la manifestación precedente.

De estos requisitos se concluye que el matrimonio, en artículo de muerte solo puede celebrarse cuando se trata de reconocer hi

jos naturales y legitimarlos. Por ésto debe asentarse en el acto de celebración de matrimonio, la manifestación de los futuros esposos de que quieren reconocer hijos naturales y legitimarlos; que los reconocen en ese acto, y por ello solamente y la inmediata celebración del matrimonio se produce la legitimación de aquellos hijos. Artículo 317 del Código Civil Argentino.

En este matrimonio se puede sostener lo mismo que en materia de matrimonio in extremis.

Si ambos contrayentes contrajesen en artículo de muerte un matrimonio putativo, reconociendo los hijos habidos antes de ese matrimonio y de los mismos padres, el fallecimiento de uno de los esposos produciría la consolidación del matrimonio y la inatacabilidad de la filiación legítima de ese hijo.

Legitimación por matrimonio putativo. Julio López del Carril manifiesta que el legislador guardó armonía con la legitimación de los hijos putativos, en dos supuestos:

- A) Hijos concebidos durante ese tipo de matrimonio
- B) Naturales concebidos antes del matrimonio putativo y nacidos después.

Continúa señalando que para ello el codificador exigió la buena fe de ambos contrayentes o de uno solo de ellos y su técnica - en esta materia fue inobjetable y de un avance extraordinario frente a las legislaciones contemporáneas suyas, al crear los artículos 230 inciso 3, 231 y 232 inciso 3, que textualmente dicen:

"En cuanto a los hijos concebidos durante el matrimonio

putativo serán considerados como legítimos, con los derechos y obligaciones de los hijos de un matrimonio legítimo.

Los hijos naturales concebidos antes del matrimonio putativo entre el padre y la madre y nacidos después, quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio válido produce este efecto. Si hubo buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio putativo hasta el día de la sentencia que lo anulare, producirá también los efectos del matrimonio válido, más sólo respecto al cónyuge de mala fe".

"Si el matrimonio anulado no fuese putativo, es decir, si fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efectos algunos civiles. Su nulidad tendrá los efectos siguientes: en cuanto a los hijos serán considerados como ilegítimos y en la clase que los pusiera el impedimento que causare la nulidad". artículo 231 inciso 3.

Estas disposiciones del Código Civil fueron trasladadas a la letra de la Ley 2393 de Matrimonio Civil.

En el desarrollo del supuesto de buena fe de ambos esposos o de uno de ellos, Vélez Sarsfield hace con toda claridad la distinción en materia de los efectos con respecto a los hijos:

A los concebidos durante el matrimonio los llama simplemente hijos, por cuanto la calificación resultaría siempre determinada por la buena fe de los padres en su carácter de esposos, que es lo que será la causa creadora y desencadenante de la legitimidad.

A los concebidos antes, los llama hijos naturales, y en el caso de mala fe, da la calificación de la filiación en que han de ser

colocados los hijos.

El artículo 232 del Código Civil Argentino dice que el matrimonio contraído de mala fe por ambos esposos, no es putativo, sino concubinato y no producirá efectos civiles. En consecuencia, desde el punto de vista jurídico no se puede hablar de matrimonio putativo, donde ambos cónyuges son de mala fe; no existe allí matrimonio, sino concubinato, y al no existir matrimonio putativo, no puede haber una calificación con respecto a los hijos, que pudiese colocarlos en la categoría de legitimados. Los hijos siguen la calidad que les corresponda conforme a la posición biológica jurídica en que están colocados, en su carácter de hijos provenientes de un concubinato y que han de ser colocados en la juridicidad, según sean los impedimentos que hayan tenido sus padres en el momento de la concepción de esos hijos.

La única posición admitida por el Código Civil Argentino y en consecuencia por la Ley de Matrimonio Civil, es la de que solo pueden legitimarse por matrimonio putativo los hijos naturales concebidos antes de ese matrimonio putativo y nacidos después.

Legitimación de hijos adulterinos e incestuosos. Queda aún el problema que apasiona a la doctrina y a la jurisprudencia:

A) Si el matrimonio válido de los padres legitima al hijo adulterino o incestuoso.

B) Y si el matrimonio putativo los puede legitimar.

En el Código Civil Argentino no existe una construcción expresa destinada a la legitimación de los hijos adulterinos e incestuosos como la existencia en el Código Civil Francés.

No solo ello, sino que el legislador no acepta el criterio de la buena fe en los padres al tiempo de la concepción del hijo adulterino, no permite la investigación de la paternidad, no les da padres ni parientes, ni vocación sucesoria. El sistema es corto y riguroso. Y a ello se agrega que solo el matrimonio válido produce la legitimación y que ésta legitimación en todos los supuestos, está constreñida a los hijos naturales; que el estado de los padres ha de ser libre al tiempo de la concepción de los hijos.

La legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio válido, solo puede realizarse por ese medio: matrimonio válido e hijos naturales. No es posible, en ningún supuesto, la legitimación de hijos adulterinos o incestuosos por medio de matrimonio válido, ni siquiera cuando uno de los padres al tiempo de la concepción fuera casado y el otro ignorase ese impedimento y después el padre impedido enviudase y contrajese matrimonio válido con la mujer con la cual engendró tal hijo, que nace después de contraído ese matrimonio. Ese hijo no puede ser legitimado por matrimonio válido, ya que la concepción es la determinante de la filiación.

En ese momento el impedimento existía y el hijo es adulterino sin que se pueda legitimar, y lo más triste es que ese hijo no puede mejorar su filiación, ya que el matrimonio contraído por sus padres es válido y no putativo. Si el impedimento sobreviniera después de estar concebido ese hijo que nace luego de la celebración de ese matrimonio, que es putativo, ese hijo queda legitimado por la disposición expresa del artículo 87, inciso 4, de la Ley de Matrimonio Civil.

En el caso de buena fe de ambos contrayentes o de uno solo en el supuesto de matrimonio putativo, los hijos naturales, padre y madre, y nacidos después, quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio válido produce este efecto.

El autor ha tratado con extensión esta norma. Es totalmente limitada, única y exclusiva casuística y se haya plena de requisitos. Se aplica a un solo caso: el del matrimonio putativo, no el matrimonio válido, pues esto se rige por otras reglas. Se aplica a una sola clase de filiación: la de los hijos naturales y no a los adulterinos e incestuosos. No deben existir impedimentos a la fecha de la concepción del hijo, aun cuando existan luego; el hijo debe nacer luego de haber contraído matrimonio putativo sus padres, no antes. Y sólo para ese supuesto, la ley admite la legitimación del hijo natural por subsiguiente matrimonio putativo de sus padres. No hay entonces legitimación de hijos adulterinos o incestuosos por subsiguiente matrimonio putativo de los padres, estén concebidos o nacidos antes de ese matrimonio.

Necesidad y plazos del reconocimiento. El reconocimiento del hijo natural deben hacerlo ambos padres. No es preciso que sea simultáneo, sino que puede hacerlo primero un padre y después el otro.

El reconocimiento puede asumir dos formas: el reconocimiento voluntario y el forzoso.

Plazos. A) Si el reconocimiento es voluntario, con las formalidades expresas en el artículo 313 del Código Civil Argentino. En ese caso el reconocimiento de ambos padres debe ser expreso y realizado:

- 1) Antes de la celebración del matrimonio;
 - 2) Al celebrarse el matrimonio;
 - 3) Hasta dos meses después de celebrado el matrimonio.
- B) Aún cuando los padres no hayan reconocido expresamen

te al hijo, en ninguna de esas oportunidades, ni aún después de vencidos los dos meses previstos por el artículo 317 del mismo ordenamiento: la legitimación se produce lo mismo; siempre que el hijo legitimado haya gozado de la posesión de estado, con anterioridad a la celebración del matrimonio de los padres, pues en tal caso la legitimación se opera ministerio legislativo, y las limitaciones en cuanto al tiempo y forma señaladas por los artículos 311, 317 y 318 del Código Civil Argentino, son restricciones al ejercicio del derecho de los padres, para legitimar a sus hijos. Pero ello no obsta cuando los padres omitan el reconocimiento en la época indicada. Los hijos que se hallan en las condiciones - del artículo 311, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres, si esos hijos naturales han gozado de la posesión de estado.

También la legitimación pueden solicitarla los hijos y obtenerla en cualquier momento, fuera de todos los plazos señalados por el artículo 317 del Código Civil Argentino, si existe posesión de estado de hijos naturales en favor de ellos y ese reconocimiento tiene efecto desde el día de la celebración del matrimonio. Ese cumplimiento del reconocimiento, dentro de los plazos señalados por el artículo 317 antes señalado, no puede afectar a los hijos por ser su omisión falta imputable a los padres, siempre entendido que haya posesión de estado de hijos naturales en favor de los mismos.

C) Por reconocimiento forzoso declarado y ordenado por sentencia judicial, en vida de los padres, sin demostración de la posesión de estado. Es aplicable la jurisprudencia que admite la legitimación por subsiguiente matrimonio, que se opera de pleno derecho, frente al reconocimiento expreso efectuado a petición de los padres o a petición de los hijos después de vencidos los plazos señalados en el artículo 317 del Código Civil Argentino.

D) Fallecidos los padres, también se opera la legitimación. En ese caso debe mediar una sentencia judicial de reconocimiento con expresa probanza de la posesión de estado, por así requerirlo terminantemente el artículo 325 del Código Civil Argentino.

Legitimación posmortem. El Código Civil Argentino admite la legitimación posmortem. El artículo 316 del mismo ordenamiento dispone:

"La legitimación puede extenderse a los hijos que hubiesen fallecido al tiempo de celebrarse el matrimonio, dejando descendientes, en cuyo caso aprovecha a éstos".

En esta materia el Código Civil Argentino ha seguido al francés en su artículo 332. El problema solo se plantea frente a la palabra descendientes, por cuanto el legislador no ha tipificado a qué descendientes se refiere; pero en realidad la referencia es a los descendientes legítimos.

Efectos. Los efectos que produce la legitimación se hallan consagrados en el artículo 319 del Código Civil Argentino:

"Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son

iguales a los legítimos para todos los efectos legales, desde el día de la celebración del matrimonio y la legitimidad aprovecha a su posteridad legítima. La designación de hijos legítimos, hijos de legítimo matrimonio, comprende los hijos legitimados.

Impugnación. Es inexacto que la impugnación se produce sin intervención del legitimado. Pero si este principio es cierto, como lo es, también no es menos cierto que esa legitimación no puede serle impuesta al legitimado.

El artículo 320 del Código Civil Argentino señala:

"La persona que tenga la libre administración de sus bienes podrá aceptar o repudiar la legitimación. Los que estén bajo tutela y la mujer casada, no pueden aceptarla ni repudiarla sin consentimiento y aprobación del marido o del tutor".

El artículo 321 manifiesta:

"Pueden impugnarla los hijos del matrimonio o los que tengan un interés actual en hacerlo".

Irretroactividad. El legislador estableció el principio de irretroactividad con respecto a los derechos y obligaciones que produce la legitimación. Esos derechos y obligaciones nacen desde el día en que se celebra el subsiguiente matrimonio, pero no tiene retroactividad ni el día de la concepción ni al día del nacimiento de los hijos legitimados.

Así lo dispone el artículo 323 del Código Civil Argentino. Hay en esto una diferencia con el reconocimiento: este produce

efectos desde el nacimiento, porque lo que está en juego es la paternidad o la maternidad y por tanto la filiación; pero en cambio, la legitimación que importa una convalidación de una filiación legítima potencial, califica a esa filiación a partir del hecho que produce la convalidación, o sea, a partir del día de la celebración del matrimonio.

3.- Derecho Alemán.

Legitimación de hijos ilegítimos. Julio López del Carril manifiesta que la Ley de Matrimonio de 1946, en su artículo 25 considera a los hijos de matrimonio nulo, sin excepción, como legítimos, - siempre que fueran legítimos en caso de matrimonio válido, y para nada entra en consideración la buena o mala fe de los padres. Los hijos conservan el apellido y la nacionalidad del padre, así como su derecho a los alimentos y su vocación sucesoria igual que si se tratase de hijos legítimos. Quedan entonces solamente como ilegítimos los hijos de los llamados no matrimonios.

Víctor Loewenwarter sostiene que según el Código Civil Alemán, el hijo natural se encuentra en estado de parentesco legítimo sólo con respecto a su madre y la familia de ésta. Art. 1705.

Fuentes de legitimación. La legitimación de hijos ilegítimos reconoce dos fuentes:

- A) Legitimación por subsiguiente matrimonio y
- B) Declaración de legitimidad.

A) Respecto a la primera, el artículo 1719 del Código Civil Alemán dispone que:

"Un hijo ilegítimo adquiere la posición jurídica de un hijo legítimo, por la circunstancia de que el padre se case con la madre, con la conclusión del matrimonio". Solamente entran en consideración - los hijos nacidos antes del matrimonio, pues los nacidos durante él, - aunque hayan sido engendrados antes, se consideran legítimos de pleno - derecho, o sea, automáticamente.

Es preciso en todo caso que el hijo legitimado no pueda ser considerado como hijo legítimo de otro padre. Conforme al artículo 25 de la Ley de Matrimonio, no se opone a esa legitimación por subsiguiente matrimonio, que el hijo sea adoptivo de su padre, y tampoco que ostente una legitimidad por declaración de legitimidad; pero sí ha de ser hijo del padre contrayente, fundándose para ello la ley en dos presunciones formuladas por el artículo 1720 y que son totalmente independientes de la presunción de paternidad legítima formulada en los artículos 1591 y 5.5 del Código Civil Alemán y en la paternidad legítima prevista en el artículo 1717 y así, el marido de la madre en el caso de legitimación por subsiguiente matrimonio, se considera padre del hijo si ha cohabitado con ella dentro del período comprendido entre los 181 y 182 días anteriores al nacimiento, ambos inclusive. Artículo 1720 del Código Civil Alemán. Esa presunción puede destruirse mediante la prueba de imposibilidad notoria de concepción, como consecuencia de la cohabitación del marido con la madre del hijo, al decir de Julio L. Carril.

En cambio se presumirá la cohabitación dentro del plazo de concepción, si después del nacimiento del hijo, el marido reconoce su paternidad en documento público.

La legitimación no es un negocio jurídico que se produce con independencia de la voluntad de los padres como consecuencia legal de la celebración del matrimonio y por tanto no es necesario el asentimiento del hijo o de los padres.

Legitimación posmortem. Existe también en el Derecho Alemán la legitimación posmortem prevista en el artículo 1722 del Código Civil Alemán, en el sentido de que el matrimonio entre los padres produce los efectos de la legitimación para los descendientes del hijo ilegítimo, aunque éste haya muerto antes de la conclusión del matrimonio.

A partir de la conclusión del matrimonio, adquiere el hijo, sin efecto retroactivo, la legitimidad en todas direcciones; entra a partir de ese momento, en la familia del padre y obtiene el apellido y la nacionalidad de éste, ya que según el artículo 1705 el hijo ilegítimo ya tenía con relación a la madre y a los parientes de la madre la posición jurídica de un hijo legítimo.

B) Declaración de legitimidad. Este es el último medio de legitimación. El artículo 1723 del Código Civil Alemán establece:

"Un hijo ilegítimo puede ser declarado legítimo a petición de su padre por una disposición del poder del estado" y por la declaración de legitimidad obtiene el hijo la posición jurídica de un hijo legítimo. Artículo 1736 del mismo ordenamiento. Obtiene el derecho al apellido, necesita un deber recíproco de alimentos entre padre e hijos y una recíproca vocación sucesoria y derecho a la legitimación. Tales efectos se extienden a los descendientes del hijo.

Efectos. Aunque cuando los efectos de esa legitimidad se extiendan a los parientes del padre, no hacen nacer el parentesco por afinidad entre la esposa del padre ni la mujer del hijo y su suegro; pero en cambio, si extiende esa legitimidad a los descendientes del hijo legitimado por declaración.

"Esta declaración de legitimidad no se admitía en el caso de hijos incestuosos, siempre que al tiempo de la procreación del hijo, sus padres tuviesen los impedimentos de parentesco o afinidad previstos para contraer matrimonio, pero tal norma del artículo 1731 fue derogada por la Ley de Matrimonio de 1946. Es necesario siempre el consentimiento del hijo, como así también el consentimiento de la mujer - del padre". (3)

Finalmente se debe hacer una especial síntesis de esta materia de legitimación, ya que la gran diversidad terminológica y conceptual del Derecho Civil Alemán con la mentalidad jurídica latina, como así también lo diferente de las instituciones previstas en el Derecho de Familia Alemán con la de los sistemas jurídicos latinos, obliga a ello.

A) El hijo ilegítimo puede ser legitimado por subsiguiente matrimonio válido de los padres, vale decir que éstos no tengan impedimentos, ni hayan sido divorciados por ser cómplices de adulterio con declaración de causa. Siendo indiferente el carácter del hijo, puesto que en Derecho Alemán los ilegítimos son hijos no matrimoniales.

(3) *Ibidem*, p. 75

B) El hijo legitimado por matrimonio nulo y el nacido en matrimonio nulo o putativo, se hayan sujetos a un régimen distinto del de la legitimación, pues así lo determina expresamente el artículo 1721; pero el régimen previsto en el título especial de posición jurídica de los hijos de matrimonio nulo, que hacía girar la institución sobre la base de la buena o mala fe de los contrayentes, ha sido derogado por la Ley de Matrimonio de 1946 y esos hijos por imperio del artículo 25 de esa ley, son siempre legítimos, como si procedieran del matrimonio válido.

C) Los hijos ilegítimos también pueden ser legitimados por declaración de legitimidad.

4.- Derecho Italiano.

Legitimación por subsiguiente matrimonio. Dos son las condiciones para que se opere:

- A) Que el hijo natural esté legalmente reconocido;
- B) Sus padres contraigan o hayan contraído matrimonio.

Verificándose las dos condiciones, la legitimación se opera por derecho.

La primera condición de que el hijo esté legalmente reconocido, no resulta indicada expresamente en la ley, pero sí resulta de sus precedentes históricos e implícitamente del artículo 195 del Código Civil Italiano que hace depender del reconocimiento la posibilidad de legitimar al hijo. Para ello tanto vale el reconocimiento voluntario como el forzoso, objetivado por medio de una sentencia declarativa de filiación. La legitimación no puede extenderse a los hijos adúlteros e incestuosos, por cuanto no pueden ser legalmente reconocidos, según el artículo 193 del citado Código y además para poder determinar la adulte

rinidad el artículo 180 se remitía al momento de la concepción y no al momento del nacimiento.

Se admitió por el artículo 197 del referido ordenamiento, que recibía el sistema previsto en el Código Albertino, que el reconocimiento podía hacerse posteriormente a la celebración del matrimonio. Una sola diferencia existía entre las dos primeras y en el tercer caso. En aquéllas el hijo legitimado adquiría los derechos del hijo legítimo desde el día del matrimonio y en el tercer supuesto sólo los adquiría a partir del día del reconocimiento; pero para que pueda hacerse posteriormente aquella legitimación, debe tratarse de hijo nacido de los dos esposos precedente al matrimonio, porque en el caso de que fuese hijo de uno solo de ellos se podía hacer luego el reconocimiento, pero nunca la legitimación.

Legitimación por matrimonio in extremis. El Derecho italiano la admitió. Se ha discutido en la doctrina italiana si el hijo podía renunciar al beneficio de la legitimación. Quienes estaban por la afirmativa, invocaban la novela 89 capítulo II, según la cual no podía existir legitimación contra la voluntad del hijo. Pero se ha hecho notar que el antiguo instituto fue profundamente modificado por el derecho moderno y también que el derecho canónico ha conferido al matrimonio la facultad de legitimar de plena derecho a los hijos y que la disconformidad de éstos no tiene valor, no podía obstaculizar la legitimación.

Además la doctrina adversa sostiene también que la legitimación se establecía no solamente en el interés de los hijos, sino tam

bién en el interés de los padres y que los hijos no podían renunciar a la legitimación, de la misma manera que los hijos legítimos no pueden renunciar a su estado.

Impugnación al registro. La legitimación puede ser impugnada por los hijos y por cualquier interesado y se puede entonces hacer caer la legitimación, demostrando que el registro, aún cuando sea de parte de uno solo de los progenitores, no responde a la verdad y ello - porque en materia de filiación no puede impedirse la búsqueda de la verdad.

López del Carril sostiene que para hacer la legitimación por decreto real, es indispensable el concurso de 4 condiciones -- previstas en el artículo 198 del Código Civil Italiano:

- A) Sea pedida por los mismos padres o por uno de ellos;
- B) El padre o la madre que la demanda no tenga hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio ni descendientes de ellos;
- C) El mismo padre o la madre se encuentre en la posibilidad de legitimar el hijo por subsiguiente matrimonio;
- D) Si el solicitante está unido en matrimonio, obtenga el consentimiento del otro cónyuge.

La condición tercera se prestó a gravísimas dudas, estableciéndose que esa imposibilidad debía ser moral y relativa y aun -- más, que debía ser objetiva y absoluta.

Prohibición de la legitimación. Los hijos que no pue-

den ser legitimados por subsiguiente matrimonio, ni por real decreto.

Condiciones para la legitimación por real decreto. La legitimación puede concederse por real decreto cuando concurren las siguientes condiciones:

A) La pidan los progenitores mismos y que el progenitor solicitante haya alcanzado la edad indicada en el segundo apartado del artículo 250 del Código Civil Italiano

B) El progenitor que la pida no tenga hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos

C) Que para el progenitor exista la imposibilidad o al menos un gravísimo obstáculo para legitimar el hijo por subsiguiente matrimonio.

D) Debe existir el asentamiento del otro cónyuge o el solicitante encontrarse unido en matrimonio.

Artículo 285 del Código Civil Italiano. Condiciones para la legitimación después de la muerte del progenitor:

"Si uno de los progenitores ha expresado en un testimonio o en un acta pública la voluntad de legitimar los hijos naturales, éstos pueden después de la muerte de él, pedir la legitimación, siempre que en el momento de la muerte concurren las condiciones establecidas por los números 2 y 3 del artículo anterior. En este caso la demanda debe ser comunicada por dos de los parientes próximos del progenitor - dentro del cuarto grado".

Artículo 286 del Código Civil Italiano. Legitimación pedida por el ascendiente:

"La demanda de legitimación de un hijo natural reconocido puede hacerse, en caso de muerte del progenitor por uno de los ascendientes legítimos de él, si el progenitor no ha expresado en alguna forma la voluntad opuesta a la de legitimar".

Artículo 287 del Código Civil Italiano. Legitimación - en virtud del poder para el matrimonio:

"En los casos en que está consentido celebrar el matrimonio por poder, o concurren las condiciones para la legitimación por - subsiguiente matrimonio, la legitimación de los hijos naturales por real decreto puede pedirse en virtud del poder para contraer matrimonio, si éste no puede ser celebrado por haber sobrevenido la muerte del mandante. Cuando los hijos no hayan sido reconocidos, para pedir o legitimar es - necesario que del poder resulte la voluntad de legitimarlos".

Las normas sobre reconocimiento de hijos, como también las pertinentes que integran el sistema para poder llegar así a conclusiones son: artículo 250 del Código Civil Italiano:

"El hijo natural puede ser reconocido por el padre y - por la madre tanto conjunta como separadamente. El reconocimiento no puede hacerse por el padre que no ha alcanzado los 14 años a menos que tenga lugar en ocasión de su matrimonio". Y en su artículo 94, el Código fija las edades para contraer matrimonio en 16 cumplidos para el varón y 14 para la mujer.

Artículo 251 del Código Civil Italiano. Reconocimiento de hijos incestuosos:

"Los hijos nacidos de personas entre las cuales exista

el vínculo de parentesco aunque sea solamente natural, en línea recta - hasta el infinito o en línea colateral dentro del segundo grado, o bien un vínculo de afinidad en línea recta, no pueden ser reconocidos por sus progenitores, salvo que éstos al tiempo de la concepción ignorasen el - vínculo existente entre ellos. Cuando uno solo de los progenitores ha procedido de buena fe, el reconocimiento del hijo puede hacerlo sólo - él".

Artículo 252 del Código Civil Italiano. Reconocimiento de hijos adulterinos:

"Los hijos adulterinos pueden ser reconocidos por el progenitor que al tiempo de la concepción no estaba unido en matrimonio. Pueden ser reconocidos también por el progenitor que al tiempo de la - concepción estaba unido en matrimonio, cuando el matrimonio sea disuelto por efecto de la muerte del otro cónyuge. Si a consecuencia del matrimonio disuelto hay hijos legítimos o legitimados o descendientes legítimos de ellos, el reconocimiento no tiene efecto sino desde el día - en que se admite por real decreto, previo dictámen del Consejo del Estado .

El reconocimiento no puede admitirse si los hijos legítimos o legitimados no han alcanzado la mayor edad y si no han sido oídos. Si el progenitor muere después de la presentación de la instancia y antes de que se dicte el decreto, los efectos de esto se retrotraen a la fecha de la muerte. Si el reconocimiento está contenido en un testimonio, la instancia para la concesión del decreto puede hacerse por el hijo o por su representante legal dentro de un año a contar des-

de la publicación del testimonio".

Artículo 253 del Código Civil Italiano. Inadmisibilidad de reconocimiento en oposición con el estado de hijo legítimo:

"En ningún caso se admite un reconocimiento en oposición con el estado de hijo legítimo en que la persona se encuentra".

Artículo 255 del Código Civil Italiano. Reconocimiento de un hijo premuerto:

"Puede también tener lugar el reconocimiento del hijo - premuerto, en favor de sus descendientes legítimos o de sus hijos naturales reconocidos".

Artículo 278 del Código Civil Italiano. Prohibición de investigaciones sobre la paternidad y sobre la maternidad en los casos en que el reconocimiento está prohibido. Las investigaciones quedan excluidas también en los casos en que según el artículo 251 y el tercer - apartado del artículo 252, sea admisible el reconocimiento.

Artículo 259 del Código Civil Italiano:

"El hijo natural simple, procreado fuera del matrimonio, puede ingresar en la familia legítima de sus progenitores por iniciativa de ellos o de alguno de ellos. De ambos, en el caso de legitimación por subsiguiente matrimonio, lo que le atribuye la calidad de hijo legítimo; de uno solo de sus padres si lo ha reconocido durante el matrimonio, con el consentimiento del otro cónyuge, también en el caso de que este cónyuge haya dado oportunamente su asentimiento el reconocimiento, en cuyo supuesto el ingreso al domicilio conyugal no requiera aquel consentimiento.

Legitimación del hijo natural simple. Puede tener lugar por dos únicos procedimientos: por subsecuente matrimonio de los padres después del nacimiento del hijo, siempre que haya existido antes reconocimiento de ese hijo; se produzca ese reconocimiento con el mismo acto de contraer matrimonio; o se realice con posterioridad a las nupcias.

El solo hecho del matrimonio subsiguiente no opera la legitimidad. Es indispensable el reconocimiento del hijo natural. Esa legitimidad adquiere nacimiento y trascendencia jurídica, desde el mismo instante de la celebración de las subsecuentes nupcias, cuando el hijo ha sido reconocido con anterioridad o en el mismo acto de aquéllos; en cambio, aquel nacimiento y trascendencia se adquieren desde el día del reconocimiento del hijo, en el caso de que dicho reconocimiento se efectúe después de celebrado el matrimonio.

Legitimación del hijo incestuoso. El artículo 281 del Código Civil Italiano señala que los hijos que no pueden ser reconocidos, tampoco pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, ni por real decreto, pero en el caso de los hijos incestuosos el artículo 251 fija la excepción que admite su reconocimiento "cuando los progenitores al tiempo de la concepción de ese hijo, ignorasen el vínculo existente entre ellos", y si "sólo uno de los progenitores ha procedido de buena fe, el reconocimiento del hijo solamente puede hacerlo él".

Legitimación y matrimonio putativo. Este matrimonio nulo se halla previsto en el artículo 28 del Código Civil de 1942, así matrimonio putativo: el matrimonio declarado nulo, cuando ha sido contraído de buena fe, tiene respecto a los cónyuges, hasta el momento de la --

sentencia que pronuncia la nulidad, los efectos del matrimonio válido.

Los efectos del matrimonio válido se producen también - respecto a los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio declara-- do nulo, así como respecto a los hijos nacidos antes del matrimonio que han sido reconocidos anteriormente a la sentencia que declara la null-- dad. Si uno solo de los cónyuges ha procedido de buena fe, los efectos valen solamente en favor de él y los hijos. .

Los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio -- tienen el estado de hijos naturales reconocidos, en los casos en que el reconocimiento esté permitido.

En cuanto a la legitimación de hijos incestuosos, la -- prohibición del artículo 281 sólo funcionaría en parte, ya que si los -- padres ignorasen el ligamen de parentesco al tiempo de la concepción, - pueden reconocerlo, aún cuando conociesen después la relación parental.

Si en esa ignorancia del parentesco, el padre y la ma-- dre contrajesen matrimonio, que evidentemente sería putativo, tendríam-- os:

A) Ese matrimonio produce todos los efectos del matrimo-- nio válido. Artículo 128 del Código Civil Italiano.

B) Si el hijo de esos esposos ha nacido antes del matri-- monio de sus padres, queda legitimado por ese subsiguiente matrimonio, pues estaba en condiciones de ser reconocido. Artículo 128, 251, 281 -- del Código Civil Italiano.

C) Si ese hijo estaba antes de contraer matrimonio de - los padres y nació luego de celebradas las nupcias, ese hijo es legíti-

mo de pleno derecho.

D) Que si ese hijo se concibe después de celebrado ese matrimonio putativo, es legítimo de pleno derecho.

En las hipótesis de que uno solo de los progenitores -- fuese de buena fe, subsisten las situaciones indicadas precedentemente.

En el supuesto de que ambos cónyuges sean de mala fe, -- los concebidos o nacidos durante el matrimonio putativo tienen el estado de hijos naturales reconocidos, en los casos en que el reconocimiento esté permitido. Artículo 128 del Código Civil Italiano.

En el artículo 128 del Código Civil Italiano se designan específicamente los efectos del matrimonio putativo en las tres hipótesis:

Buena fe de ambos esposos, buena fe de uno solo de -- ellos, mala fe de ambos cónyuges, y para cada uno de esos casos la ley expresamente determina los efectos. Es que no hay matrimonio incestuoso, matrimonio adulterino, etc., sino únicamente matrimonio putativo, -- cualquiera que sea el tipo de impedimento legalmente previsto. Allí la ley confiere una situación especial a esos hijos nacidos de cónyuges in -- cestuosos que contrajeron matrimonio putativo de buena fe; los coloca -- como naturales simples reconocidos. Y es lógico:

Aquí el reconocimiento no es el previsto en los artículos 251 y 281 del Código Civil Italiano. El reconocimiento se operó -- haber sido concebido o nacido dentro de ese matrimonio nulo. No tienen entonces el carácter de hijos incestuosos, y no puede ser otra la solución, pues si no la ley sería burlada por ella misma.

Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio adquieren los derechos de los hijos legítimos desde el día del matrimonio, si han sido reconocidos por ambos progenitores anteriormente o en el acta misma del matrimonio. Artículo 283 del Código Civil Italiano.

En el caso de que hayan sido reconocidos posnupcias, -- los efectos se producen desde el día del reconocimiento. Artículo 283.

Si el legitimante es uno solo de los progenitores, el efecto de la legitimación se produce solamente con respecto al que reconoce. Artículo 290.

La legitimación por decreto del jefe de estado, produce pleno efecto, pero a contar de la fecha del decreto. Artículo 290. Si el decreto se dicta después de la muerte del progenitor, el efecto se remonta hasta el momento de la muerte. Artículo 290.

CAPITULO TERCERO
NATURALEZA JURIDICA

1.- Concepto del reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio. "El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por -- aquél que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación". (1)

El reconocimiento es un acto de poder familiar. La ley otorga al padre el poder de investir al hijo de tal estado.

El concepto hijos en general, puede ser definido como - producto de la generación de seres vivos. En este sentido tan amplio, tanto puede ser llamado hijo el producto generado por hombre y mujer, - como el generado por los animales y aun por las plantas. Pero estas últimas clases no interesan al Derecho, salvo que los considera como bienes materiales y los reglamenta como frutos. Hijos en derecho, sólo -- son considerados los que son resultado de generación de hombre y mujer.

Pero estos hijos, por razones de orden religioso, moral, sociológico y jurídico, mantienen con sus padres relaciones de distinto carácter que se resuelven en variedad distinta de derechos, según haya sido más o menos lícito el ayuntamiento carnal de sus padres desde el - punto de vista de la religión, moral, organización económica y jurídica

(1) Rojas Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano II. Derecho de Familia. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. 4a. edición. México. 1975. p. 727.

del ambiente, época social y familiar en que nace, siendo estas condiciones de ordenamiento preexistente las que determinan las distintas -- clases de hijos que el Derecho conoce y reglamenta.

" Los hijos naturales, denominación que se refiere a los hijos nacidos fuera de matrimonio, son aquéllos que han sido engendrados por personas que no están ligadas por vínculo matrimonial. Puesto que la filiación alude a la procedencia biológica de una persona y esto es puramente un fenómeno de la naturaleza, no existe ninguna diferencia entre la filiación que se denomina en las antiguas legislaciones "legítima", si tenía lugar dentro del matrimonio, y la filiación que se decía "ilegítima". La sociedad tiene necesidad de conocer y constatar la filiación o mejor, conocer al propio padre y a la propia madre de cada individuo, para distinguir las familias, repartir los derechos, exigir deberes, transmitir la propiedad, etc. La filiación es un concepto jurídico, que establece una relación de derecho allí donde existe la relación biológica de la generación, fenómeno natural al que está sometido todo ser viviente". (2)

Tradicionalmente los sistemas legislativos han partido de la base de la existencia o no existencia del vínculo conyugal entre el padre y la madre para distinguir dos grandes especies de hijos: los que nacen dentro de matrimonio y aquéllos cuyos progenitores no estaban

(2) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A. México. 1979. 3a. edición. p. 596.

casados en la época de la concepción. Tomando en consideración estas dos situaciones, encontramos que la historia del derecho ofrece en el curso de su desarrollo, diversos tratamientos legales respecto de estas dos distintas especies de filiación que hoy aparecen claramente diferenciadas.

En nuestro Derecho el reconocimiento es a la vez un modo de prueba del lazo de filiación y un acto de voluntad que crea ese lazo.

Si tomamos en cuenta que el reconocimiento es modo de prueba, lo compararemos a la confesión y le otorgaremos por lo tanto -- tres características:

A) El reconocimiento es un acto individual que no afecta más que al padre que lo hace. El principio es claro y se establece en el artículo 366 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"El reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor. Tengamos en cuenta que:

"La mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y -- subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya -- hecho o pretenda hacer de este niño. En ese caso no se le podrá separar de su lado a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contra-

decir el reconocimiento será el de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento de él". Artículo 378 del Código Civil para el Distrito Federal. Vemos aquí que se trata de una mujer que por el trato está haciendo presumir su maternidad.

B) El reconocimiento es un acto declarativo. Por ende se retrotrae al día del nacimiento. Notemos que:

"El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejercen sobre él la patria potestad o de la persona bajo cuya tutela se encuentra, o a falta de ésta, sin la autorización judicial". Artículo 362 del Código Civil para el Distrito Federal. Consideramos también que:

"El reconocimiento hecho por un menor es anulable si -- prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayor edad". Artículo 363 .

C) Esto último nos lleva al interesantísimo tema de que el reconocimiento es un acto irrevocable. "El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento". Artículo 367 del mismo ordenamiento legal.

El Ministerio Público tendrá acción contradictoria del reconocimiento de un menor de edad cuando se hubiere efectuado en perjuicio del menor. La misma acción tendrá el progenitor que reclame para sí tal carácter, con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente o para el solo efecto de la exclusión.

El tercero afectado por obligaciones derivadas del reco

nocimiento ilegalmente efectuado, podrá contradecirlo en vía de excepción. En ningún caso procede impugnar el reconocimiento por causa de herencia para privar de ella al menor reconocido.

El reconocimiento de hijos es el medio que la ley establece para determinar y probar la paternidad o maternidad natural. Por este hecho, el hijo no legítimo adquiere un estado legalmente cierto que hace posible el ejercicio de sus derechos. El derecho francés concede al hijo natural, derechos menos substanciales que los del hijo legítimo.

Galindo Garfias manifiesta que al decir de Ahrens, los hijos naturales nacidos de uniones que la moral reprueba, sufren las -- consecuencias de las faltas de sus padres cuando se ven privados de la atmósfera bienhechora de la vida familiar, pero deben pretender todos los derechos que se derivan de su estado civil, derechos que deben serles garantizados por el Estado. Este no puede obligar a los padres a -- reparar su falta respecto de los hijos, por un matrimonio subsiguiente, dado que esta unión debe ser libre siempre que sea posible, pero ha de asegurar a todo hijo el derecho de exigir el reconocimiento de sus padres.

El Estado no puede sancionar ningún medio para destruir ese derecho; por el contrario, debe abrir al hijo y a su madre todas -- las vías legales para obtener del padre el reconocimiento de su estado, pues el hijo tiene derecho de gozar de un estado civil.

El principio de la prohibición de investigación de la -- paternidad formulado por el Código Francés, ha sido inspirado por una -- falsa consideración del escándalo que resultaba de pleitos semejantes, y por la esperanza de que ejercería una saludable influencia sobre las

costumbres, haciendo a las mujeres más celosas de su honor. Pero esta defensa es una violación flagrante de un principio de justicia tanto -- con relación a la madre como al hijo.

2.- Calificación de los hijos. Demolombe define la filiación como el estado de una persona considerada como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre. A su vez, paternidad y maternidad expresan las mismas relaciones consideradas en la persona, ya sea - del padre o de la madre. La filiación puede ser legítima, derivada del matrimonio natural, de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados, pero respecto de quienes no existían los impedimentos de parentesco o matrimonio anterior subsistente: adulterina, incestuosa y adoptiva.

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio - señalada en el artículo 350 del Código Civil para el Distrito Federal, resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario, o por una sentencia que declare la paternidad.

Para empezar a definir lo que es la filiación, estableceremos previamente dos conceptos: los del adulterio e incesto.

El adulterio debe ser definido con cautela. La figura que incide en el Derecho Civil no es la misma que define el Derecho Penal. El tipo legal del delito del adulterio adquiere mayor o menor extensión en las legislaciones de diversos países. En algunas, el adulterio desaparece del catálogo de los delitos. En nuestro Derecho Civil - ambas figuras, civil y penal divergen fundamentalmente.

Del análisis de este estudio y sin pretensiones de ori-

ginalidad, se definirá el adulterio como el ayuntamiento ilegítimo de hombre con mujer, siendo casado uno de ellos o ambos.

Por otro lado, el incesto es el comercio carnal cometido por parientes dentro de los grados en que está prohibido el matrimonio. En el Derecho Argentino, dichos grados son: la consanguinidad entre hermanos legítimos o ilegítimos, y la afinidad en línea recta en todos sus grados.

La filiación adulterina se produce cuando uno de los padres estuviere casado con tercera persona al momento de la concepción, pudiendo la adulterinidad existir respecto de ambos padres o de uno de ellos. La filiación incestuosa se produce cuando los padres estuvieren ligados entre sí por vínculo de parentesco en grado tal, que su matrimonio estuviese prohibido por la ley.

El Código Penal para el Distrito Federal, define el incesto como las relaciones sexuales que tienen los ascendientes con sus descendientes.

"Hijos sacrílegos son los que proceden de padre clérigo de órdenes mayores, o de persona, madre o padre, ligado por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la iglesia católica, según las leyes del episcopado" (3)

Hijastros son los de otro cónyuge y no del actual de la mujer o el marido.

3) Guitrón Fuentevilla, Julián. Revista Mensual de Derecho Familiar. Familiaris Jus. Vol. I. Julio de 1976. Año I. Número 1. p. 8.

Son considerados hijos naturales, los nacidos de la -- unión sexual de los padres fuera del matrimonio y que al momento de la concepción podían casarse, aún con dispensa.

3.- Elementos esenciales y de validez del reconocimiento. Los enunciados en primer lugar son los siguientes:

A) La manifestación de la voluntad. Rojina Villegas manifiesta que puede ser unilateral, "cuando queda constituido exclusivamente por la declaración de voluntad que lleve a cabo el padre o la madre, al afirmar que el reconocido es hijo suyo, al presentar al hijo ante el Registro Civil, dentro del término que la ley da para levantar su acta de nacimiento, es decir, quince días al padre y cuarenta a la madre, siguientes al en que ocurrió el alumbramiento. En tal caso bastará que en dicha acta se haga constar la manifestación expresa que hiciera el padre o la madre ante el oficial del Registro Civil, reconociendo al hijo. Y será acto plurilateral, por el solo hecho de no presentarlo para su registro dentro del término legal, o cuando habiéndolo presentado, no se hizo su reconocimiento en el acta correspondiente". (4)

Se hace notar que lo sostenido por el autor antes mencionado es inexacto, pues la plurilateralidad no depende de la extemporaneidad en presentar al hijo fuera del término legal, sino del hecho de presentarlo ambos padres ante el Registro Civil.

Cuando el hijo ya haya cumplido 14 años, deberá manifestar su conformidad con el reconocimiento, y en el supuesto de que fuese mayor de edad, ya no intervendrá el tutor, pero sólo podrá llevarse a cabo, si consintiere en el mismo.

(4) Rojina Villegas, Rafael. Ob. cit. p.740.

En esta acta especial que se levanta, deberán hacerse constar todas esas circunstancias, es decir, la intervención del tutor, el consentimiento del hijo que ya cumplió 14 años o la conformidad expresa del hijo mayor que se reconozca. Por ello es conveniente cuando se tiene la voluntad de reconocer, no complicar este acto jurídico haciendo el reconocimiento fuera del término legal ya mencionado, ya que en la mayoría de los casos se descuida presentar al hijo en ese breve término al registro civil y se complica innecesariamente su reconocimiento, a pesar de existir la voluntad firme del padre, de la madre, o de ambos, de reconocerlo. Así concluye el autor último invocado.

Artículo 77 del Código Civil para el Distrito Federal:

"Si el padre o la madre de un hijo natural, o ambos, lo presentaren para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos los efectos del reconocimiento legal respecto del progenitor compareciente".

Artículo 78 del Código Civil para el Distrito Federal:

"Si el reconocimiento del hijo natural se hiciera después de haber sido registrado su nacimiento, se formará acta separada en la que, además de los requisitos a que se refiere el artículo que precede, se observarán los siguientes, en sus respectivos casos.

I.- Si el hijo es mayor de edad, se expresará su consentimiento en el acta para ser reconocido

II.- Si el hijo es menor de edad, se expresará el consentimiento del tutor si lo tiene o del tutor que el juez le nombrará - especialmente para el caso. Artículo 375.

Tratándose del reconocimiento de hijos menores de edad, se tendrá que designar un tutor, por el solo hecho de no haberlos reconocido al presentarlos para que se levante su acta de nacimiento ante - el Registro Civil.

El artículo 79 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que: "El reconocimiento del hijo natural mayor de edad requiere el consentimiento expreso de éste en el acta relativa".

Como el reconocimiento puede hacerse también por confesión judicial directa y expresa, por testamento o por escritura pública, estas tres formas le dan al reconocimiento el carácter de un acto jurídico unilateral.

La ley admite estas formas del reconocimiento, y así lo debemos entender aunque no lo diga, para el caso de que el reconocido - las acepte, sobre todo si son benéficas a él en el orden moral o económico, y entonces hay una especie de oferta de reconocimiento nada más.

Hay una voluntad unilateral en el sentido de reconocer, que sólo se perfeccionará hasta que el reconocido se adhiera a ella, pudiendo ser esta adhesión expresa o tácita. Habrá una adhesión tácita de voluntad, por el solo hecho de que el reconocido haga uso de los de-

rechos que el reconocimiento le otorga, aun cuando se exponga a sufrir las obligaciones inherentes al mismo. Por ejemplo, sabe que hay un reconocimiento en escritura pública y le conviene usar el apellido de --- aquél que lo ha reconocido.

El solo hecho de usar el apellido de aquél que lo ha reconocido es una adhesión tácita, pero se expone a las obligaciones consiguientes, supongamos, si es persona solvente, que podrá después tener la obligación de dar alimentos a quien lo reconoció.

B) El objeto. "En los actos jurídicos se deben distinguir dos objetos: el directo, que consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Y el indirecto que no siempre es constante, sino que se presenta en aquéllos actos de contenido patrimonial, cuando los derechos o las obligaciones se refieren a bienes, es decir, a todo elemento susceptible de un valor patrimonial estimable en dinero, directa o indirectamente!" (5)

Como no todos los actos jurídicos versan sobre bienes, de aquí se sigue que no necesariamente tienen objetos indirectos; en tanto que los directos son imprescindibles, porque no puede definirse el acto jurídico, sino en relación con ellos, consistentes siempre en crear, transmitir, modificar, o extinguir derechos u obligaciones, según los casos; en cambio, puede perfectamente concebirse el acto jurídico sin que haya el objeto indirecto llamado cosa, como precisamente pasa en el reconocimiento de un hijo.

En los contratos, testamentos y convenios, generalmente se presenta el objeto indirecto, porque los derechos, obligaciones y --

(5) *Ibidem.* n.753.

disposiciones testamentarias, se refieren generalmente a derechos y -- obligaciones que tienen relación directa o indirecta con las cosas. Por ejemplo; es inconcebible una compraventa, permuta, arrendamiento, o depósito, si pensáramos en derechos y en obligaciones in abstracto, independientemente de la cosa que se compra, permuta, o se da en arrendamiento o en depósito.

A fortiori tenemos que pensar que los derechos y las -- obligaciones de esos contratos tendrán que referirse a las cosas, y aun que sus objetos directos consistan en crear derechos y obligaciones entre las partes contratantes, como estas consecuencias recaen sobre cosas, éstas como objetos indirectos, serán tan esenciales como el objeto directo.

En el reconocimiento como acto jurídico que es, debe -- existir su objeto directo con el carácter de imprescindible, consistente en crear derechos y obligaciones. En nuestro sistema jurídico, se equipara el hijo natural con el legítimo, al otorgarle los mismos derechos. por consiguiente, el padre o la madre que reconozcan al hijo natural, tendrán las mismas obligaciones que la ley impone al padre o a la madre respecto de los hijos habidos en matrimonio.

Por ello, una vez que se reconozca al hijo natural, tendrán las mismas obligaciones que la ley impone al padre o a la madre -- respecto de los hijos habidos en matrimonio. Una vez que se reconozca al hijo natural, se tiene la obligación de ejercer la patria potestad, que ya la convertimos en deber jurídico y no en un derecho.

Si el reconocimiento se lleva a cabo simultáneamente --

por ambas partes, y viven juntos, no habrá problema, porque los dos ejercerán la patria potestad como ocurre en el matrimonio; pero si viven separados y el reconocimiento lo hacen simultáneamente, determinarán quién de ellos ejercerá la patria potestad. Si no se pusieren de acuerdo, el Juez resolverá tomando en cuenta lo que más convenga al menor. El artículo 370 del Código Civil para el Distrito Federal señala: "Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquélla pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles".

El artículo 380 en relación con el anterior enunciado, - manifiesta: "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su custodia; y en el caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, -- oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere -- más conveniente a los intereses del menor".

Se hace notar que para el legislador significa lo mismo el término custodia que patria potestad, al no hacer una diferencia entre ellos, ya que lo mismo señala "patria potestad" en el artículo 362 - que "custodia" en este último y en el siguiente enunciado; debiéndose hacer una diferencia, puesto que el primer concepto comprende a las facultades y deberes conferidas a padres, abuelos o adoptantes y está destinada a la protección de menores no emancipados en cuanto a su persona y -- bienes se refiere; y la "custodia" aún cuando va implícita en la patria potestad, puede ser ejercida no solo por padres, abuelos y adoptantes, - sino por cualquier otra persona. La custodia es la guarda o cuidado de una cosa ajena.

Por otra parte, y para el caso de que sólo uno de los -- progenitores hubiese reconocido al hijo, él ejercerá exclusivamente la patria potestad; pero como puede existir después el reconocimiento por el otro progenitor, corresponderá la patria potestad al que primero hubiese reconocido, aunque la ley no impide a los padres ponerse de acuerdo para estipular, por ejemplo, que sea el que reconoció en segundo lugar, el que desempeñe la patria potestad. El juez aprobará el convenio, siempre y cuando no perjudique al menor. No necesariamente tendrá que aceptar lo acordado entre los padres, si considera que a quien se confíe la patria potestad, por sus vicios, por su mala conducta, inmoralidad, descuido, etc., es un peligro para la moral, la salud o seguridad del menor.

El artículo 381 del Código Civil para el Distrito Federal estipula: "En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiese reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

"Nuestro sistema jurídico en esto se distingue de los sistemas europeos o americanos, porque hemos hecho una equiparación completa en todos los aspectos, para que el reconocimiento atribuya al hijo reconocido, todos los derechos de un hijo legítimo, que no solo quedará bajo los beneficios y la protección inherente a la patria potestad, sino que tendrá también el derecho de llevar el apellido de quien lo reconozca o ambos apellidos, si fue reconocido por padre y madre; el derecho de exigir alimentos y la porción hereditaria correspondiente en la

sucesión legítima o abintestato". (6)

Si hubiere testamento y no se incluyere, dándole una -- porción inferior a la que necesite para alimentos, ese hijo natural reconocido tendrá siempre el derecho de exigir alimentos, a pesar de la - libertad de testar que se concede en general al autor de una herencia.

Nuestro régimen de libre testamentifacción que faculta al testador para elegir libremente los herederos o los legatarios y, por consiguiente, para no imponer herederos forzosos, aún tratándose de los mismos hijos, sean legítimos o naturales reconocidos, tiene un límite - consistente en asignar a estos hijos legítimos o naturales, la pensión alimenticia necesaria en función del caudal hereditario, es decir, de - las posibilidades económicas de la herencia.

En este aspecto hemos equiparado también para el dere-- cho de heredar, al hijo legítimo con el natural reconocido, o en su ca- so con el que obtuvo sentencia en la que se declaró la paternidad o la maternidad. Ya se ha visto que esta sentencia tiene los mismos efec- tos de un reconocimiento, porque ha definido quién es el padre o la ma- dre para imponerle las obligaciones respectivas.

El artículo 389 del Código Civil para el Distrito Fede- ral manifiesta: "El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por - ambos, tiene derecho:

I.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca

II.- A ser alimentado por las personas que lo reconoz-- can

III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos

(6) Ibidem. p. 755.

que fije la ley".

En este sentido, en los Códigos de 1870 y 1884, por lo que se refería a la porción hereditaria en los intestados, o sucesiones legítimas, se hacía una diferenciación entre hijos legítimos e hijos -- naturales reconocidos, para disminuir la porción de estos últimos en relación con la que se atribuyere a los primeros

"El Código de 1870 fue el que más redujo la porción hereditaria y con un afán de cuantificación matemática muy complicado y arbitrario, consignó un gran número de normas, distinguiendo según la calidad del hijo natural; simple, adulterino o incestuoso, para graduar -- a través de una proporción matemática su condición jurídica y sus derechos." (7)

En el Código de 1884, no se redujeron en la forma inhumana que lo hizo el Código de 1870, las porciones hereditarias de los -- hijos naturales, adulterinos o incestuosos; pero tampoco se les llegó -- a equiparar, como ya lo hizo absolutamente en todos los casos de hijos naturales el Código Civil vigente.

Por esto, en los juicios sucesorios, todo el problema -- es simplemente de prueba para acreditar que el hijo natural ha sido reconocido, en cuyo caso, será declarado heredero, o cuando existe cualquier medio ordinario de prueba para justificar su filiación paterna o materna.

Es más liberal el Código de Procedimientos Civiles que el Código Civil, ya que en su artículo 801 permite a los hijos y demás descendientes, acreditar su parentesco, sea legítimo o natural, con --

(7) Ibíd. p. 755.

cualquier medio de prueba que sea legalmente posible, es decir, exclusivamente en beneficio de los hijos naturales simples, adulterinos e incestuosos.

Facilita la prueba del parentesco y permite que sin que haya un juicio contradictorio que se ventile previamente, sino dentro del mismo juicio hereditario, se acredite la calidad de hijo, nieto, --bisnieto, etc., para establecer el entroncamiento hasta el descendiente de primero, segundo o tercer grado, que invocare su derecho a heredar.

En atención a lo expuesto, no hay por lo tanto un objeto indirecto en el acto jurídico del reconocimiento de los hijos naturales. Sólo existe el objeto directo, el cual no debe confundirse con su finalidad, o sea, con ese concepto vulgar que algunos juristas tienen -- al confundir el objeto de los actos jurídicos con el fin que se proponen y, por ejemplo, afirman que es objeto del reconocimiento, declarar la paternidad o maternidad.

Evidentemente que ese fin, no constituye su objeto jurídico, consistente en crear derechos y obligaciones. Ahora bien, su finalidad jurídica sí consiste en declarar la paternidad o maternidad. En el matrimonio piensan que es objeto del mismo la perpetuación de la especie, finalidad no siempre necesaria, supuesto que puede haber matrimonio entre ancianos, en artículo de muerte o cuando uno de los contrayentes fuese estéril; y el objeto jurídico es crear derechos y obligaciones entre las partes, el cual siempre existirá. Su finalidad biológica, podrá existir o no.

C) El reconocimiento que haga la norma jurídica a la mo

nifestación de la voluntad. Existe un tercer elemento esencial que es la autorización que la norma jurídica establece respecto a la manifestación de la voluntad, para crear derechos y obligaciones. Es decir, si el acto jurídico sólo existe en la medida en que la norma de derecho reconoce el objeto que se propone su autor, puede ocurrir que la misma -- desconozca totalmente la creación de derechos y obligaciones y entonces ese acto será inexistente, porque no tendrá objeto alguno.

Un ejemplo de lo anterior, es el matrimonio en que las partes tuviesen como objeto jurídico exclusivamente, hacer vida conyugal durante cierto tiempo, para que al término del mismo, quedase resuelto de pleno derecho. Esta voluntad de las partes no podrá ser el objeto directo del matrimonio, porque no está reconocido en la ley.

En materia de reconocimiento de hijos naturales, podrían existir declaraciones de voluntad que dijeran: exclusivamente declaro - que fulano de tal es mi hijo, sólo para el efecto de establecer el parentesco biológico, pero no le reconozco ningún derecho, ni este reconocimiento le autoriza a llevar mi apellido, ni por ello lo insituiré como heredero.

La ley no tomará en cuenta todas estas manifestaciones de voluntad que son contrarias a la misma y en cambio, le dará efectos a todo aquéllo que aquél que reconoció no se propuso.

A la ley le bastará que en el acto del reconocimiento - se haya declarado que el reconocido es hijo, para que aunque no lo quiera el que reconozca, le imponga todas las obligaciones del padre o de - la madre y le conceda al reconocido el derecho de llevar el apellido, -

de poder exigir alimentos, y en su caso, la herencia correspondiente en el caso de intestado, aún cuando quien reconoció hubiese negado todas esas consecuencias jurídicas.

Bastará con que se declare o afirme la paternidad o maternidad, para que tengamos materia para el reconocimiento; es decir, para que a fortiori haya un objeto jurídico, el cual operará por ministerio de la ley.

Se prescinde de lo que el sujeto quiera imponer como consecuencia de derecho, de lo que quiere desear, para que algunas se produzcan y otras no. El objeto ya existirá, porque la ley lo impone, dado que alguien reconoció a otro como su hijo, teniendo obligaciones de padre, quiéralo o no.

Es así como interviene este tercer elemento esencial, para que el acto jurídico exista en la medida en que la norma reconozca, imponga, reduzca o limite las consecuencias jurídicas que su autor haya declarado u omitido.

Hay otros actos jurídicos como los contratos, en donde la voluntad sí es soberana y la norma reconoce todo lo que las partes se proponen, pudiendo estipular todas las cláusulas que crean convenientes, con una sola limitación: que no se propongan algo imposible (porque ello es lógico, deriva de la naturaleza de las cosas) o que sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, porque sería ilícito. Pero si se opera dentro de la licitud y de la posibilidad física y jurídica, los contratantes pueden crear libremente derechos y obligaciones.

En el reconocimiento, matrimonio o adopción, ya no se reconoce esta soberanía a la voluntad de las partes, sino que el objeto jurídico queda definido por la ley de manera imperativa, independientemente de lo que las partes hayan declarado o querido, y en ocasiones, a pesar de lo que no quieran.

Se les impondrá el conjunto de obligaciones y se concederán los derechos correlativos, no obstante la manifestación de voluntad expresa en el sentido de negar esas consecuencias, como ocurriría - en el reconocimiento si quien reconociere, quisiere negarle al reconocido los derechos que la ley le otorga de manera imperativa.

El reconocimiento de un hijo natural como acto jurídico, deberá tener estos tres elementos.

En ciertos actos jurídicos llamados solemnes, la forma se eleva a la categoría de un elemento esencial. Consecuentemente, el reconocimiento es un acto jurídico solemne y tendrá este cuarto elemento esencial.

Elementos de validez en el reconocimiento. Estos son - los mismos para los actos jurídicos en general.

A) Capacidad de ejercicio

B) Ausencia de vicios en la voluntad, como el error, do lo o violencia

C) Licitud en el objeto, motivo o fin del acto.

Ya no se mencionará la forma, porque ésta fue elevada a la categoría de elemento esencial en el reconocimiento y sólo tendremos los tres elementos de validez arriba enunciados.

A) En la capacidad de ejercicio se aplican las reglas - generales que ya conocemos. "El menor de edad como se menciona en el - artículo 362 del Código Civil para el Distrito Federal, no puede recono- cer sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la pa-- tria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial".

Como se está reconociendo a un hijo, se necesita tener siendo menor, por lo menos la edad para haberlo engendrado y ésta se -- calcula exigiendo que quien reconozca tenga, si es hombre, la edad de - 16 años más la del hijo que se reconozca; si es mujer que tenga 14 años más la edad del hijo que se reconozca.

Aquí la ley olvidó el término mínimo del embarazo que - debió calcularse en beneficio del hijo. Esta omisión se desprende del artículo 361 del Código Civil para el Distrito Federal que señala que:

"Pueden reconocer a sus hijos, los que tengan la edad - exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser re- conocido".

En el 362 del mismo ordenamiento se estipula: "El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o -- los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial".

Conforme a la parte final de este precepto, los menores emancipados necesitan de la autorización judicial para reconocer a un - hijo, precisamente porque ya no están sujetos a patria potestad o a tu- tela. En el reconocimiento, al requerir la ley una edad mínima, en ri-

gor exige una cierta capacidad de goce, en virtud de que no teniendo el que reconozca esa edad mínima, habrá una imposibilidad jurídica para -- llevar a cabo el acto. Es decir, habrá un obstáculo de derecho que impedirá de plano que el sujeto pudiere tener la posibilidad normativa de reconocer, puesto que no estaría en su status jurídico esta posibilidad para poder siquiera realizar el acto.

"En la incapacidad de goce, a diferencia de la de ejercicio, hay una imposibilidad insuperable conforme a la norma de derecho, para que el sujeto pueda realizar el acto. Se le impide de plano independientemente de que pudiera o no estar representado, realizarlo, aún cuando tuviere un representante como ocurriría por ejemplo, en el caso del menor que pretenda reconocer, si no contare con la edad mínima.

En este caso, su representante legal, quien ejerza la patria potestad o el tutor, no podría realizar aquel acto, como tampoco podría celebrarse el matrimonio por el menor de 16 o 14 años, respectivamente en el hombre o mujer, ni sería posible jurídicamente que fuera representado por quien ejerciera la patria potestad o la tutela!" (8)

Por lo que hace a la incapacidad de ejercicio, lo único que se impide es que el incapaz realice el acto, pero el derecho permite que a través de un representante se celebre. En cambio, otros actos jurídicos no dependen de que tengan o no los menores o los incapaces, - un representante para que actúe por ellos. No se trata de un problema de representación, sino que por virtud de la capacidad de goce que se requiere en atención a la naturaleza de ciertos actos como el matrimonio, espasales, o reconocimiento de un hijo, hay una imposibilidad de

(8) *Ibidem.* p.p. 759, 760

derecho, mientras no se tenga una cierta edad, para que el sujeto, aún cuando esté representado, pueda realizar el acto jurídico.

En el matrimonio se entiende que si no se tiene la posibilidad biológica de engendrar, no se debe tener la capacidad de goce para celebrar este acto jurídico.

En el reconocimiento, si no se tuvo la capacidad biológica de engendrar, tampoco deberá tenerse la capacidad de goce, desde el punto de vista jurídico, para poder otorgar el acto, porque sería -- tanto como que el derecho autorizare la falsedad y que permitiera a --- aquél que reconozca, que sin tener la posibilidad de haber engendrado - al reconocido, declare que es hijo suyo.

Para reconocer es incapaz por incapacidad física sólo el que no pudo haber procreado al reconocido. En realidad, se debe observar aquí un temperamento equitativo; no debe admitirse el reconocimiento de un menor que todavía no ha alcanzado el desenvolvimiento intelectual que permita creer en la sinceridad del acto que realiza, o que por su edad o desarrollo físico no se le pueda considerar apto para la procreación; pero en los demás casos nada obsta a admitir su capacidad plena para este acto de voluntad.

"Por lo que concierne a nuestro derecho, una vieja sentencia de 12 de junio de 1885 determinó que la circunstancia de que fue se menor el padre cuando otorgó la escritura de reconocimiento no hace ineficaz el mismo, porque éste no constituye ningún contrato, ni hay -- ley que prohiba a los menores llevarlo a efecto, y sería contrario a la moral que dejasen los padres, por este motivo, de dejar incumplida la -

obligación que tienen con respecto a sus hijos. El código nada dijo sobre el particular, y por este silencio volvió a plantearse la cuestión entre los comentaristas. Algunos insistieron en la incapacidad del menor, y otros, los más llegaron a distinguir en esta cuestión la forma en que el reconocimiento ha tenido lugar; y así, decían que no hay obstáculo ni reparo legal alguno al hecho en testamento, pues que si el menor puede hacerlo, también podrá hacer en el mismo las disposiciones -- que afectan al derecho de familia. Ahora bien; tratándose en cambio -- del llevado a efecto en documento público, la cuestión --continuaban-- debe cambiar, pues que quiérase o no, existe una sustancia contractual en el instituto, que exige y reclama la aplicación de las normas generales sobre la capacidad en los contratos. Pero esta parificación con la institución contractual no debe predicarse del mismo, y, por otra parte, -- debe observarse, como dice Castán, que el reconocimiento a partir de -- las edades que marcan la aptitud fisiológica para la generación". (9)

Hemos visto que puede existir la posibilidad de que -- quien reconozca no sea, en realidad, el padre o la madre; por eso no debe el derecho autorizar a sabiendas, en una forma plenamente consciente, que se lleve a cabo un reconocimiento ante la imposibilidad jurídica de haber engendrado al hijo que se reconozca.

Por ésto, un reconocimiento llevado a cabo sin tener la edad mínima que se reduce en el artículo 361 del Código Civil para el -- Distrito Federal, a la necesaria para contraer matrimonio, más la edad

(9) Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo 11. -- V. 11. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. p. 73.

del hijo reconocido, resultaría inexistente.

Este sería un caso de inexistencia por objeto jurídicamente imposible, pues toda incapacidad de goce se traduce necesariamente en una imposibilidad de derecho, por cuanto que habría un obstáculo insuperable para que el objeto directo del acto jurídico se realice.

Es decir, toda incapacidad de goce impide de plano, conforme a derecho, que se pueda realizar ese objeto del acto, consistente en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

La norma jurídica impide de plano que pueda entrar al status del sujeto, el derecho o la obligación que se originan por un acto y entonces este acto será inexistente.

Todavía en el matrimonio, por una razón de protección a los hijos que puedan engendrarse después, se hace una excepción a estos principios lógicos, lo que viene a comprobar lo que ya hemos dicho: el derecho no solo es una regulación lógica de la vida humana, sino también una regulación práctica, y si es verdad que no pueden celebrar matrimonio quienes no tengan la capacidad biológica para engendrar, y si también es cierto que conforme a los principios expuestos, ese matrimonio debería ser inexistente y, por lo tanto, nunca en lo futuro podría convalidarse, sin embargo, el ordenamiento jurídico admite que si aquellos que no tenían la edad para engendrar continuaron unidos y tuvieron hijos, la presencia de éstos hará que prevalezca la regulación práctica sobre la lógica y se establezca la única excepción a la imposibilidad de convertir, por un hecho posterior, el acto inexistente en existente.

Hemos sostenido que lo inexistente no puede convertirse

en existente a través del tiempo; que lo único que puede ocurrir es que el acto inexistente se otorgue de nueva cuenta cumpliendo todos los requisitos.

Un matrimonio inexistente tendría que celebrarse de nuevo para tener vida a partir de ese momento; pero como el matrimonio es un acto jurídico en donde no solo se crean derechos y obligaciones, sino que se pueden crear hijos y la presencia de éstos viene a alterar el sistema lógico del derecho, bastará la existencia de estos nuevos seres que no se toman en cuenta en los demás actos jurídicos, para que en protección a ellos, un matrimonio inexistente por la falta de edad de los cónyuges, quede convalidado.

Esto no lo podríamos decir nunca respecto del reconocimiento, porque no se da esta posibilidad; si quien pretende reconocer resulta que sólo tenía la edad, supongamos, de cinco años en función de la edad del hijo a quien va a reconocer, no importa que transcurran -- diez, quince o veinte años para convalidar el reconocimiento. Siempre será falso que un sujeto haya podido engendrar a otro, desde el punto de vista biológico y jurídico, a los cinco años.

En cambio, para el matrimonio el artículo 237 del Código Civil para el Distrito Federal estipula que: "La menor edad de dieciocho años en el hombre y de catorce en la mujer, dejará de ser causa de nulidad cuando haya habido hijos". Es decir, se convierte para los efectos de esta regulación práctica, en protección a los hijos, la -- inexistencia en nulidad, lo que es jurídicamente un contrasentido.

Lo anterior es como convertir el no ser, en ser; la na-

da en algo. Pero esa nada jurídica del matrimonio contraído entre dos niños de diez años, es utilizada por el derecho como base para reconocer que existe un matrimonio, por la posibilidad que de hecho se mantuvo ante la idea de que estaban casados, para que después, al llegar a una edad en que ya tuvieron la posibilidad de engendrar, procrearon hijos y entonces aquella nada jurídica, el derecho la reconoce como base para que el acto quede convalidado. Es decir, la convierte en algo y - le da existencia y más aún, la convalida retroactivamente.

En el reconocimiento de los hijos naturales, nunca podría presentarse este fenómeno y, por lo tanto, siempre será inexistente.

Capacidad mental. Para determinados actos jurídicos, - la enajenación mental o la falta de inteligencia sólo constituye una incapacidad de ejercicio, porque el representante suple esa falta de inteligencia y hay la posibilidad de que el representado adquiera el derecho; por ejemplo en un contrato.

Por otros actos jurídicos como el matrimonio o la adopción, como no simplemente se trata de realizar el acto, sino de que el sujeto que lo realice pueda cumplir con las funciones inherentes al mismo, entonces evidentemente la enajenación mental o la privación de la inteligencia por idiotismo o por imbecilidad, constituyen verdaderas incapacidades de goce. Impiden de plano y para siempre que el sujeto pueda realizar el acto.

En el reconocimiento de los hijos, como se parte del hecho biológico de que ya el que reconoce engendró, si tiene la edad nec-

saría, no se toma en cuenta la capacidad mental, porque puede el enajenado, o el que carezca de inteligencia engendrar, y ante un hecho ya consumado, la ley tiene que admitir, si hay pruebas que hagan suponer que el reconocimiento corresponde a la realidad, que aquél que engendró, a pesar de ser un enajenado mental, un idiota o un imbécil, podrá llevar a cabo el acto por conducto de un representante.

Es incapaz por incapacidad psíquica el que transitoria y habitualmente carece de aptitud para saber y discernir lo que hace, no pudiendo querer conscientemente por no hallarse en el uso de sus facultades mentales.

Tal reconocimiento creemos que debe ser nulo toda vez que si reconoce un loco, no nos encontramos frente a un acto humano. Se puede pensar que no existe una declaración de ciencia, sino sólo una apariencia de la misma.

Lo que es indiscutible es que no se puede admitir la existencia de una voluntad jurídicamente eficaz. Ni su formación es normal, ni los motivos -creencia en la paternidad- que determinan normalmente la emisión de la declaración de paternidad es de estimar lógicamente que existan o sean rectamente apreciables por el perturbado. En definitiva, falta una voluntad de declarar a la que el derecho deba conceder eficacia.

En el caso de los dementes, si éste se encuentra en estado completo de enajenación, no podrá ser admitido el reconocimiento que haga, pues no sabe lo que hace, y además, dado el carácter personalísimo del mismo, no podrá venir el tutor a emitir en su nombre, una de

claración de voluntad. Pero ¿y en los intervalos lúcidos? no existe -- problema cuando el reconocimiento tiene lugar a través de la forma testamentaria, sino cuando el enfermo mental dentro de ese intervalo lúcido, pretende reconocer en documento público.

Se discutió mucho la cuestión entre los comentaristas franceses; pero la jurisprudencia del país vecino, y en general la doctrina, se pronunció por la tesis afirmativa del intervalo de lucidez. La Corte de Casación apoyó el criterio, sosteniendo que las prohibiciones legales estaban más bien dirigidas contra los bienes que contra los actos personales, y no debe la ley poner obstáculos a la reparación, si se quiere, de un acto civil, o por lo menos, de una obligación natural.

Este mismo criterio se sostiene por la doctrina patria, pero la jurisprudencia de nuestro tribunal supremo ha determinado que:

"El acto de reconocimiento requiere en quien lo realiza la plena capacidad jurídica; y, por otra parte, la previsión de la ley al autorizar, con especiales solemnidades, el acto del enfermo realizado en un intervalo de lucidez debe quedar exclusivamente circunscrito - al ejercicio de la testamentificación activa. 11 de octubre de 1929.(10)

En cuanto a la capacidad para realizar este acto jurídico, tenemos que analizarla desde el punto de vista del menor a quien se reconozca. La ley requiere que todo menor sea representado por un tutor especial, cuando el reconocimiento no se lleve a cabo al levantar - su acta de nacimiento en el término legal y si ya cumplió catorce años

(10) Puig Peña, Federico. Ob. cit., p.p. 74 y 75.

de edad, exige que intervenga personalmente en el reconocimiento, asistido de su tutor, Si fuese mayor de edad, tendrá que ser parte en el reconocimiento y consentirlo.

Para el caso del reconocido menor de catorce años, hay un fenómeno de representación y para ello se le designa un tutor. Si ya cumplió catorce años, pero aún no es mayor de edad, hay un fenómeno de asistencia. El tutor comparece no representando al menor, sino asisténdolo, y por ello es fundamental que consienta en el reconocimiento el menor. No podría el tutor subsistir al menor, como sí ocurre antes de que tenga catorce años.

Si el tutor estuviere de acuerdo en el reconocimiento, pero no el menor, este acto jurídico no podrá realizarse. A su vez, el fenómeno de asistencia implica que la voluntad del mayor de catorce -- años, no es decisiva, porque si no está de acuerdo el tutor, tampoco -- puede llevarse a cabo el reconocimiento.

B) Ausencia de vicios en la voluntad. Tomando en cuenta que los menores de edad pueden ser víctimas de error, engaño o violencia, se les protege también en el caso de que quieran estos vicios de la voluntad, tanto al reconocer, como al ser reconocidos.

Reconocimientos inválidos por falta o vicio de la voluntad de declarar la paternidad. Indicábamos que normalmente la declaración de paternidad, implica la voluntad del reconocedor de declararla, pero puede suceder que no sea así.

Tal voluntad, habrá de ser libre y formada sin vicios. Pero puede no reunir estos requisitos.

Por ello, cuando se reconoce a quien es hijo natural -- del reconocedor y se le reconoce porque éste cree -estando en lo cierto- ser su padre, y así libremente lo declara, tal reconocimiento es válido. Pero si se reconoce a alguien que nos intimida para que lo hagamos, o el reconocedor se haya en estado de demencia, o resulta reconocido Pedro en vez de Carlos, o las circunstancias en base a las cuales se creyó en la paternidad resultan inexactas, habrá de dudar, por lo menos, de la validez de tales reconocimientos.

"Ante ellos son posibles dos posiciones: 1o. Afirmar -- que sólo si resulta reconocido quien es hijo natural del reconocedor serán atacables; 2o. O sostener que lo son por el solo hecho de que el reconocedor no quiso libremente, o no hubiera querido, sin vicio, reconocer al que resultó reconocido". (11)

Ya estamos aquí ante otro requisito de validez del reconocimiento, consistente en que la voluntad se exprese sin vicio alguno.

La ley no menciona la violencia, tampoco alude expresamente al error, sino que se refiere al dolo, empleando el término de engaño. Es decir, error provocado por maquinaciones o artificios; pero evidentemente que deben aplicarse al reconocimiento como acto jurídico, las normas generales de los contratos, según dispone el artículo 1859 - del Código Civil para el Distrito Federal y por lo tanto, será nulo -- cuando exista error, dolo o violencia.

(11) Albaladejo García, Manuel. El Reconocimiento de la Filiación Natural, Editorial Bosch, Barcelona, 1954. p.p. 190 y 191.

El error es falso conocimiento de la realidad, y el reconocimiento es la afirmación de un hecho: la paternidad natural. Luego en el reconocimiento, el error debe versar sobre la realidad de tal paternidad; y será erróneo el reconocimiento realizado por creerse padre natural sin serlo realmente. Y la única prueba de el error será la prueba de la no paternidad natural.

Excluyendo el contenido del reconocimiento, y fijándonos sólo en la voluntad de declarar la paternidad natural, vemos que -- tal voluntad se forma, o se debe formar, sobre la creencia en dicha paternidad, y que para entenderla viciosamente formada, haría falta probar la existencia del vicio (error) consistente en haberse creído padre natural sin serlo.

En este sentido, sería ocioso tratar el error como causa de impugnación del reconocimiento, ya que, bastando la no paternidad natural y su prueba para destruirlo por no coincidir con la realidad, es inútil entrar a ver si la no coincidencia de reconocimiento y realidad proviene de error o de otra causa.

Pero lo que sucede es que, tanto gran parte de la doctrina como la jurisprudencia, consideran como error jurídicamente relevante a los efectos del reconocimiento, no ya el consistente en creerse padre natural sin serlo, sino el que recae sobre un hecho que sin excluir la paternidad del reconocedor la hace, sin embargo, insegura.

Un ejemplo sería cuando el reconocedor reconoce porque cree ser el único varón que tuvo trato carnal con la madre durante la época de la concepción, siendo así que ésta cohabitó con otros, se dice

que el reconocimiento está viciado por error.

Ciertamente, existe un error, el de creerse el único padre posible. Y aunque tal error no sea suficiente para mostrar que -- existe otro error (no ser padre) en la declaración de paternidad, se estima, que aquel error es suficiente para impugnar el reconocimiento, en base a la consideración de que aunque no excluya la paternidad del reconocedor, la voluntad de declararla no se habría formado de haber sido -- conocida la realidad (cohabitación de la madre con varios varones).

En este sentido hay error cuando se reconoce por creer que existe una circunstancia que realmente falta, o que falta una circunstancia que realmente existe, y de cuya ausencia o presencia puede -- seguirse la no paternidad del reconocedor. Si del error se siguiese fijamente la no paternidad, nos encontraríamos en el campo de la nulidad del reconocimiento por no coincidir con la realidad. Y si el error no afecta a la paternidad, es jurídicamente irrelevante.

Sobre el particular, sólo dice el artículo 363: "El reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayor edad".

Es una nulidad relativa por dolo, si se demuestra que -- consintió siendo ya mayor de catorce años y menor de dieciocho, en un reconocimiento en que fue víctima de engaño. Especialmente el derecho debe proteger esta voluntad del joven que es tan importante como la del tutor, dado el fenómeno de asistencia que existe, porque sin su voluntad o sin la del tutor, el acto jurídico no puede realizarse.

Ahora bien, esa voluntad del mayor de catorce años es - fácil que se obtenga a base de engaños, de maquinaciones o artificios.

El artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal estipula que: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".

Como no hay una disposición especial de la ley que impida aplicar el sistema de los contratos, en cuanto a vicios de la voluntad, al reconocimiento, veamos si la naturaleza de éste se opone a - que pudiera ser nulificado por violencia o por error.

Reconocimiento realizado con error obstativo. Este tipo de error es la discrepancia inconsciente entre declaración y lo querido declarar. Ejemplo: quiero reconocer a Carlos, pero por un lapsus - digo Pedro en vez de Carlos, y resulta reconocido Pedro.

En definitiva, el reconocido puede ser o no, hijo natural del reconocedor.

En ambos casos creemos impugnabile por error el reconocimiento, según las reglas de la teoría general del error obstativo, porque el problema de éste se presenta en los mismos términos si se trata de una declaración de voluntad, como el negocio jurídico, que si se trata de una declaración de ciencia, como el reconocimiento.

La razón para proteger en los actos jurídicos al que sufre violencia, es la de que sólo puede ser eficaz una voluntad libre, - pues si es creadora de las consecuencias de derecho, debe manifestarse

en forma absolutamente espontánea. Si la voluntad se toma en cuenta en el reconocimiento, debe ser libre. Podría a través de una violencia moral, mediante amenazas, compelerse al que ya cumplió catorce años o incluso al mayor de edad, a que consienta en el reconocimiento o bien, a que lo lleve a cabo.

Es justamente la edad en donde puede hacerse violencia o existir el error. Por ejemplo, ya la madre reconoció y quiere que su hijo que ha cumplido catorce años, consienta en el reconocimiento que pretenda hacer un hombre, ostentándose como su padre. Esa voluntad del joven puede ser fácilmente violentada a través de amenazas.

La misma razón que existe para proteger hasta los mayores de edad respecto de la violencia física o moral para que su voluntad sea libre, debe existir, con mayor base en el reconocimiento, máxime que es posible que opere en un campo favorable, como es la edad del joven entre los catorce y los dieciocho años, o sobre una materia más o menos incierta, cuando se le asegure que aquél que lo reconoce es realmente su padre y consienta en ello.

Pensamos que debe ser impugnable el reconocimiento conseguido mediante intimidación. *Vis compulsiva.*

En este caso existe una declaración del reconocedor, pero este no la emitió libremente, sino moralmente coaccionado. Y aunque el reconocimiento no sea negocio jurídico, por ser acto jurídico, y como tal, voluntario, el derecho no puede prescindir de la voluntariedad de la declaración.

La intimidación no afecta a la ciencia o convicción del

reconocedor de ser o no padre. Se le podrá coaccionar para que declare serlo, pero no se le puede forzar a creerlo. De tal manera que en el reconocimiento, la intimidación no lleva a formar una convicción científica distinta de la que se tuviera sin tal intimidación, sino sólo a declarar que se es padre.

Operando psicológicamente sobre el reconocedor, la intimidación le deja un margen de libertad en cuanto puede escoger entre el mal con que se le amenaza o la emisión de la declaración que se le exige, pero no se le deja en la libertad completa que el derecho requiere para que el acto sea válido. No se le deja en cuanto se le obliga injustamente a elegir entre un mal que jurídicamente no está obligado a soportar y una declaración que jurídicamente tampoco se halla constreñido a realizar.

C) Ilicitud en el reconocimiento. En cuanto a la licitud o ilicitud como elemento respectivamente de validez o de nulidad en los actos jurídicos, podemos hacer las aplicaciones consiguientes al reconocimiento. Fundamentalmente la ilicitud del reconocimiento se manifiesta en los casos en que éste se llevase a cabo en contra de la ley. Hay una libertad general de reconocer y por consiguiente, en principio, todo reconocimiento es lícito.

El artículo 372 del Código Civil para el Distrito Federal señala que: "El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio, sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo o vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste".

El artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal a la letra dice: "El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo - haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no - es hijo suyo".

4.- Impugnación del acto unilateral del reconocimiento.

Cuando un hijo se opone al reconocimiento, la acción que puede entablar es la de impugnación. Esta acción consiste en demostrar que el reconocimiento fue fingido, dado por error, arrancado con violencia o sorprendido por dolo.

Esta acción prescribe conforma a la ley en el plazo de dos años que comenzarán a correr desde que el hijo mayor de edad, si -- antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió. Artículo 377 del Código Civil para el - Distrito Federal.

El reconocimiento como acto jurídico, es constitutivo - de la filiación por la confesión de maternidad o de paternidad que contiene .

En uno y otro caso, como medio de prueba de la filia--- ción natural, tal declaración debe expresar por lo que se refiere a la mujer, el hecho de que ha dado a luz a una determinada persona y por lo que se refiere al varón, la confesión de maternidad significa que ese - varón, acepta haber engendrado a quien considera que es su hijo.

Si la declaración de tal voluntad no coincide con la veracidad del hecho que se declara, el reconocimiento puede ser impugnado

en los casos en que la ley lo establece en su artículo 368 del Código Civil para el Distrito Federal.

A) Cuando ha sido reconocido un menor de edad y el reconocimiento se hubiere efectuado en perjuicio del menor, el Ministerio Público tendrá una acción contradictoria para impugnar tal reconocimiento, y la misma acción tiene el progenitor, como se explicará en seguida.

En el juicio de impugnación del reconocimiento de un menor de edad, tendrá que ser probado:

1.- Que quien reconoció no puede ser el padre o la madre del menor reconocido, y

2.- Que como consecuencia del reconocimiento, se ha causado un perjuicio al menor, de carácter patrimonial.

B) El progenitor puede contradecir el reconocimiento -- que ha hecho indebidamente otra persona, para el solo efecto de que -- quien ha reconocido, quede excluido de la paternidad. En ningún caso -- procede impugnar el reconocimiento por causa de herencia, para privar -- de ella al menor reconocido.

C) Un tercero, por ejemplo un deudor alimenticio puede impugnar el reconocimiento ilegalmente efectuado, haciendo valer esta -- impugnación, en vía de excepción. El demandado tendrá que probar que -- quien reconoció no es el padre o la madre del reconocido.

D) Conforme al artículo 378 del Código Civil para el -- Distrito Federal, cuando: "La mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y le ha proveído a su

educación y subsistencia", ha creado verdaderamente la posesión de estado de madre de dicho menor, porque se han integrado los tres elementos constitutivos de esa posesión (nombre, trato y fama).

La mujer que goza de esta situación jurídica podrá impugnar el reconocimiento que de ese niño haya hecho o pretenda hacer un hombre y entre tanto no se pronuncie sentencia ejecutoriada, no se le podrá separar de su lado sin su consentimiento. El término para contra decir el reconocimiento, será el de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento de él.

Llevando a cabo una interpretación extensiva del precepto legal mencionado, la acción contradictoria del reconocimiento, debe concedérsele no sólo contra quien pretenda ser padre del niño, sino también contra una mujer que pretendiendo ser quien lo dió a luz, no se ha ostentado como madre, no ha cuidado de su presunto hijo, ni ha proveído a su educación y establecimiento.

El reconocimiento de la paternidad, quedará sin efecto, cuando se realice sin el consentimiento de la madre. Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 379 del Código Civil Para el Distrito Federal:

"Cuando la madre contraiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquél sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente".

En el sentido de esta última parte del precepto que se comenta, no parece claro respecto a la naturaleza de la acción que debe ejercer el presunto padre. La acción para privar de efectos al acto jurídico, es la nulidad, que por ser imprescriptible el acto inconfirma--

ble y porque la acción puede hacerse valer por cualquier interesado, se trata de una nulidad absoluta. La paternidad en este caso, sólo podrá - quedar establecida mediante la acción de investigación de la paternidad, permitida en el caso del concubinato, si la época de la concepción coincide con la época en que la madre habitaba en el mismo techo con el pretendido padre. Artículo 382 fracción III y 383 del Código Civil para - el Distrito Federal.

5.- La responsabilidad de los padres y efectos del reconocimiento. El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio -- trae como consecuencia que ese hijo obtenga todos los derechos de un hijo legítimo, que no sólo tendrá los beneficios inherentes a la patria - potestad, sino que como lo señala el artículo 389 del Código Civil: "El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:

I.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca

II.- A ser alimentado por las personas que lo reconozcan

III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley".

En el caso de haber testamento y no se incluyere una -- porción suficiente para otorgar alimentos, el hijo natural reconocido -- siempre tendrá el derecho de exigir alimentos, a pesar de la libertad -- de testar que se concede en general al autor de una herencia.

Nuestro régimen de libre testamentifacción que faculta al testa-- dor para elegir libremente los legatarios o herederos, y por consi--

guiente, para no imponer herederos forzosos, aún tratándose de los mismos hijos, sean legítimos o naturales reconocidos, tiene un límite que consiste en asignar a éstos, la pensión alimenticia necesaria en función del caudal hereditario.

Es consecuencia importante del reconocimiento, que el hijo reconocido entra bajo la patria potestad de quien lo reconoce, institución del derecho de familia, fundamentalmente protectora de la persona y de los bienes de quien se encuentra bajo de ella.

El artículo 380 del Código Civil señala: "Cuando el padre y la madre reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el juez de lo familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".

"En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de lo familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público". Artículo 381 del mismo Código.

El reconocimiento finalmente, da lugar a que la tutela legítima, haya de ser ejercida, cuando proceda por los padres o hermanos o a falta de unos y otros, por los abuelos.

El artículo 483 señala: "La tutela legítima corresponde:

I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas

II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los de-

más colaterales, dentro del cuarto grado inclusive".

Art. 487: "Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos".

Art. 488: "Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre, y siendo varios los -- que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca más apto".

Artículo 489: "Los padres son de derecho tutores de sus hijos solteros o viudos, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quien de los -- dos ejercerá el cargo".

Art. 490: "A falta de tutor testamentario y de persona que con arreglo a los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, -- serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales a que se refiere la fracción II del artículo 483; observándose en su caso lo que dispone el artículo 484".

Artículo 484: "Si hubiere varios parientes del mismo -- grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el -- cargo; pero si el menor hubiere cumplido 16 años, él hará la elección".

Artículo 491: "El tutor del incapacitado que tenga hi-- jos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquél derecho".

6.- Las teorías de la responsabilidad aplicadas a las -- relaciones entre padres e hijos adulterinos e incestuosos. Antes de -- enunciarlas, es conveniente definir a los hijos adulterinos e incestuosos.

Se llama adulterio cuando al momento de la concepción, uno de los progenitores estaba comprometido por los lazos del matrimonio, con otra persona y el hijo es por ende, fruto del adulterio cometido por uno de sus padres por lo menos.

Hijos incestuosos. Siempre ligado al criterio de establecer distinciones en relación a la situación de los padres al momento de concebir el hijo, según mediase impedimento o no, y a diferencia del que resulta de estar uno o ambos progenitores casados; para caracterizar al hijo incestuoso, se tiene en cuenta si el matrimonio entre los progenitores del hijo estaban impedidos por una relación de parentesco o de afinidad y así el hijo, fruto de un incesto, es calificado o llamado incestuoso.

Acerca de la responsabilidad delictual de los padres -- adulterinos, conviene reproducir la opinión del gran pensador hispano, Francisco Giner de los Ríos. Según este autor, la relación de los padres para los hijos ilegítimos, está determinada por:

A) La injusticia de los padres para con los hijos en la procreación ilegítima.

B) La imposibilidad frecuente de la comunidad doméstica, al menos con ambos padres.

Dice Giner: "La procreación injusta es un acto contrario al derecho, sólo produce efectos jurídicos en cuanto se refiere a las pretensiones racionales e inocentes de los hombres; pero que, como ilícito, no puede dar lugar a la plena autoridad paterna, por falta de completa eficacia, decreciendo o aumentando dicha autoridad en razón de

la distancia mayor o menor que separa cada procreación de la unión matrimonial legítima, y hasta puede llegar en ocasiones a extinguirse por completo de un modo análogo a lo que tiene lugar en caso de delito del padre en ejercicio de sus funciones".

"La paternidad ilegítima produce las consecuencias comunes a todo acto ilícito como tal, naciendo de aquí ciertas relaciones entre los padres y el hijo, como la obligación de prestarle alimentos".

Este autor coincide con la resolución de Cáceres. Termina Giner sosteniendo que los derechos de los hijos son tanto más respetables cuanto más necesitan de amparo de los padres.

Tomás de Cáceres en un dictamen evacuado en calidad de asesor de menores, expresa, a pesar de ser partidario del sistema de -- nuestro código: "El hecho de la concepción no crea siempre vínculo familiar, pero crea siempre para el autor una obligación elemental, judicialmente exigible: la de dar alimentos al hijo de cuya existencia es responsable"

Cárcano manifiesta: "El padre, por este solo hecho, tiene deberes inviolables que cumplir. El hijo no es más que una consecuencia de la falta, un efecto de la causa'. La paternidad no puede -- destruirse por una ficción legal".

Wenceslao Escalante sostiene ideas similares. Señala -- que es en cierto modo la voluntad de los padres la que trae como consecuencia la concepción de los hijos. Siendo así queda fijada la imputabilidad de los padres, que al producir un ser persona, deben ponerlo en condiciones de cumplir su destino, especialmente en virtud de ser ellos

causa de su existencia. Estos argumentos, que Escalante expone al referirse a los hijos legítimos, son extensivos a las otras categorías de la filiación.

Mientras Cárcano y Cáceres ponen de relieve el hecho -- del padre, Escalante nos habla del hecho voluntario, apuntando hacia la teoría del riesgo creado. Indudable interés ofrecen las ideas de Diego Angulo Laguna. Este autor da como punto de partida de las obligaciones de los padres; un hecho de ellos, aislado, individual, concreto, voluntario, que trasciende y luego a negar las consideraciones que son debidas a otras personas, que infringe derecho produciendo una perturbación jurídica. Dice: "Un hecho, el de la concepción de los hijos ilegítimos, es el que da origen a las relaciones de éstos con sus padres; ese hecho es perfectamente imputable a un sujeto, procede en buenos principios - declarar la responsabilidad de éste. Y agrega: del hecho de la concepción de los hijos ilegítimos, son responsables los padres para todos los efectos jurídicos que de él puedan hacer".

Hasta aquí nos encontramos con la cuestión planteada -- desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva, apuntando hacia el riesgo. Pero al estudiar el caso de una mujer que hubiese sido violentada o narcotizada, Angulo resuelve la cuestión, recordando que -- no sólo de los actos voluntarios puede surgir responsabilidad en derecho.

De acuerdo con el Código Civil [español], son indemnizables los daños ocasionados por el niño, el loco o el imbecil. En este caso, la solución dada por Angulo, sí liga estrechamente con las teo-

rías de la responsabilidad objetiva. Pero éste sería un caso de ausencia de acto por parte de la mujer y la responsabilidad delictual por -- parte del violador.

Continúa su exposición diciendo que la consecuencia del acto de ilícito comercio carnal es la vida que se da a un ser. "Si emprendemos la investigación de como por los padres se ha dislocado del lugar que le corresponde en el organismo de los bienes humanos, y como se ha truncado el orden sapientísimo de la naturaleza,

La vida para ser tal bien y para que no se convierta en mal, productor de daños, necesita de determinadas condiciones que han de ser prestadas por el mismo sujeto, puesto que el hecho de dar lo condicionado, si ha de ser racional, implica la obligación de suministrar lo condicionante cuando estas condiciones sólo en nosotros residen y sólo por nuestra mediación pueden ser alcanzadas".

Luego se pregunta acerca de la forma en que los padres ilegítimos dan el bien de la vida a sus hijos, y contesta diciendo que lo dan del modo más imperfecto, desligado de todas aquellas condiciones que lo hacen efectivo.

Compara el estado de los hijos legítimos nacidos en el seno de la familia y amparados por ella, rodeados de moralidad, buenas costumbres y cariño; y el de los hijos ilegítimos, sin amparo ni familia, nacidos en un ambiente de inmoralidad, en una escuela de libertinaje. Así por el hecho mismo de su concepción en tales circunstancias, los padres causan un daño a sus hijos ilegítimos. Su carencia de representación, amparo y nombre, su falta de medios para salir de tan misero

estado, o exclusión del orden hereditario, todos éstos son daños causados por el hecho de los padres. Son daños que deben ser reparados.

Angulo estudia el otorgamiento de derechos a los hijos ilegítimos como indemnización del daño que sus padres les han causado.

En su extensa exposición, enfoca la cuestión desde el punto de vista del daño causado por el hecho ilícito de los padres; su tesis apunta también hacia la teoría del riesgo.

Cabe señalar que el fundamento de la Ley Colombiana de 1936 es el principio básico de que cada uno debe reconocer sus obras y asumir la responsabilidad que de su ejecución dimana, según lo afirma - Fco. José Chaux, en ese entonces embajador de Colombia en Chile; "La -- Justicia de este canon es incontrovertible y no puede haber cosa justa que deba reputarse inmoral en abstracto o inconveniente para una sociedad humana bien constituida".

Sintetizando lo estudiado en el presente párrafo, sobre la base de las argumentaciones presentadas, opinamos que, cualquiera -- que sea la teoría de la responsabilidad que se acepte, debe ser radicalmente modificado el estatuto jurídico de los hijos adulterinos o incestuosos.

Si aplicamos la responsabilidad delictual, debemos recordar que aparte de ser el adulterio un delito, aunque su tipo no coincida con la figura civil, las consecuencias civiles de los actos ilícitos deberían soportarlas sus autores y no estos infortunados.

En cuanto al incesto, si aplicamos la responsabilidad -- objetiva, el padre será responsable por su hecho. Si aplicamos la tea-

ría del riesgo, debe responder jurídicamente a todas sus consecuencias, entre ellas el nacimiento del hijo.

En conclusión y de acuerdo con todo lo expresado precedentemente: "Debe permitirse la más amplia investigación de la paternidad y la maternidad. La ley no debe ser severa con los hijos, sino por el contrario, con los padres, autores de actos ilícitos, a quienes no debe escudar ni eximir de responsabilidad". (12)

Para fundar la investigación y el otorgamiento de derechos alimentarios y sucesorios a los hijos adulterinos e incestuosos, remitimos a todo lo expuesto anteriormente, con referencia a las teorías de la responsabilidad.

Al faltar un hombre o una mujer a la fidelidad conyugal, al incurrir en incesto, se han expuesto por el hecho suyo, a un riesgo, o mejor han creado el riesgo. En este caso, el hijo. Si se ha creado el riesgo, debe responderse civilmente a todas sus consecuencias.

Pero teniendo presente lo expuesto y en bien del superior valor jurídico de la familia legítima, no sostenemos la equiparación de todas las categorías de hijo, sino la extensión a los hijos - adulterinos e incestuosos del status legal de los hijos naturales.

En consecuencia, no solamente se les ha de otorgar el derecho de alimentos y el derecho a la investigación amplia y sin cortapisas de la paternidad y la maternidad, sino también un derecho sucesorio

(12) Terán Lomas, Roberto A.M. Los Hijos Extramatrimoniales. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1954. p.87.

rio análogo al de los hijos naturales, o sea, más restringido que el de los hijos legítimos.

Y finalmente se propone, de acuerdo con lo expresado -- por Díaz de Guijarro y Fernández Clórigo, se adopten las denominaciones de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, en lugar de las tradicionales de hijos legítimos e ilegítimos.

7.- Hijos de concubinato. Planiol hizo siempre incapie en el respeto que debe merecer a la ley la familia legítima. La protección debida a ésta exige que el derecho se rehúse a reglamentar un segundo frente. Temerosos de las obligaciones tan pesadas que origina la familia legítima, muy numerosas serían las personas que se apresurarían a recurrir a este procedimiento sucesáneo. Ahora bien, las obligaciones que ligan a los miembros de una familia legítima, son necesarias a la solidez de esta célula social que es la familia: sin ellas y sin - unión verdadera entre los esposos no habría estabilidad, ni seguridad - para la esposa y para los hijos.

Claro está que el negarnos a reconocer la existencia -- de una familia natural, no quiere decir que vayamos a negar en forma alguna los derechos que tiene el hijo natural. Lejos de ello, es indispensable crear a cargo de los padres naturales, obligaciones frente a - sus hijos, tan rigurosas casi siempre como las de la familia legítima.

Miles son desgraciadamente los casos en que, el padre - se cree libre de cualquier obligación respecto del niño. En cambio, la mujer mexicana raramente abandona a su hijo natural y, cosa todavía más extraña, Dios mismo le premia la falta cometida abriéndole en la vida -

un medio amplio y seguro de reivindicación y de virtud al ocuparse del fruto natural de sus entrañas. Jamás debe abandonarse a su suerte al hijo natural.

En el Código Civil Francés de 1804 y en nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, no se encuentra disposición alguna sobre el concubinato.

El Derecho Romano reglamenta el concubinato y reconoce la producción de ciertos efectos, a la unión entre un varón y una mujer, que sin haber contraído justas nupcias, llevaban vida en común.

La cohabitación por un tiempo prolongado, como marido y mujer, si ambos son púberes y célibes, fue la base para que en Roma se aceptara una figura particular del matrimonio, como era el matrimonio por usus, a través del cual podría regularizarse ante el derecho, las relaciones entre quienes vivían en esa situación; adquiriendo así aquel estado de hecho, carta de legitimidad ante el Derecho, con las consecuencias propias del matrimonio.

Durante el Medioevo, en España, este tipo de uniones sexuales permanentes entre hombre y mujer no ligados por matrimonio, fue objeto de un cierto tipo de regulación jurídica. Se le conoció con el nombre de barraganfa. En las Partidas se autoriza a los solteros a tener barraganfa, siempre que pueda casarse con la mujer si quisiere.

En Francia, el Código Napoleón no se ocupa de reglamentar esta situación de hecho; pero ante la realidad y en vista de los intereses de la concubina y de los hijos, la jurisprudencia se ha visto precisada a resolver los numerosos problemas que derivan del concubina-

to. Si para los preceptos de la ley, el concubinato fue en Francia, un hecho simplemente material, incapaz de producir efectos de derecho, las sentencias de los tribunales no pudieron cerrar los ojos ante la realidad que se impone a las prescripciones del legislador, y los jueces han tenido que reconocer algunos efectos de derecho, producidos por tal situación de hecho.

En nuestro medio jurídico, el Código Civil de 1828, actualmente en vigor, ha reconocido efectos de derecho derivados del concubinato, atribuyéndolos ciertos derechos de carácter económico a la concubina y algunos otros, en relación con la investigación de la paternidad respecto de los hijos de los concubinos.

La exposición de motivos de este Código dice: "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley, los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia. Es un hecho que el legislador no debe ignorar.

La cohabitación entre hombre y mujer, si ambos son sol-

teros, la vida en común más o menos prolongada y permanente, es un hecho lícito, que produce efectos jurídicos, pero requiere, para que el concubinato sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que llevan vida en común sin estar casados entre sí, sean célibes. La unión sexual que exista entre un hombre y una mujer, cuando alguno de ellos o ambos son casados, constituye el delito de adulterio.

Se distingue el matrimonio del concubinato, en que el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto entre los cónyuges y con relación a los hijos. Este da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes; en tanto que los efectos del concubinato reconocidos por la ley, son limitados. El matrimonio es un acto y un estado que el derecho sanciona y protege plenamente.

Aún en legislaciones como la nuestra, que reconoce la disolubilidad del vínculo matrimonial por medio del divorcio, ésta ha de ser pronunciada por un órgano del poder público, después de que ha quedado probada plenamente la existencia de causas graves y que hacen imposible o no deseable socialmente la vida conyugal; mientras que el concubinato puede ser disuelto en cualquier momento por voluntad de cualquiera de los concubinarios, sin que el derecho intervenga o deba intervenir para procurar el mantenimiento de esa situación de hecho, cuya solidez y permanencia es jurídicamente indiferente y queda abandonada a la sola voluntad de los concubinarios.

El concubinato o unión libre como situación de hecho, no está reglamentada por el derecho. El ordenamiento jurídico sólo se

ocupa de algunas de las consecuencias que derivan de ese tipo de uniones irregulares, en protección de los intereses particulares de la concubina (y solo algunos de carácter económico) y de los hijos habidos durante tal situación.

El Código Civil de 1928 y luego en la reforma de 1974, por primera vez en nuestro medio, reconoce a éste tipo de uniones libres, la posibilidad de producir algunos efectos jurídicos, en favor de los concubinos y en favor de los hijos de éstos, a saber: el derecho de la concubina o del concubinario, la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubinarios y el derecho a percibir alimentos en favor de los hijos habidos durante el concubinato. Es establecida la paternidad de los hijos de la concubina, nace el derecho de éstos a ser llamados a la herencia del padre.

Conviene precisar estos conceptos: en primer lugar, no son jurídicamente concubinatos, las uniones transitorias entre un hombre y una mujer. La permanencia de esta vida en común, debe prolongarse -- por cinco años como mínimo, lapso en el cual debe tener lugar la cohabitación, el disfrute de una casa común entre los concubinos, y en segundo lugar, como es natural, se requiere que ninguna de los concubinos -- sea casado.

Sólo en estas circunstancias nace el derecho de los concubinos a heredar entre sí. Artículo 1635 del Código Civil. El concubinato da lugar a que se presuman hijos del concubinario y de la concubina, los hijos concebidos por ésta, durante el tiempo en que vivieron juntos, habitando bajo el mismo techo. Artículo 382.

También se presumen hijos del concubinario y de la concubina, los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato y los que nazcan dentro de los 300 días siguientes a aquél en que cesó la cohabitación entre el concubinario y la concubina. Art. 283 del Código Civil para el Distrito Federal.

Establecida la paternidad a través del ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, concede a los hijos de los concubinarios, el derecho a llevar el apellido del padre y de la madre, el de percibir alimentos fijados por la ley y el de adquirir la porción hereditaria en la sucesión del concubinario. Artículos 389, 1607 y siguientes del Código Civil.

Es preciso insistir en que para que el concubinato produzca los efectos mencionados, se requiere que los concubinos, durante todo el tiempo en que dure el concubinato, hayan permanecido libres de matrimonio.

El concubino y la concubina tienen derecho a recibir alimentos, en la sucesión testamentaria de la persona con quien el testador vivió en concubinato durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos si el acreedor alimentario está impedido para trabajar, no tiene suficientes bienes y no contraiga nupcias. Artículo 1368 fracción V del Código Civil.

"La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a here-

dar conforme a las reglas siguientes:

I.- Si la concubina concurre con los hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625;

II.- Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo;

III.- Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia hubo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo;

IV.- Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión;

V.- Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta;

VI.- Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenece a la concubina y la otra mitad a la beneficencia pública.

Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguna de ellas heredará. Artículo 1635 del Código Civil.

Otros efectos. La ley federal del trabajo en su artículo 501 establece que a falta de cónyuge supérstite, la indemnización --

por la muerte de un trabajador debida a riesgo profesional, corresponde a las personas que económicamente dependan parcial o totalmente del trabajador fallecido. Entre dichas personas se cuenta la concubina o el concubinario, con quien el trabajador que ha muerto, a causa de un riesgo profesional, hacía vida en común.

La Ley del Seguro Social, en su artículo 73, a falta de esposa da derecho a la concubina, a recibir la pensión que establece la ley en los casos de muerte del asegurado, por riesgo profesional, si vivió con el trabajador fallecido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte y si ambos han permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Los mismos derechos tendrá la concubina si la muerte es debida a accidente o a enfermedad no profesional. También tendrá derecho a la pensión por viudez, la concubina del asegurado que ha fallecido y que disfrutaba de una pensión de invalidéz, de vejez o de cesantía. Artículo 152 de la Ley del Seguro Social.

El artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal, a la letra dice: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina"

Por lo que hace a la posesión de estado mencionada en la fracción II del artículo 382 del Código Civil para el Distrito Fede-

ral, se justificará demostrando por medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre, o por su familia, como hijo del primero y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento. Artículo 384 del Código Civil.

Se trata aquí del tractatus, aunque hay que tener en cuenta que el hecho de dar alimentos no constituye por sí solo, prueba ni aún presunción de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas. Artículo 387 del Código Civil.

Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima establece el artículo 324 del propio ordenamiento, ya que conforme a éste se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, y;

II.- Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo.

Cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida en común del concubinato, es evidente que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural legalmente establecida, y que, por lo mismo, ya no hay necesidad de investigar, puesto que como acaba de decirse, legalmente se encuentra ya establecida por expresa presunción de la ley civil en su invocado artículo 383, del mismo modo que tratándose de los hijos legítimos, lo hace el artículo 324,

El artículo 374 del Código Civil, prohíbe que el hijo de una mujer casada pueda ser reconocido por otro hombre distinto a su marido, excepto cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

8.- Investigación de la paternidad de hijos nacidos fuera de matrimonio. Nuestro artículo 360 del Código Civil, establece que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio no sólo se establece por reconocimiento voluntario. Puede también ser fruto de una sentencia en que la autoridad judicial declare la filiación. La acción entablada al efecto, se llama acción de reconocimiento forzoso o de investigación de la paternidad.

Castán la define como la facultad que tienen los hijos ilegítimos, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, de acudir a los tribunales para aportar las pruebas de su filiación a fin de que sea ésta declarada por los mismos, e impuestas a los padres las consecuencias legales que la relación paternofilial lleva consigo.

El hijo llamado a la vida por ajena voluntad, dice Felipe Clemente de Diego, tiene derecho a los medios de desenvolver su personalidad, y ¿quién es el primeramente llamado a subvenir a estas necesidades, sino el que lo trajo al mundo? los autores de un hecho deben sufrir sus consecuencias. De modo que lo que es un derecho en los hijos es un deber en los padres. Si esto es cierto, tiene que demostrarse que, en efecto, éstos son los padres de aquél; de modo que el hijo tiene derecho a probar el hecho de su filiación, como los padres tienen el deber de confesarla.

Si no lo confiesan, hay una relación jurídica incumplida y de aquí que el lesionado tenga acción de justicia para demandar su cumplimiento. Por esto, agrega, los nombres de reconocimiento forzoso, investigación de la paternidad o maternidad son inadecuados, pues no se trata de indagar o inquirir una paternidad, sino de pedir una declaración judicial de esta relación de filiación ya existente, pero desconocida y negada por los padres.

No es buscar a ciegas un padre, sino imponer el respeto a la relación que existe, y sancionarla para que surta sus efectos. Tampoco es reconocimiento forzoso para Felipe C. de Diego, pues de lo que se trata es de imponer a los tribunales que reconozcan la existencia de una filiación desconocida o menospreciada por los padres. No olvidemos que conforme al artículo 364 del Código Civil para el Distrito Federal, "Puede reconocerse al hijo que no ha nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia".

Profundas diferencias existen entre la investigación de la paternidad y la maternidad. La importancia y cuestiones que en el derecho moderno ha suscitado la investigación de la paternidad, no se conocieron en el Derecho Romano y germánico, pues la existencia legal del concubinato hacía cierta la filiación natural y el hijo era considerado dentro de la familia de la madre.

El Derecho Canónico admitió todo medio de prueba de paternidad y se sancionó el principio de que el hijo natural podía obligar al padre a que le reconociera, recurriendo a la fama pública, y esto aunque la madre declarase lo contrario. Hacía prueba plena de paternidad en algunos lugares, el juramento de la madre hecho en el momento

del parto. Pero esta presunción no producía otro efecto que el condenar al pago de los gastos del parto y primeros alimentos del niño, al hombre que la parturienta aseguraba ser el autor de su preñez; no basta para establecer la paternidad del demandado.

Notemos que en nuestro Derecho, las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad. Artículo 388 del Código Civil para el Distrito Federal.

De la equiparación de los hijos extramatrimoniales y matrimoniales, el Código Civil no pudo dejar de reconocer la necesidad de organizar por lo que se refiere a la prueba de la filiación de los hijos de matrimonio y a la manera de probar la filiación de los hijos naturales, un sistema distinto según se trate de unos u otros.

Por lo que se refiere a los hijos de matrimonio, el código civil ha creado un sistema en que la filiación queda establecida por el hecho del parto de la esposa, de donde se deduce sin más, la paternidad del marido. Se dice por ello que la filiación matrimonial es indivisible.

En tanto que respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la filiación sólo queda establecida a través del reconocimiento voluntario que hace el padre o de una sentencia judicial que declare la paternidad o la maternidad. En cuanto a la madre, la maternidad queda probada por el hecho del parto. La madre tiene obligación de que su

nombre figure en el acta de nacimiento, según dispone el artículo 60 del Código Civil. Para ella, el reconocimiento es forzoso. La investigación de la maternidad podrá hacerse ante los tribunales. Este hijo no está protegido respecto de la filiación paterna, en tesis general, por una presunción semejante a la que protege al hijo que ha dado a luz una mujer casada.

Es verdad que en el Código Civil para el Distrito Federal, contrariamente a lo que ocurre en otros sistemas legislativos, la prueba de la filiación natural no queda abandonada al reconocimiento voluntario de los padres; el hijo en cualquier momento puede ejercer la acción de investigación de la maternidad porque ésta resulta del solo hecho del nacimiento (artículo 360 del Código Civil) y porque expresamente el artículo 385 permite al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad con la única limitación de que el ejercicio de esta acción no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada. Y ello no obstante, el hijo podrá investigar aún en este caso la maternidad, si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal. Artículo 386 del Código Civil para el Distrito Federal.

Es necesario conocer los elementos de la filiación natural respecto de la madre. Para quedar debidamente integrada deben quedar probados sucesivamente, los siguientes: el parto de la madre y la identidad del hijo.

Para probar el hecho del nacimiento, son admisibles toda clase de pruebas. La prueba fehaciente del parto, es el acta de na-

cimiento si en ella figura el nombre de la madre o el acta de reconocimiento hecho por la madre. A falta de esos elementos probatorios, por medio de la sentencia que declara la paternidad.

La identidad del hijo puede quedar establecida por medio de testigos. Empero debe tenerse presente, que la huella digital de la persona que es presentada ante el Jefe del Registro Civil, figura impresa en el acta de nacimiento.

Por lo que se refiere a la prueba de la filiación extramatrimonial paterna, en principio sólo puede quedar establecida mediante el reconocimiento voluntario del padre, y excepcionalmente en los casos taxativamente mencionados en el artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal. En éste se permite la investigación de la paternidad. Cuando ha habido vida marital entre los progenitores, durante la época de la concepción, la paternidad puede quedar probada, en virtud de que la vida en común del padre y la madre, hace surgir una presunción semejante a la que existe respecto de los progenitores que están unidos por el vínculo matrimonial.

La presunción de la paternidad natural que establece el Código Civil para el Distrito Federal, es un trasunto de la equiparación que en el derecho español antiguo, tenía el concubinato con el matrimonio, en tanto en ambos existe vida en común, cohabitación permanente, entre los presuntos padre y madre.

Por lo que se refiere al establecimiento de la paternidad natural, el Código Civil para el Distrito Federal, reconoce tres medios para que ella quede establecida: el reconocimiento voluntario he-

cho por el padre, una sentencia judicial que declare la paternidad y la presunción establecida en el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal, según criterio de la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La filiación natural puede quedar establecida cuando el padre o la madre no han reconocido voluntariamente al hijo, por medio de una sentencia pronunciada en un juicio que se denomina de investigación de la paternidad o maternidad.

En dicho juicio se debe rendir la prueba presuncional de la paternidad o la prueba directa de la maternidad, así como la de identidad del demandante.

Las acciones de investigación de maternidad o paternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres, excepto que éstos hubieren fallecido antes de que el hijo alcance la mayoría de edad; porque en este caso, la acción de investigación de la maternidad o paternidad, prescribe a los cuatro años transcurridos desde que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad. Artículo 388 del Código Civil para el Distrito Federal.

"Existe una profunda diferencia en los sistemas que la ley ha creado para establecer la filiación de hijo nacido de matrimonio y la de hijo natural. En primer lugar, tratándose de la filiación matrimonial, conocida la maternidad, resultaría superfluo el ejercicio de una acción de investigación de la paternidad, por la presunción legal de la paternidad del marido. El ejercicio de la acción procesal de investigación de la maternidad natural, está prohibida si de ella resulta

que su finalidad es atribuir el hijo a una mujer casada, excepto que la maternidad resulte de una sentencia civil o criminal." (13)

La acción de investigación de la maternidad o la paternidad, se distingue de la acción de reclamación de estado en que:

A) Esta última es concedida al hijo nacido de matrimonio. En tanto que el ejercicio de la acción de investigación de la maternidad o de la paternidad, tiene por objeto establecer la filiación legítima o natural.

B) La acción de reclamación de estado es imprescriptible para el hijo y sus descendientes (artículo 347 del Código Civil), mientras que las acciones de investigación de la maternidad o la paternidad, no pueden intentarse sino en vida de los padres o dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha en que aquél llegó a la mayoría de edad, si sus padres murieron durante la menor edad del hijo.

C) La acción de investigación de la maternidad no puede ejercerse en contra de una mujer casada. Su efecto sería el de una acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.

"La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, sólo está permitida en los siguientes casos:

A) En los casos de rapto, estupro, o violación cuando la época del delito coincide con la de la concepción;

B) Cuando el hijo se encuentra en posesión de estado de hijo del presunto padre;

C) Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre v1

(13) Galindo Garlías, Ignacio. Ob. cit. p.p. 606, 607.

viendo maritalmente, y

D) Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. Artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal.

El Código presume que fueron concebidos en la época del concubinato: los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la terminación de la vida en común entre el concubinario y la concubina. Artículo 383.

Esta presunción concuerda con la que establece el artículo 324 del Código Civil mencionado anteriormente, respecto de los hijos de matrimonio. Debe hacerse notar que la posesión de estado de hijo natural, significa el ejercicio de las cualidades que integran la relación natural de filiación respecto de una persona, y ésta debe ser continuada, consistente en una serie de actos directos y repetidos que demuestren cumplidamente la continuidad de la posesión.

Respecto a los actos propios del padre, éstos han de ser directos, en el sentido de que no sean equívocos sino unívocos; es decir, que no presenten y provoquen dudas sobre el particular, y además que tengan por punto de referencia personal al hijo, no a la madre ni a tercera persona. Como por ejemplo el bautizar una persona a un niño como hijo suyo, manifestando continua y repetidamente que lo era a varios amigos, proporcionarle en el mismo concepto medios para su alimentación, haberle ingresado en un colegio como hijo suyo, satisfaciendo el padre los honorarios, visitarlo con frecuencia, etc. Artículo 384.

El solo hecho de dar alimentos al reclamante, no constituye prueba ni aún presunción de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas, como lo estipula el artículo 387 del Código Civil para el Distrito Federal, de donde se concluye que el elemento primordial de la posesión de hijo extramatrimonial está constituido por el trato. Bastará el tratamiento de hijo, -- que haya dado a éste el presunto padre o la familia de éste.

Nuestro Código Civil se ha separado del sistema francés y se inspiró en el artículo 1717 del Código Civil Alemán que a la letra dice:

"Como padre del hijo ilegítimo, y para el efecto de los párrafos 1708 a 1716 (obligación alimenticia) se tiene a quien haya cohabitado con la madre dentro del tiempo de la concepción, a no ser que también otro haya cohabitado con ella dentro de este tiempo. No se toma en consideración una cohabitación si, según las circunstancias es notoriamente imposible que la madre haya concebido al hijo a consecuencia de esa cohabitación".

Como dentro de la concepción, vale el tiempo comprendido desde el día ciento ochenta y uno al día trescientos dos antes del nacimiento del hijo, con inclusión tanto del día ciento ochenta y uno -- como del trescientos dos.

Le corresponde investigar la paternidad y maternidad -- fuera de matrimonio, al hijo y a sus descendientes.

Fuera del caso en que existe reconocimiento se establecerá la filiación del hijo natural respecto a la madre, de la misma ma-

nera que si se tratara de un hijo legítimo? no. La ley se muestra más severa con el hijo natural. Puede decirse que de los medios de prueba admitidos para establecer la filiación de los hijos legítimos, como el título, posesión de estado o prueba testifical, la ley no permite utilizar más que el tercero, cuando se trata de determinar la filiación del hijo natural con relación a la madre.

Este modo de demostración, que resulta de un proceso -- llamado investigación de la maternidad, en la cual se recurre al procedimiento de información, se designa frecuentemente con una denominación singular que revela una cierta contradicción en sus términos: la de reconocimiento judicial forzoso.

La acción de investigación de la maternidad o de la paternidad, se ejercerá en vida del presunto padre o madre. El sistema adoptado por el Código Civil para el Distrito Federal, excluye definitivamente del ejercicio de esa acción a los presuntos herederos de la presunta madre y del presunto padre, cuando se ha abierto la sucesión de aquéllos. La sucesión no podrá ser demandada en ningún caso. Pero si ya se ha intentado la acción de investigación de la maternidad o paternidad y muere el padre demandado o la madre demandada, la sucesión de aquél o de ésta, deberá continuar el juicio que se intentó en contra -- del de cuius, hasta su terminación.

La maternidad, es decir, el parto de la presunta madre, puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios señalados en el artículo 385 del Código Civil para el Distrito Federal, pudiendo ser -- por medio de documentos, indicios, testigos, etc.

Artículo 340: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres".

Artículo 341: "A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase".

En relación con los indicios o presunciones graves, se presenta el problema del valor probatorio del análisis hematológico, como elemento demostrativo por sí solo, de la paternidad y maternidad, o sea, la confrontación de los grupos sanguíneos.

A este respecto, Hugo E. Gatti dice lo siguiente:

"Esta prueba fundada especialmente en las propiedades aglutinantes del suero sanguíneo y en la clasificación de la sangre humana en ciertos grupos o tipos, puede ser positiva, es decir, afirmar una determinada relación biológica de filiación; o negativa, constatar que determinada persona no puede ser padre de otra. Jurídicamente considerado, sólo el resultado negativo tiene un valor absoluto y decisivo. Comprobada biológicamente la imposibilidad de la rela-

ción filiatoria, debe ser absolutamente rechazada dentro del campo jurídico".

La prueba hematológica debe estar adinmiculada o integrada por otras pruebas de carácter pericial que por sí solas cada una de ellas, no serían suficientes para formar la opinión del Juez, pero que integradas y razonablemente armonizadas, pueden calificarse jurídicamente, como indicios o presunciones de tal gravedad, que sirven para admitir la prueba testimonial.

Dichos elementos probatorios serán los siguientes:

A) El exámen comparativo de los caracteres morfológicos externos del padre y del hijo. Esto es, talla, forma de la cabeza, facciones, impresiones digitales.

B) El exámen de los caracteres antropogenéticos o funcionales externos como actitudes, forma de la letra, gesticulaciones, timbre de voz, etc.

C) Exámen de los signos semiológicos o patológicos -- transmisibles hereditariamente. Ejemplo: predisposiciones especiales para determinadas enfermedades, enfermedades de la sangre, lunares, etc.

D) Caracteres psicológicos, y

E) Finalmente, el exámen de los caracteres de la biología sanguínea.

CAPITULO CUARTO
MODOS DE HACER EL RECONOCIMIENTO

1.- En la partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil. La filiación de los hijos habidos fuera del matrimonio, por lo que a la madre se refiere, resulta del solo hecho del nacimiento.

Fuera de este caso, no es posible determinar la filiación por presunciones, como sucede con la filiación del hijo de matrimonio y es preciso el reconocimiento. Este puede ser voluntario y tiene lugar cuando los progenitores conjunta o separadamente hacen constar - ateniéndose a las formalidades exigidas por la ley, que ha tenido un hijo fuera de matrimonio y lo señalan como tal; y el forzoso que se produce cuando a petición los tribunales declaran la paternidad y la imponen a los padres.

Artículo 365 del Código Civil para el Distrito Federal:

"Los padres pueden reconocer a su hijo conjunta o separadamente".

El reconocimiento unilateral es personalísimo e individual.

Artículo 55: "Tienen obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los abuelos paternos y, en su defecto, los maternos, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél."

Artículo 361 del Código Civil para el Distrito Federal:

"Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad -- exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido".

Artículo 366: "El reconocimiento hecho por uno de los - padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progeni-- tor".

Artículo 370: "Cuando el padre o la madre reconozcan - separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimien-- to el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna cir-- cunstancia por donde aquélla pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que quede absolu-- tamente ilegibles".

2.- Por acta especial. Artículo 78 del Código Civil pa-- ra el Distrito Federal: "Si el reconocimiento del hijo natural se hicie-- re después de haber sido registrado su nacimiento, se formará acta sepa-- rada".

Artículo 82: "En el acta de reconocimiento hecho con -- posterioridad al acta de nacimiento, se hará mención de ésta, poniendo en ella la anotación marginal correspondiente".

Cuando el hijo haya cumplido 14 años, deberá manifestar su conformidad con el reconocimiento, y en el supuesto de que fuese ma-- yor de edad, ya no intervendrá el tutor, llevándose a cabo solamente si

consintiere en el mismo.

En esa acta especial deberán constar todas estas circunstancias, es decir, la intervención del tutor, el consentimiento del hijo - que ya cumplió catorce años o la conformidad expresa del hijo mayor que reconozca. Por eso es conveniente, que en el caso de querer hacer el - reconocimiento, se haga dentro del término legal antes mencionado.

En la mayoría de los casos se descuida presentar al hijo en ese breve término ante el Registro Civil y se complica innecesariamente su reconocimiento, no obstante que exista la voluntad firme del padre, de la madre o de ambos de reconocerlo.

Para los hijos de padres desconocidos, el artículo 58 del Código Civil para el Distrito Federal, expresa:

"El acta de nacimiento se levantará con asistencia de dos testigos que pueden ser designados por las partes interesadas. Contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y los apellidos que le correspondan; asimismo la razón de si se ha presentado vivo o muerto; la impresión digital -- del presentado. Si éste se presenta como hijo de padres desconocidos, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciéndose constar esta circunstancia en el acta".

Para hacer bien clara la distinción respecto a los hijos de matrimonio, el artículo 59 del Código Civil para el Distrito Federal manifiesta lo siguiente:

"Cuando el nacido fuere presentado como hijo de matrimonio, se asentarán los nombres, domicilio y nacionalidad de los

padres; los nombres y domicilio de los abuelos y los de las personas que hubieren hecho la presentación".

Los testigos de que habla el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal, declaran también acerca de la nacionalidad de los padres del presentado al registro.

Una de las menciones referidas a los hijos fuera de matrimonio, está en el artículo 60 primer párrafo del Código Civil para el Distrito Federal, el cual expresa:

"Para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre del padre de un hijo nacido fuera de matrimonio, es necesario que aquél lo pida por sí o por apoderado especial constituido en la forma establecida en el artículo 44 haciéndose constar la petición".

El legislador sigue marcando a los hijos por su origen y en el segundo párrafo del precepto antes citado se afirma:

"La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre, se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida; pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este Código".

En el artículo 62, la culpa de los padres la reciben -- los hijos: "Si el hijo fuere adulterino, podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pidiere; pero no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido, a no ser que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare -- que no es hijo suyo".

Abundando en lo anterior, el Código Civil vigente permite el reconocimiento del hijo incestuoso y al efecto el artículo 64 sos tiene :

"Podrá reconocerse al hijo incestuoso. Los progenito--res que lo reconozcan tienen derecho de que conste su nombre en el acta; pero en ella no se expresará que el hijo es incestuoso".

El artículo 65 manifiesta:

"Toda persona que encontrare un recién nacido, o en cuya casa o propiedad fuera expuesto alguno, deberá presentarle al Juez -- del Registro Civil, con los vestidos, valores o cualesquiera otros obje--tos, encontrados con él, y declarará el día y lugar donde lo hubiere -- hallado, así como las demás circunstancias que en el caso hayan concu--rrido, dándose además intervención al Ministerio Público".

Artículo 66: "La misma obligación tienen los jefes, directores o administradores de los establecimientos de reclusión, y de -- cualquier casa de comunidad, especialmente los de los hospitales, casas de maternidad e inclusas, respecto de los niños nacidos o expuestos en ellas".

En este sentido, el artículo 67 sostiene: "En las actas que se levanten en estos casos, se expresarán con especificación to--

das las circunstancias que designa el artículo 65, del Código Civil para el Distrito Federal, la edad aparente del niño, su sexo, el nombre y apellido que se le pongan y el nombre de la persona o casa de expósitos que se encarguen de él".

Artículo 77 del Código Civil: "Si el padre o la madre de un hijo natural, o ambos, lo presentaren para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos los efectos del reconocimiento legal, - respecto del progenitor compareciente".

Artículo 78: "Si el reconocimiento del hijo natural se hiciere después de haber sido registrado su nacimiento, se formará acta separada.

Artículo 79: "El reconocimiento del hijo natural mayor de edad requiere el consentimiento expreso de éste en el acta relativa".

Artículo 80: "Si el reconocimiento se hace por alguno - de los otros medios establecidos en este Código, se presentará, dentro del término de 15 días, al encargado del registro, el original o copia certificada del documento que lo compruebe. En el acta se insertará la parte relativa de dicho documento, observándose las demás prescripciones contenidas en este capítulo y en el capítulo IV, del título séptimo de este libro"

Artículo 81: "La omisión del registro, en el caso del - artículo que precede, no quita los efectos legales al reconocimiento -- hecho conforme a las disposiciones de este Código".

Artículo 82: "En el acta de reconocimiento hecho con --

posterioridad al acta de nacimiento, que hará mención de ésta, poniendo en ella la anotación correspondiente".

Artículo 83: "Si el reconocimiento se hiciere en oficina distinta de aquella en que se levantó el acta de nacimiento, el Juez del registro Civil que autorice el acta de reconocimiento, remitirá copia de ésta al encargado de la oficina que haya registrado el nacimiento, para que haga la anotación en el acta respectiva".

Las anteriores disposiciones, fundamentan la afirmación de que los hijos en el Código Civil vigente, no son iguales, pues si -- bien la ley considera según el artículo 324 que:

"Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial", quien otorga los derechos, son los padres.

En apoyo de lo anterior, el legislador consagra la institución de la legitimación en el artículo 354: "El matrimonio subsiguiente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración", o sea, para tener derechos como hijos de matrimonio, se les debe reconocer; en caso contrario, no tendrán ningún derecho.

Para reafirmar que sólo el reconocimiento de los hijos

habidos fuera de matrimonio, realizado por los padres, les otorga ciertos derechos. El artículo 366 expresa: "El reconocimiento hecho por -- uno de los padres produce efectos respecto a él y no respecto del otro progenitor".

La misma Ley Civil, ratifica la calidad de hijo nacido fuera de matrimonio, estipulando en el artículo 369:

" El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I.- En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- II.- Por acta especial ante el mismo juez;
- III.- Por escritura pública;
- IV.- Por testamento;
- V.- Por confesión judicial directa y expresa".

En el artículo 383 se señala que:

"Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I.- Los nacidos después de 180 días, contados desde que comenzó el concubinato;
- II.- Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al -- en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina".

El legislador de 1928, no dió disposiciones expresas para saber cuando se inicia el concubinato y cuando termina; se refirió -- sólo a la sucesión de la concubina en el artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal y en él se consigna la hipótesis de haber concubinato, cuando ambos han vivido juntos durante 5 años o han tenido --

hijos. Los derechos señalados por la ley para el caso de reconocimiento de hijos naturales, están dispuestos en el artículo 389, el cual expresa:

"El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:

I.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca;

II.- A ser alimentado por las personas que lo reconocan;

III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fijan la ley".

En esta última parte, nuevamente la ley distingue en cuanto a los derechos sucesorios de los hijos legítimos y de los ilegítimos. El artículo 1631 del Código Civil afirma:

" Si concurren hermanos con medios hermanos, aquellos heredarán doble porción que éstos".

"Las diferencias entre hijos legítimos y naturales siguen vigentes. La pretendida igualdad jurídica, no ha resuelto la verdadera problemática de derecho familiar, los calificativos señalando injustamente a los hijos por culpas de los padres, no deben ser un estigma para su desarrollo". (1)

(1) Guitrón Fuentesvilla, Julián. *Familiaris Jus*, Revista de Derecho Familiar, año 1, vol. 1, número 8, México, 1977, Publicada por el Colegio Nacional de Estudios Superiores de Derecho Familiar, A.C., -- Editado por Publicidad Impresa.

El Colegio Nacional de Estudios Superiores de Derecho Familiar, propone al H. Congreso de la Unión, la modificación de todas las anteriores disposiciones, empleando la siguiente fórmula:

"El señor y la sra. Pérez presentan a su hijo vivo..", y después los requisitos correspondientes a las actas del estado civil.

Lo anterior será en beneficio de los hijos, de la familia, de la sociedad y del estado.

Otra solución para igualar auténticamente a los hijos - ante la ley, sería obligando al Estado, a otorgar a aquéllos el derecho de alimentos, educación, vestido y habitación. Esto redundaría en beneficio de ellos mismos, y por añadidura de la sociedad.

La igualdad de los hijos ante la ley, la sociedad y el Estado sólo será realidad, cuando exista una persona física o moral -- que se los otorgue.

Debe dárseles el apoyo total de la sociedad y del Estado, pues en muchas ocasiones sus propios parientes biológicos se avergüenzan de confesar que son hijos suyos, al decir del Dr. Julián Guitrón Fuentesvilla.

3.- Mediante escritura pública. El reconocimiento puede hacerse por escritura pública.

El hijo mayor de edad, no podrá ser reconocido sin su consentimiento. Este tipo de reconocimiento constituye un acto jurídico-

co unilateral.

4.- Testamento. El objetivo del testamento es el de -- instituir herederos o legatarios, pero además puede ser el de cumplir o declarar deberes que produzcan consecuencias jurídicas para después de la muerte.

Así, puede otorgarse para reconocer a un hijo, porque - evidentemente se está cumpliendo con un deber que produce consecuencias de ese derecho, consistentes en crear derechos y obligaciones entre el testador y el hijo, no sólo para después de su muerte, sino incluso durante su vida. Si el hijo se enterase del reconocimiento hecho en un testamento público abierto, podrá exigirle alimentos a su padre antes - de que muera.

El testamento puede revocarse, más no el reconocimiento. Es de la esencia de todo testamento ser revocable, pero eso va contra - su esencia misma, al estipular su no revocabilidad. Por ello la cláusula de no revocar el testamento es inexistente, pero hay una disposición testamentaria que sí es irrevocable, la que se refiera al reconocimiento del hijo, porque en ella simplemente se declaró un hecho.

Se admitió la maternidad o paternidad, y por lo tanto, ya no hay la misma razón que existe para que el testador pueda dejar - sin efecto sus disposiciones de última voluntad.

El artículo 367 del Código Civil para el Distrito Federal, manifiesta:

"El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por

revocado el reconocimiento".

5.- Por confesión judicial. Carlos Arellano García señala que no es requisito imprescindible la presentación de pliego de posiciones para que la confesión judicial se pueda admitir, pero es recomendable su presentación. La confesión judicial en los términos del artículo 308 del Código de Procedimientos Civiles, puede ofrecerse desde que se abre el período de ofrecimiento de pruebas, hasta antes de la audiencia y tiene por objeto: comprender un solo hecho, formularse siempre en sentido positivo y estar relacionadas directamente con la controversia, es decir, con el juicio de que se trate.

Rojina Villegas sostiene que en un juicio de investigación de paternidad o maternidad, es evidente que si se tendrá una relación directa con la controversia formulada por disposición respectiva al demandado, para que declare si el actor es o no su hijo, pero no podían articularse posiciones para obtener una declaración judicial directa y expresa sobre la paternidad o la maternidad, en un juicio en donde no se discutiese la calidad de hijo que tuviere una de las partes frente a la otra.

Pone como ejemplo un divorcio por abandono injustificado del domicilio conyugal por más de seis meses. Si la esposa formulase al marido una posición en el sentido de que con posterioridad al matrimonio ha procreado hijos naturales con determinada mujer, el juez deberá desecharla de plano, porque no tiene relación con la controversia, pero supongamos que la causa de el divorcio fue adulterio, habrá una relación directa el hacerle confesar al marido que después de - - -

celebrado su matrimonio engendró un hijo con determinada mujer.

Como también podría el marido confesar a la mujer adúltera, no sólo el hecho del adulterio, sino incluso que por virtud del mismo, procreó un hijo.

En estos casos, el reconocimiento del hijo natural, es un acto jurídico unilateral.

El Colegio Nacional de Estudios Superiores de Derecho Familiar, dedicado en la actualidad a la elaboración del proyecto definitivo del código familiar para el Distrito Federal, para lograr la igualdad de los hijos, cualquiera que sea su origen, propone diversas disposiciones para otorgarles los mismos derechos y obligaciones con relación a sus ascendientes y descendientes. A falta de éstos, a la institución estatal encargada de la protección de la familia mediante la creación del Instituto Nacional de Orientación Familiar (INOF).

El colegio propone impartir conocimientos y técnicas sobre planeación familiar, educación e higiene sexual, en las escuelas, desde primarias hasta profesionales.

El anteproyecto del Código Familiar faculta a los padres solteros para reconocer conjunta o separadamente a un hijo, permitiéndoles consignar los apellidos paternos de ambos. Si sólo compareciere uno de ellos, el hijo tendrá derecho a llevar los dos apellidos ante la sociedad.

Se concede a la madre toda la protección del estado, -- desde el embarazo hasta el nacimiento, otorgándole el derecho de hacer la declaración acerca de la personalidad del padre, en el Registro Ci-

vil correspondiente al lugar de su domicilio, indicando nombre y domicilio del padre a quien se comunicará el hecho, fijando un plazo de treinta días hábiles para recibir objeciones. Si no existe desacuerdo, se inscribirá en el libro de nacimientos. De haber controversia, dicha persona tendrá derecho a discutir la paternidad por la vía judicial fijando un plazo máximo de un año.

CAPITULO QUINTO

APENDICE DE JURISPRUDENCIA DE LOS FALLOS PRONUNCIADOS EN LOS AÑOS DE --
1917 A 1965, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, CUARTA PARTE, TERCERA SALA.

1.-Filiación, reconocimiento de hijos naturales, extemporáneos y sin la intervención del tutor. "El reconocimiento de hijos naturales que se haga, presentándolos al Registro Civil fuera del término que la ley señala, no tiene en nuestras leyes, la sanción de que se considere nulo el acto mismo de la presentación, ni siquiera que pueda considerársele como anulable, pues la sanción señalada de manera expresa por la ley, consiste en que la imposición de una multa a quienes no cumplen con la obligación de llenar esa formalidad legal en tiempo oportuno, tampoco es motivo para considerar nulo o anulable el acto de la presentación, el hecho de que el menor tenga el carácter de hijo natural por no ser casados sus padres y no haber intervenido su tutor, porque el consentimiento del tutor se ha establecido en beneficio del menor y no en su perjuicio, por lo que de no estar satisfechos esos requisitos legales, no se sigue que el menor deba perder los derechos que derivan de su reconocimiento y sólo corresponde a éste impugnario, si se le perjudicare". (1)

Nuestra legislación admite el estado de filiación de -- los hijos naturales, haciendo mención al artículo 77 del Código Civil -- para el Distrito Federal, sólo cuando se de un reconocimiento voluntario o se declare judicialmente la paternidad o la maternidad. En estos casos, la omisión del registro en el caso del artículo 80 del mismo ordenamiento, no quita los efectos legales al reconocimiento hecho conforme a las disposiciones del propio código. Sin embargo, los responsables de la omisión, de acuerdo con lo preceptuado por el citado ordenamiento, incurrirán en una multa de 20 a 100 pesos, que impondrá y hará efectiva el Juez ante quien se haga valer el reconocimiento. Art. 81.

(1) Quinta parte: tomo CXIX, p. 357. A.D. 1482/53. 5 votos.
Sexta época, cuarta parte: vol. IV, p. 167. A.D. 878/53. 5 votos.
Vol. XVIII, p. 49. A.D. 4914/57. Unanimidad de 4 votos.
Vol. LI, p. 94. A.D. 764/60. Unanimidad de 4 votos.
Vol. CLII, p. 9 A.D. 3789/60. Unanimidad de 4 votos.

2.- Actas de nacimiento de los hijos naturales. "Un principio de seguridad jurídica tendiendo a proteger la seguridad moral y patrimonial de la familia, conduce a la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia a considerar que cuando la persona cuyo nombre aparece en un acta de nacimiento reconociendo a un hijo como hijo natural, se niega haberse presentado ante el oficial del Registro Civil a efectuar ese reconocimiento, la falta de su firma y la de los testigos de asistencia trae como consecuencia que el acta no pruebe en su contra, porque tal omisión redundaría en la imposibilidad de establecer la identidad de la persona que hizo el reconocimiento.

Es evidente que ante la negativa de la persona a quien se imputa la paternidad, la falta de su firma y la de los testigos, engendra duda fundada en el sentido de que el reconocimiento haya sido otorgado realmente por la persona a quien se atribuye, puesto que cualquier otra persona pudo usar su nombre para comparecer ante el oficial del Registro Civil la autenticidad del acta consistente en que el Juez da fe de que ante él, una persona que se ostentó con el nombre que se hizo figurar en el acta, reconoció como hijo suyo el niño que presenta, más la verdad de sus afirmaciones no son materia, de la fe del Registro Civil para que se exprese en el acta la causa por la cual no se firma, propende a esclarecer que no ha sido la ausencia de voluntad del otorgante el motivo determinante de tal omisión". (2)

Aun cuando en el acta de nacimiento se reconozca a un hijo como natural, es necesario que de acuerdo con la jurisprudencia establecida por la 3a. sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se cumplan además, los requisitos establecidos en el título IV, capítulo III del Código Civil para el Distrito Federal.

Y a mayor abundamiento, es indispensable que vaya asentada en el acta de reconocimiento, la firma de quien reconoció como hijo natural a la persona que presenta. La falta de firma trae aparejada la duda en que la persona que reconoció como suyo a un hijo natural, sea realmente el verdadero padre.

(2) Sexta época, cuarta parte: vol XV, p. 206. A.D. 3757/57. Unanimidad de 4 votos.

3.- Filiación natural. Sistema mexicano en el derecho comparado. Investigación de la paternidad. "El derecho mexicano, en cuanto al sistema de filiación natural se refiere, sigue la tradición francesa, que como se sabe, es diferente del sistema alemán y del inglés, dado que en éste último la filiación natural se establece exclusivamente por el reconocimiento voluntario y nunca por sentencia que declare la paternidad mediante el ejercicio de la acción de la investigación en que se permiten todas las vías legales para el ejercicio de esa acción, sin limitación alguna y el francés, aunque autoriza la investigación, lo hace solamente en ciertas hipótesis limitativamente determinadas y algunas veces restringiendo los medios de prueba, y que es precisamente el nuestro.

De ahí que el artículo 1717 del Código Alemán textualmente disponga que como padre del hijo ilegítimo, en el sentido de los párrafos 1708 y 1716, vale quien haya cohabitado con la madre dentro -- del tiempo de la concepción, a no ser que también otro haya cohabitado con ella dentro de ese tiempo. No se toma sin embargo, en consideración -- sigue diciendo el artículo -- una cohabitación si, según las circunstancias, es notoriamente imposible que la madre haya concebido al hijo a consecuencia de esta cohabitación.

Como tiempo de la concepción vale el tiempo comprendido -- agrega el precepto -- desde el día 181 al 302 antes del día del nacimiento del hijo, con inclusión tanto del día 181 como del 302, por eso el Código Civil suyo, que pertenece al mismo grupo germánico, en su artículo 314 establece que la paternidad se presume siempre que se pruebe que entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento, -- el demandado haya cohabitado con la madre del niño, y que esta presunción cesa si los hechos establecidos permiten suscitar serias dudas sobre la paternidad del demandado. En cambio, entre nosotros que según se ha dicho, seguimos el sistema francés, la investigación de la paternidad no es abierta o libre, sino limitada a los 4 casos a que se refiere el artículo 382 del Código Civil, o sea que sólo está permitida:

I.- En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

II.- Cuando el hijo se encuentra en posesión de estado de hijo del presunto padre;

III.- Cuando el hijo haya cohabitado bajo el mismo techo con pretendido padre, viviendo maritalmente;

IV.- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de -- prueba contra el pretendido padre.

Sin embargo, es evidente que la redacción de este precepto, el 382, nuestro código se ajustó al sistema francés de investigación limitada, también lo es que en la del 383 siguió el sistema alemán artículo 1717 de su Código Civil, como lo dice García Téllez en sus Motivos y Concordancias, en cuanto a que estatuyó los casos en que se establece presuntivamente la filiación natural y no ya aquéllos en que se permita investigarla, equiparando así la situación de los hijos que se presumen hijos del concubinato y de la concubina -- el citado artículo -- 383 -- con la de los hijos que se presumen hijos de los cónyuges -- artícu-

lo 324-". (3)

De conformidad con el artículo 360 del código civil para el Distrito Federal, la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se establece en relación con el padre, por reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, ya que el artículo 382 del mencionado código, concede la acción de investigación de paternidad de los hijos extramatrimoniales.

Para el Código Alemán es hijo legítimo el nacido después de la celebración del matrimonio, cuando la mujer lo haya concebido antes o durante éste, y que el marido haya cohabitado con ella, en la concepción que fluctúa entre los 181 y 302 días inclusive.

Nuestro Código Civil establece estas presunciones a que se hace referencia, en los artículos 324 al 328, si concurre alguna de estas circunstancias:

A) Haber sabido el marido antes de casarse, el embarazo de su mujer;

B) Haber consentido estando presente, que se pusiera su apellido en el atestado de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz;

C) Que haya sido reconocido como suyo, expresa o tácitamente.

(3) Sexta época, cuarta parte; vol. VIII, p. 225. A.D. 2848/56, Mayoría de 3 votos.

4.- Filiación natural. Medios reconocidos para su establecimiento con relación al padre. "De conformidad con el artículo 360 del Código Civil vigente, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece, con relación al padre, bien, primero, por el reconocimiento voluntario, o bien, segundo, por una sentencia que declare la paternidad, para lo cual el artículo 382 del mismo ordenamiento concede la acción de la investigación en los cuatro casos limitativamente enumera el propio precepto.

Pero el mismo código agrega un tercer medio -el legal-, de establecimiento de la filiación natural en su artículo 383 al estatuir que se presumen hijos del concubinato y de la concubina:

I.- Los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina;

III.- Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima establece el artículo 324 del propio ordenamiento, ya que conforme a éste, se presumen hijos de los cónyuges:

a) Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio;

b) Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo;

c) Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo.

Entonces pues, cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida en común del concubinario y de la concubina o bien, después de los 180 días de iniciado el concubinato, es evidente que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural legalmente establecida y que, por lo mismo, ya no hay necesidad de investigar, puesto que como acaba de decirse, legalmente se encuentra ya establecida por expresa presunción de la ley civil en su invocado art. 383, del mismo modo que tratándose de los hijos legítimos lo hace, según también ya se vió, el art. 324 y si ello es así, es claro que el hijo goza de una posesión de estado que no puede arrebatarle sino por sentencia ejecutoria dictada en juicio contradictorio en que se destruya dicha presunción, siendo ésta la razón por la que el artículo 352 establece al respecto, la protección del juicio plenario y el 353 concede acción interdical al hijo a quien se pretendiera despojar o perturbar en dicha posesión; en la inteligencia de que aunque estos dos últimos preceptos se refieren expresamente a los hijos nacidos de matrimonio, debe, sin embargo establecerse que igualmente protegen a los hijos naturales, por virtud del bien conocido principio de aplicación analógica de que donde existe la misma razón legal debe existir igual disposición de derecho". (4)

(4) Sexta época, cuarta parte: vol.VII,p. 208 A.D. 2848/56. Mayoría de 3 votos.

El Código Civil para el Distrito Federal ha establecido diversos medios de filiación natural: los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato, y los nacidos dentro de los 300 días siguientes en que se interrumpió la vida común entre concubinario y concubina.

Estas disposiciones son parecidas a la filiación legítima que se encuentra preceptuada en el artículo 324 del citado ordenamiento, y es evidente que cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los 300 días siguientes al en que se interrumpió la vida común del concubinario y concubina, ya no se trata de un caso en el que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino por el contrario, se está en presencia de una filiación natural legalmente establecida, por presunción del Código Civil, en su artículo 383, por lo que el hijo goza de una posesión de estado que no le puede ser quitada sino mediante sentencia ejecutoria. Art. 352 del Código Civil para el Distrito Federal.

5.- Efectos del reconocimiento de hijos naturales atribuyéndoles en el acta la calidad de legítimos. "La falsedad en que incurra el padre al declarar que alguien es su hijo legítimo y que está casado con la madre, no estándolo en realidad, no afecta el acto del reconocimiento, la que en todo caso, si no es hijo legítimo por no estar casado con la madre, resulta hijo nacido fuera del matrimonio y en este supuesto existe su filiación respecto del padre". (5)

El hecho de que el padre declare falsamente que alguien es su hijo legítimo y que está casado con la madre sin estarlo en reali

(5) Sexta época, 4a. parte: vol. LXVII. p. 105. A.D. 4846/60. Unanimidad de 4 votos.

dad, dicho acto no perjudica en ninguna forma el reconocimiento, y produce todos los efectos consagrados en los artículos 324 y 328 del Código Civil para el Distrito Federal.

6.- Filiación, maternidad, prueba. "La circunstancia de que determinada mujer haya comparecido ante el oficial del Registro Civil, junto con el padre del menor, al presentarlo para su inscripción y haya firmado el acta sin indicar no ser la madre, implicó aceptación de la maternidad.

En efecto, de no haber sido la madre, lo habría advertido así, en cuanto la presentación de un menor para su registro puede -- perjudicar a la mujer en su honra y en su familia de una manera innecesaria, si no precisa la calidad con la cual hace esta presentación.

Además, cuando los comparecientes no son los padres, están obligados a explicar las circunstancias que conocen respecto al nacimiento del menor, pues el artículo 81 del Código Civil en el Distrito Federal, de 1884, previene que toda persona que encontrare a un niño recién nacido o en cuya casa o propiedad fuera expuesto alguno, deberá presentarlo al Jefe del Registro Civil, con los vestidos, papeles o cualesquiera otros objetos encontrados en él, y declarará el tiempo y lugar en que lo haya encontrado, así como las demás circunstancias que en el caso haya incurrido.

Si en la especie la mencionada señora ninguna manifestación hizo, debe presumirse fundadamente la maternidad, tanto más cuanto el acta de nacimiento tiene por objeto probar el parto en relación con la madre y la paternidad respecto del padre, y es tal la eficacia de la partida de nacimiento como medio probatorio de la filiación, que la - - acredita aún cuando contenga irregularidades u omisiones que no puedan inculparse al menor sin que resulte la injusticia notoria de la privación de su estado y de los derechos inherentes a él". (6)

El artículo 77 de nuestro Código Civil, establece que - si el padre o la madre de un hijo natural, o ambos, lo presentaren para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos los efectos del reconocimiento legal, respecto del progenitor compareciente.

Después de celebrado este acto, se entregará copia certificada del acta de nacimiento que pruebe la filiación legítima o natural, que trae como consecuencia comprobar el parto o reconocimiento en

(6) Sexta época, cuarta parte: vol. XXVI, p. 144. A.D. 281/57. 5 votos.

relación con la madre, y la paternidad respecto del padre, aún cuando - la partida de nacimiento contenga irregularidades u omisiones.

7.- Reconocimiento de los hijos adulterinos. "Es indudable que el artículo 374 del Código Civil, que establece que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, contiene una disposición de orden público, pero no en términos tan amplios y absolutos que no admita excepción, pues es evidente que si el fundamento filosófico, la ratio legis de tal artículo, no puede ser otro que el muy loable de evitar el desquiciamiento de la familia, frente a este fin de orden superior, nuestro legislador no puede pasar por alto la circunstancia - impuesta por la realidad de que una mujer casada que no viva con su marido, pueda procrear un hijo con un hombre distinto y a cuyo hijo no podrá negársele el derecho de ser reconocido por su verdadero padre, siendo precisamente: cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con el marido (cuando no viva con él, sí podrá ser reconocido el hijo por su verdadero padre) en ningún caso ni a petición de persona alguna, podrá el vez del registro civil asentar como padre a otro que no sea el marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare. Por tal motivo, armonizando los comentados preceptos con el artículo 62 del mismo código, el hijo de una mujer casada, sí podrá ser reconocido por otro hombre distinto del marido, cuando aquélla no viva con éste, pues el temor al escándalo que el reconocimiento podría entrañar y que es la razón de la prohibición, la que no puede existir, si se tiene en cuenta que en todo caso el escándalo se produjo con la separación misma de los cónyuges". (7)

El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo. Este precepto contiene disposiciones de orden público y es evidente que quien se presenta a reconocer a un hijo, no puede ser otro que el verdadero padre, a quien no podrá negársele ese derecho.

8.- La ley no concede ninguna validez al matrimonio religioso para considerar como legítimos a los hijos naturales. "Carece de relevancia la circunstancia de que una persona se ostente en un juicio como hijo natural, en tanto que en el acta de bautizo aparezca -

(7) Sexta época, cuarta parte: vol. XXI, p. 97, A.D. 7168/57. 5 votos.

como hijo legítimo, pues no hay que perder de vista que para la iglesia son legítimos los hijos que nacen de matrimonio religioso, en tanto que para nuestra ley civil los hijos que nazcan de tal matrimonio religioso, se consideran como hijos naturales, por virtud de que la ley mexicana - no le concede ninguna validez a aquél". (8)

El Código Civil para el Distrito Federal no le da validez alguna al matrimonio religioso y carece de relevancia jurídica el hecho de que una persona ofrezca como prueba judicial su fe de bautizo, ostentándose como hijo legítimo. En este caso, será reconocido como hijo natural.

Sólo podrá considerarse como hijo legítimo, cuando los padres hayan contraído matrimonio civil.

(8) Quinta época: tomo CXXVII, p. 853. A.D. 2252/55. 5 votos.

CONCLUSIONES

1.- El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación.

2.- En el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, los padres, adolescentes o adultos, deben estar conscientes de lo que -- significa traer un hijo al mundo sin la protección de una familia.

3.- Lamentablemente estos hijos serán considerados distintos de los legítimos, llamándoles en muchas ocasiones adúlteros, - incestuosos, sacrílegos, mancebos o simplemente naturales. Adjetivos - despectivos que no deben existir, puesto que naturales lo somos todos, aún en el caso de los llamados "niños de probeta", en lo que lo único - cambiante es la forma de la concepción, pues nacen de manera natural al igual que todos.

4.- Simplemente deberán considerarse como hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, y que por nacer fuera es injusto que se - les trate de manera distinta a los primeros, ya que los hijos no tienen la culpa de la irresponsabilidad de los padres.

5.- Por esta razón, es necesaria la elaboración y vigen

cia de leyes familiares más avanzadas, con el objeto de que las instituciones que forman parte de esta rama del Derecho Civil, específicamente el reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio, reciban el tratamiento jurídico adecuado.

6.- A lo anterior hay que aunar la impartición de una -- instrucción sexual correcta a los adolescentes que están en una etapa de transición y por lo mismo de inmadurez para medir sus actos.

7.- Además hay que concientizarlos para que plenamente - se hagan cargo de la gravísima responsabilidad que implica lanzar hijos a la vida.

8.- Se propone la impartición de materias de educación e higiene sexual en las escuelas desde primarias hasta profesionales, así como conocimientos y técnicas sobre planeación familiar.

9.- Se propone otorgar a la madre el derecho de hacer la declaración acerca de la personalidad del padre, en el Registro Civil correspondiente al lugar de su domicilio, indicando nombre y domicilio del padre, a quien se comunicará el hecho fijando un plazo de 30 días hábiles para recibir objeciones.

10.- En caso de no existir desacuerdo entre el citado y y la madre, el nacimiento deberá inscribirse. En caso contrario, el pre

sunto padre tendrá el derecho de discutir la paternidad por la vía judicial en la forma y términos en que lo establezca el Código de la materia.

11.- Como regla general debe establecerse que en las actas de nacimiento no se haga distinción alguna acerca de la calificación de la filiación, sino que todos los hijos deben ser inscritos como hijos a secas.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Albaladejo García Manuel El reconocimiento de la Filiación Natural. Editorial Bosch. Barcelona. 1954.
- 2.- Arellano García Carlos Práctica Civil Forense y Familiar. Editorial Porrúa. 2a. edición. México, D.F. 1981.
- 3.- Arias José Derecho de Familia. Editorial -- Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires. 2a. edición.
- 4.- Arias José Manual de Derecho Romano. Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires. 2a. edición.
- 5.- Bravo González A., Bialostoski Sara Compendio de Derecho Romano. Editorial Pax- México. 1975.
- 6.- Camus E.F. Fuentes del Derecho Romano II. -- Curso de Derecho Romano II. Personas y Derecho de Familia. Universidad de la Habana 1941. 2a. edición.
- 7.- Costa Emilio Historia del Derecho Romano Público y Privado. Madrid Editorial REUS (S.A). 1930. 1a. edición.
- 8.- Demolombe C. Traité de la Paternité et de la - Filiation. A. Lahure, éditeur, Paris. 1881.
- 9.- Diego D. Felipe Clemente de Curso Elemental de Derecho Civil Español Común y Foral. Librería - General de Victoriano Juárez. Madrid. 1920.
- 10.- Galindo Garfias Ignacio Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A. México. 1979. 3a. edición.
- 11.- Ibarrola Antonio de Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México. 1978. 1a. edición.

- 12.- Lemus García Raúl
Derecho Romano (Personas-Bienes-Sucesiones). Editorial Limsa. -- 1964.
- 13.- López del Carril Julio J.
Legitimación de Hijos Extramatrimoniales. Roque de Palma Editor. Buenos Aires. 1960.
- 14.- Loewenwarter Victor
Derecho Civil Alemán Comparado. Editorial Nascimento (Santiago de Chile). 1943. 2a. edición.
- 15.- Machado José Olegorio
Exposición y Comentario del Código Civil Argentino. Talleres Gráficos Argentinos. L.J. Rosso Sarmiento 779-DOBLAS 955. Buenos Aires. T.I.
- 16.- Mackeldey F.
Manual de Derecho Romano. Imprenta de Don José Ma. Alonso. Editor. Madrid. 1847.
- 17.- Mayns T.
Curso de Derecho Romano. Jaime - Molinas, editor. Barcelona 1892. T.III. 2a. edición.
- 18.- Mazeaud Henri y León, Mazeaud Jean
Lecciones de Derecho Civil. Apéndice Código Civil Francés. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1965. 1a. edición.
- 19.- Muñoz Luis
Comentarios al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. De 30 de agosto de 1928. Con las reformas hasta marzo de 1971. Publicaciones Jurídicas Oficiales. 1972.
- 20.- Petit Eugene
Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Saturnino Calleja, S.A. Madrid. 9a. edición.
- 21.- Planiol Marcelo y Ripert Jorge
Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Cultural, S.A. La Habana. 1927, T. I. Las Personas, Estado y Capacidad.

- 22.- Puig Peña Federico Tratado de Derecho Civil Español
Editorial Revista de Derecho Pri-
vado. Madrid. T.II. V.II.
- 23.- Rojina Villegas Rafael Derecho Civil Mexicano. Derecho
de Familia. Editorial Porrúa, S.A.
1975. T.II. 4a. edición.
- 24.- Santa Cruz Tejeiro José Manual Elemental de Institucio-
nes de Derecho Romano. Editorial
Revista de Derecho Privado. Ma-
drid. 1946.
- 25.- Terán Lomas Roberto A.M. Los Hijos Extramatrimoniales. -
Tipográfica Editora Argentina.
Buenos Aires. 1954.
- 26.- Torres Vicente Alejandro y Registro Civil y Derecho de Fa-
milia. REUS, S.A. Madrid. 1967.

REVISTAS Y LEYES

- 1.- Apéndice de Jurisprudencia de los Fallos Pronunciados en los Años de 1917 a 1965. 1917-1965. Suprema Corte de Justicia. Imprenta Murguía, S.A. - México. 1965. 4a. Parte. 3a. Sala.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A. 1981. -- 49 Edición.
- 3.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XIV. Editorial Accalco, S.A. Buenos Aires. Argentina.
- 4.- Revista Mensual de Derecho Familiar, Familiaris Jus. Vol I. Julio de 1976. Año I. Número 1.
- 5.- Revista Mensual de Derecho Familiar, Familiaris Jus. Vol I. Febrero de 1977. Año I. -- Número 8.