



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLAN"**

D E R E C H O

**" LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS HABIDOS
FUERA DE MATRIMONIO EN EL DERECHO
COMPARADO Y EL DERECHO MEXICANO."**

M-0030773

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
CARLOS ORDOÑEZ RAMIREZ**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

A MI MADRE.

Con gran cariño, respeto y admiración, dedico este trabajo a mi Señora - Madre, Doña Isabel Ramírez de Ordóñez, -- gran mujer que como madre, ha sido toda - su vida un ejemplo de abnegación y ternura y a quién, gracias a sus singulares desvelos y preocupaciones por hacer de mí un - hombre de bien, pude realizar mis estudios primarios, secundarios y bachillerato y a quién, gracias a su apoyo moral en los momentos más difíciles y de desmayo a lo largo de mis estudios superiores, pude hacer posible la culminación de mi Carrera. Dios me la guarde por muchos años.

A MI PADRE,

Con gran cariño y respeto a mi
Señor Padre, Don Carlos Ordóñez Torres,
que con sus consejos y ejemplo hizo de
mí un hombre de bien. Dios me lo guarde
por muchos años.

A MI ESPOSA.

Con mucho cariño para mi Espsa, Doña Herlinda Hilda Cervantes de Ordóñez, compañera ejemplar que ha sabido brindarme su apoyo moral y comprensión - suficientes para poderme sostener en los momentos más difíciles de nuestras vidas, a quién debo también en gran parte con su apoyo moral y confianza la culminación de mi Carrera.

A MIS ADORADOS HIJOS.

Con mucho cariño para Roberto Carlos, Lucía Isabel y Marco Antonio, -- esperando que Dios les tenga deparado un buen destino y que algún día sientan vocación por el Derecho.

A MIS HERMANOS.

Con mucho cariño a mis hermanos Alicia, José de Jesús, Guillermo, Antonio, Yolanda y Margarita, deseando que pronto alcancen sus anhelos y metas que se han fijado.

Esta Tesis fue elaborada gracias a la atinada dirección del Profesor, Señor Licenciado Don Raúl Pérez Ríos, Coordinador del area de Derecho de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales de Acatlán de la U. N. A. M.

" SE CONSIDERA QUE TODO HIJO, COMO NIÑO
Y ANTES DE CUALQUIER OTRA CONDICION DE-
RIVADA DE SU NACIMIENTO, MERECE LOS - -
DERECHOS INHERENTES A SU PERSONALIDAD,
QUE NO PUEDEN SERLE LIMITADOS EN NI NGUN
CASO " .

(Conclusión primera de las jornadas de -
Estudio sobre El Est at uto Jurídico de la Madre - -
Sol tera y de los Hijos Ilegítimos. Madrid, 1969).

12

INDICE

	<u>PAGINA</u>
 PROLOGO	
 <u>CAPITULO PRIMERO</u>	
LA FILIACION.....	2
1.- Concepto.....	2
2.- Su tratamiento jurídico.....	6
3.- Diversas especies de filiación.....	9
 <u>CAPITULO SEGUNDO</u>	
LA FILIACION ILEGITIMA (FUERA DE MATRIMONIO). ANTECEDENTES HISTORICOS.....	17
1.- Derecho Romano.....	17
2.- Derecho Histórico Español.....	27
3.- Derecho Canónico.....	32
 <u>CAPITULO TERCERO</u>	
LA FILIACION ILEGITIMA EN EL ESQUEMA GENERAL DEL DERECHO COMPARADO.....	37
1.- Consideraciones generales.....	37
2.- La filiación ilegítima en el Derecho Italiano.....	41
2.1) El Reconocimiento.....	44
2.2) Investigación de la Paternidad y Maternidad.....	47
2.3) Hijos reconocibles y no reconocibles.....	50
2.4) La legitimación de los Hijos procreados fuera del matrimonio en el Derecho Italiano.....	53
3.- La filiación ilegítima en el Derecho Francés.....	55
4.- La filiación ilegítima en el Derecho Español.....	64

5.-	La filiación habida fuera de matrimonio en el Derecho Germánico y Anglosajón.....	70
5.1)	El reconocimiento en el Derecho Alemán.....	74
5.2)	El Derecho del Hijo Natural a los alimentos en Alemania.....	76
5.3)	Derecho Anglosajón.....	78
6.-	La filiación habida fuera de matrimonio en los Países Socialistas y en el Derecho Hispanoamericano.....	82
7.-	El tratamiento de la filiación habida fuera de matrimonio en las declaraciones de Derechos de la O.N.U.....	93

CAPITULO CUARTO

	LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO EN NUESTRO DERECHO MEXICANO.....	105
1.-	Concepto legal del término en nuestro Derecho Positivo.....	105
2.-	Evolución histórica en nuestro Derecho Positivo.....	123
2.1)	Código Civil de 1870.....	123
2.2)	Código Civil de 1884.....	126
2.3)	Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.....	128
3.-	Código Civil de 1928. Especies de filiación que contempla.....	132
3.1)	Hijos habidos de matrimonio.....	134
3.2)	Hijos habidos fuera de matrimonio.....	135
a)	Hijos adulterinos e incestuosos.....	135
b)	Hijos no reconocidos y reconocidos..	136
c)	Hijos legitimados.....	137
3.3)	Hijos adoptivos.....	137
3.4)	Pruebas de la filiación habida fuera de matrimonio.....	149
a).	Investigación de la paternidad y maternidad.....	155
b)	El reconocimiento y sus efectos...	164
3.5)	La legitimación. Su evolución hasta nuestra Legislación vigente y sus efectos.....	170

3.6) Contenido del estado civil del Hijo habido fuera de matrimonio.....	177
a) Apellidos.....	177
b) Nacionalidad.....	178
c) Patria Potestad.....	180
3.7) Derechos de los Hijos habidos fuera de matrimonio.....	183
a) Derecho a alimentos.....	183
b) Derecho hereditario.....	184
c) Derecho a la Seguridad Social.....	192

CAPITULO QUINTO

LA FILIACION COMO UN SOLO HECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGISLATIVO.....	197
1.- Articulado propuesto para tal efecto.....	199

CAPITULO SEXTO

LA SUPRESION DE LA LEGITIMACION, PASO DEFINITIVO EN LA IGUALDAD DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO CON LOS HABIDOS DENTRO DE ESTE.....	210
--	-----

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA.

FE DE ERRATAS:

Por omisión no se númeroó la hoja número 150;
por lo que por tal motivo, la numeración se brinca de la
hoja 149 a la 151.

P R O L O G O

Cuando apenas era un niño y llegaba a escuchar las palabras "hijo natural" e "hijo legítimo", me preguntaba, ¿Que no todos los hijos somos iguales?, y me nació cierto interés por el tema. Pasado el tiempo y convertido en un estudiante de Derecho, ese interés creció: el hijo que ha nacido y que, por una razón u otra, sus padres no están unidos por vínculo matrimonial.

Este interés se traduce en la inquietud de analizar la situación de los tristemente llamados "hijos naturales" o "ilegítimos" en las principales legislaciones del mundo, y, sobre todo, la situación jurídica que guardan en la nuestra.

Llegado el momento, me propongo desarrollar ese tema en el presente trabajo y así obtener dos satisfacciones: el primero, analizar el tema que tanto me ha fascinado; y el segundo, obtener lo que todo estudiante anhela: un Título profesional.

Es un tema escabroso, de trascendencia humana y social indudables, pues afecta profundamente a valores indisolublemente ligados a los derechos primarios de la persona y que les atañen en la fase más delicada de su existencia, al propio tiempo que el hijo llamado comunmente ilegítimo es el fruto, por hipótesis, de una unión que tuvo lugar al margen del matrimonio, es decir, de aquella institución que está específicamente predispuesta para que el hombre cumpla la función de asegurar la continui

dad de su especie. De aquí que toda la problemática inherente a la filiación llamada "natural o ilegítima" se centre en torno a un patético conflicto de intereses del hijo, que tiene derecho a ser protegido por quienes lo pusieron en el mundo sin consultarle, y los de la familia legalmente constituida, que puede resultar mal parada sino se observan las debidas preocupaciones para defenderla; de ahí lo espinoso del tema.

Sobre el tema casi no se ha escrito; problema de tan acuciante significación -no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también humano y social-, pese a ser como ya hemos dicho, un tema difícil y conflictivo, pero apasionante y de trascendente interés.

En este momento que tanto preocupa la situación del niño y que fue celebrado en nuestro país "EL AÑO INTERNACIONAL DEL NIÑO", --siento que es el más oportuno para ocuparnos del problema de estos hijos que sufren las consecuencias de faltas que no han cometido, porque simplemente no pudieron elegir las circunstancias en que fueron engendrados.

En el presente trabajo me he fijado dos objetivos: el primero, el de analizar la situación jurídica actual de "LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO" en nuestro Derecho, así como de dar una idea general de la que guardan en las legislaciones de algunos otros Países, el segundo, de aconsejar ciertas reformas en nuestra legislación como posibles soluciones más humanas y justas.

Estoy consciente que la principal dificultad que existe para alcanzar este objetivo, es el salvaguardar la protección y el respeto a la fami-

lia legalmente constituída, pero pienso que esto es posible, y en este trabajo me tomo la libertad de apuntar algunas fórmulas para ello.

CAPITULO PRIMERO

LA FILIACION

1. - Concepto
2. - Su tratamiento jurídico
3. - Diversas especies de filiación.

LA FILIACION

1. - CONCEPTO.

Para iniciar este trabajo, es conveniente que demos una definición o concepto de la palabra "filiación", ya que es un término que manejaremos con frecuencia a lo largo de este trabajo, y, asimismo, para que nos vayamos familiarizando con el tema.

En cuanto a sus raíces etimológicas, la palabra "FILIACION" proviene del latín "FILĪUS", que quiere decir HIJO, descendencia, lazo de parentesco entre los padres y los hijos. (1)

En cuanto al concepto de "HIJO", el maestro Antonio de Ibarrola nos dice al respecto: "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 el hombre y la mujer como el generado por los animales y aún por las plantas. Pero estas últimas clases no interesan al Derecho, salvo que las considera como bienes materiales y los reglamenta como frutos. Hijos, pues, en Derecho, sólo son considerados los que son resultado de generación de hombre y mujer.⁽²⁾

Mencionaremos también en forma breve un concepto de "PARENTESCO", pues es un término que igualmente manejaremos con frecuencia. Al respecto, también el maestro Antonio de Ibarrola nos dice que por parentesco se debe de entender el lazo existente entre personas que proce-

(1) Miguel del Toro y Gisbert: Pequeño Larousse Ilustrado. Ed. Larousse, 1964. - Pág. 468.

(2) De Ibarrola, Antonio. - Derecho de Familia. 1ª edición. Edit. Porrúa, S. A. - Méx. 1958. - Pág. 335.

den una de otra o tienen un autor común o el establecido por la ley civil o canónica por analogía con las anteriores; o dicho de otro modo, lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al de engendramiento y cuya similitud se halla reconocida por la ley. (3)

Naturalmente, nuestra ley ignora el parentesco canónico en virtud de la separación Estado-Iglesia (de cualquier culto), toda vez que el Estado no le reconoce personalidad alguna a la Iglesia. (Artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Una vez vistas las raíces etimológicas de la palabra filiación, pasaremos a ver lo relativo a su definición o concepto.

La "FILIACION" puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra.(4)

Para Planiol, la filiación tomada en el sentido natural de la palabra no es otra cosa más que una descendencia en línea directa; comprende toda la serie de intermediarios que liga a una persona determinada con alguno de sus antecesores, así sea sumamente alejado. Pero en el lenguaje del Derecho, la palabra ha tomado un sentido mucho más estrecho y se extiende exclusivamente a la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. (5)

(3) De Ibarrola, Antonio. - Op. Cit. - Pág. 75.

(4) Galindo Garfias, Ignacio. - Derecho Civil, Primer curso. - Parte general, personas y Familia. - Edit. Porrúa, S. A. - 1970. Pág. 581.

(5) De Ibarrola, Antonio. - Op. Cit. - Pág. 301.

Mientras que para el Derecho el término filiación designa el vínculo que liga a quienes ante la ley son padres e hijos, por lo que jurídicamente cabe que haya personas sin padres, sin filiación, para la Biología es el vínculo que liga a generantes y generados y, desde éste punto de vista todo hijo tiene padres ya que este es un hecho natural y se afirma que la filiación en este sentido existe siempre en todos los individuos. En esas condiciones, igualmente cabe que quienes son ante la ley padres e hijos, no lo sean en realidad, por ejemplo podemos citar a los hijos adoptivos y aquellos que son reconocidos y legitimados en su caso sin haber sido engendrados o concebidos por quienes realizan esos actos.

De lo afirmado anteriormente, podemos deducir que existe una total falta de correspondencia entre la noción biológica y la jurídica, en cuanto a la filiación. La discrepancia entre ambas concepciones de filiación procede en parte de la Biología, pues no siempre ésta sabe lo bastante para establecer con certeza la paternidad, que, como puro dato de hecho, queda en la penumbra, y, por lo tanto, el Derecho no extrae siempre un efecto jurídico a ese acontecimiento. (6)

Podemos decir que en un sentido amplio, la filiación significa descendencia en línea recta; pero en sentido jurídico equivale a relación inmediata del padre o de la madre, por lo que se denomina paternidad o maternidad según que se contemple desde el lado de aquél o desde el lado de éste.

(6) Galindo Garffias, Ignacio. - Op. Cit. - Pág. 581.

Es decir, que tal relación de filiación es la relación de paternidad y filiación que se da entre padres e hijos, o sea entre generantes y generados.

Como ha quedado asentado, el Derecho, para conceder efectos jurídicos a la procreación, necesita tener como base la existencia del vínculo biológico, lo cual, especialmente tratándose de la paternidad, resulta en algunas ocasiones de muy difícil comprobación.

Una cosa es, la paternidad como vínculo de sangre, biológica, y otra cosa la relación jurídica, en el cual el hijo sucede al padre como principal heredero, adquiere el derecho de llevar sus apellidos y queda vinculado a la familia de aquél en su trascendente complejo de derechos y obligaciones. En definitiva, padre e hijo en sentido jurídico son aquellas personas a quienes la ley les atribuye o reconoce, de modo respectivo, los derechos y deberes correspondientes a tales posiciones jurídicas.

George Ripert y Jean Foulanger tratan a la filiación como "la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra". (7)

"La procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho natural biológico que nadie podrá desconocer. Por eso se afirma que la filiación en este sentido existe siempre en todos los individuos. Siempre y fatalmente, se es hijo de un padre y de una madre, como ley biológica inenarrable.

(7) Citado por Galindo Garfias, Ignacio. - Op. Cit. - Pág. 581.

El Derecho, sin embargo, no extrae siempre un efecto jurídico - de este acontecimiento, por lo difícil que es comprobar tanto la paternidad como la maternidad, sobre todo la primera; y porque aun comprobada, a veces no la considera el ordenamiento. Se podrá añadir todavía, que en la procreación comprobada, los efectos son diversos según el antecedente, la unión entre los padres, distinguiéndose fundamentalmente si están ligados por matrimonio o no, hecho previo que adquiere carácter esencial.

La filiación se relaciona con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, ya sea en la línea recta o en la línea colateral, queda establecido respecto de las personas que descienden de un tronco común; es decir, de una pareja de progenitores, un varón y una mujer, que son los ancestros del grupo de parientes. La fuente primordial de la familia es la filiación, que es el parentesco más cercano y más importante: el que existe entre los padres y los hijos y por su particular relevancia, toma el nombre de FILIACION. (8)

2. - SU TRATAMIENTO JURIDICO.

La filiación es una relación derivada del hecho natural de la procreación, caracterizada en varias legislaciones, por lo delicado y oscuro de sus problemas y por una evidente trascendencia moral y patrimonial, cuyo interés alcanza a la persona, a la familia, e incluso al Estado.

(8) Galindo Garffias, Ignacio. - Op. Cit. - Pág. 581 y sigs.

Fernando Fueyo Laner, siguiendo la opinión de Puig Peña apunta - que los problemas que plantea el estudio de la filiación, a nivel internacional, pueden reducirse fundamentalmente a tres aspectos: a) La fijación - de los criterios para establecer las diversas clases de filiación; b) Los - medios de prueba admisibles para tener establecida legalmente la filia- - ción de una persona determinada, así como los procedimientos de impug- - nación, y c) Los diversos efectos jurídicos que se derivan de las diversas - clases de filiación admitidas por el Derecho Positivo de cada País. (9)

Los elementos constitutivos de la filiación se integran en distinta manera según que se trate de establecerla respecto de la madre o en relación con el padre.

Por lo que se refiere a la maternidad, el parto es el hecho que - permite conocer la filiación en forma directa e indirecta. El alumbramiento, es un hecho cuya existencia se puede constatar por medio de prueba directa.

La paternidad por lo contrario, no puede ser conocida directa- - mente en forma inmediata, por que las relaciones sexuales que hayan - - existido entre los padres, se encuentra rodeado de un velo impenetrable; tanto por aquel las relaciones de las que puede suponerse que ha dado lugar al embarazo de la madre, se ha llevado a cabo en la intimidad, por - lo que sólo a través de una presunción puede afirmarse verosímilmente -

(9) Citado por Galindo Garfias, Ignacio. - Op. Cit. - Pág. 583 y 584.

que el embarazo de la mujer es obra de un determinado hombre. El hecho constitutivo de la filiación paterna, es decir de la fecundación de la madre, sólo puede ser conocida a través de una presunción que el Derecho establece, partiendo de ciertos indicios que verosímilmente permiten concluir que el varón es el autor del embarazo de la madre.

El parto, es el hecho natural que por sí solo basta para establecer que una cierta mujer es la madre de una persona. El hecho del parto sirve de base para deducir, de las circunstancias que ha precedido al nacimiento, quien es el padre de aquél que ha dado a luz aquella mujer.

Después de haberse probado la maternidad y la paternidad, aun no han quedado integrados todos los elementos necesarios para establecer o conocer la filiación, porque será necesario demostrar la identidad de la persona que pretende ser hijo de una cierta mujer o de un cierto hombre; es preciso comprobar que la persona que ha dado a luz aquella mujer y que ha engendrado determinado varón, es aquella cuya filiación se está tratando de conocer. (10)

(10) Galindo Garfias, Ignacio. - Op. Cit. Pág. 583 y 584.

3. - DIVERSAS ESPECIES DE FILIACION

La distinción entre las categorías de la filiación tiene raíces muy hondas en las que han jugado, inexorablemente, tanto el contexto social, como el familiar, y aun más, la psique de cada individuo. Las diversas clases o especies de hijos han sido fruto de prejuicios de cada época y País, y además, de algo más profundo: la concepción de la familia basada en el matrimonio monógamo y estable.

En nuestra legislación, el Código de 1870 desarrolló la organización de la familia y del matrimonio con arreglo a estas bases: definió al matrimonio como "la sociedad legítima de un sólo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo.....etc.; y obligó a ambos cónyuges a guardarse fidelidad". (11)

La doctrina de ningún País jamás se ha definido en cuanto a las clases de filiación, habiendo una gran diversidad de criterios y, es obvio, éstos han influido en el Derecho Positivo de cada Nación, habiendo por lo tanto un sin número de tipos de filiación.

Entre los tratadistas mexicanos que se han ocupado del tema, podemos citar al maestro Antonio de Ibarrola. Este autor nos dice: La filiación puede ser LEGITIMA, NATURAL O ADOPTIVA.

El matrimonio, agrega, constituye la única fuente de la familia, toda vez que no hay más familia en el verdadero sentido de la palabra que

(11) Sánchez Medel, Ramón. - Los grandes cambios en el Derecho Familia de México. - Edit. Porrúa, S. A. - Méx., 1979. - Págs. 11 y 31.

la familia legítima. Se llama FILIACION LEGITIMA al lazo jurídico que une al niño con su padre y con su madre estando estos casados.

El niño puede nacer empero, por otra parte, de relaciones extra matrimoniales. En tanto que, en principio en Derecho francés, por ejemplo, la ley no concede protección alguna a las relaciones entre concubinario y concubina, si concede ciertos efectos a los lazos que unen al hijo con su padre y con su madre naturales.

LA FILIACION NATURAL, como la llama la Ley de Relaciones Familiares, es el lazo que une al hijo nacido fuera de matrimonio a su padre, por una parte, y a su madre, por la otra.

No hay más que una sola y verdadera familia: la familia legítima; pero los padres de hijos naturales tienen obligación respecto de sus hijos. Fuera del lazo de filiación legal (filiación de derecho), existe un lazo de hecho, la filiación de hecho, que en ausencia del primero produce determinados efectos, notoriamente la obligación alimentaria a cargo de los padres.

En la Francia prerevolucionaria, los hijos abandonados recaían, por lo que hacía a su alimentación y cuidado, en el personal de la parroquia respectiva. Naturalmente que el párroco realizaba esfuerzos extraordinarios para descubrir de quien era aquel hijo abandonado, para forzar al padre a cumplir con sus deberes. El Derecho revolucionario prohibió (francés) toda investigación de la paternidad natural, confiriendo al padre el derecho discrecional de reconocer a su hijo o no. El Código Civil fran-

cés admitió la investigación de la maternidad pero sometiéndola a rigurosos medios de prueba, en tanto que la investigación de la paternidad permanece prohibida, salvo caso de raptó.

Entre nosotros, en la actualidad ya se admite la investigación de la paternidad, según el claro texto de los artículos 360, 365 y 366 del Código Civil.

Por último, las personas que normalmente no tienen ni pueden tener descendencia, gozan de la facultad, bajo ciertas condiciones, de ligarse a un niño independientemente de cualquier lazo de sangre; LA FILIACION ADOPTIVA crea una familia ficticia, a la vez que noble, calcada sobre la familia legítima. (12)

El maestro Ignacio Galindo Garfias, por otro lado, nos dice que la filiación puede derivar de una relación de descendencia o de la voluntad declarada por la que una persona adquiere los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad o de la maternidad, respecto de otra persona. En el primer caso, la filiación es consanguínea, en el segundo caso, la filiación es adoptiva. Esta da lugar al parentesco civil.

Se clasifica la filiación consanguínea, en matrimonial y extramatrimonial. Según que exista el vínculo del matrimonio entre el padre y la madre de la persona de que se trata, o por lo contrario, que los progenitores no se encuentren ligados entre sí, por el vínculo conyugal.

(12) De Ibarrola, Antonio. - Op. Cit. - Págs. 300, 301 y 336.

En nuestra antigua legislación Civil (Códigos Civiles de 1870 y 1884 y Ley de Relaciones Familiares) a los hijos nacidos de dos personas unidas por el vínculo matrimonial se les tenía como legítimos; en tanto que se designaba hijos naturales o ilegítimos, aquellos cuyo padre y madre no estaban casados.

En el Derecho español y en el Derecho francés, se establecía una distinción que incluyó nuestra legislación civil anterior a la vigente, respecto de los hijos ilegítimos llamándose naturales a aquellos cuyos padres hubieran podido contraer matrimonio válido en el momento de la concepción y llamando hijos adulterinos, incestuosos, mánceres y sacrílegos a todos aquellos cuyo padre y madre no podían contraer matrimonio válido, por existir un impedimento insuperable; a saber: la existencia de matrimonio válido de uno de los progenitores, en el momento de la concepción (adulterinos) el lazo de parentesco por consanguinidad y por afinidad en grado inmediato (incestuosos), por haber sido engendrado en vientre de mujer pública (mánceres) o por haber sido engendrado o concebidos respectivamente por varón que había recibido órdenes sacerdotales o por una mujer profesa en una orden religiosa (sacrílegos). Todos ellos eran considerados espurios y por ello llevaban ante la sociedad una marca de infamia. (13)

(13) Galindo Garfias, Ignacio: Op. Cit. - Pág. 584.

Por otro lado, el maestro Rojina Villegas distingue las siguientes especies de filiación:

a) Filiación Légitima; que es la que corresponde a los hijos nacidos después de 180 días de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 trescientos días siguientes a su disolución, a menos que pueda probarse que había sido imposible el marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

b) Filiación Natural; que es la que corresponde al hijo que fue -- concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Se distinguen diferentes formas de filiación natural: la simple, la adulterina y la incestuosa.

1. - La filiación natural simple, que es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir, no había ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio, si se hubiese celebrado. Simplemente el hijo fue procreado por un hombre y una mujer que pudieron unirse en matrimonio, pero no se unieron.

2. - La filiación natural adulterina, que es cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa. El hecho de que uno de los progenitores esté unido en matrimonio con tercera persona, hará que el hijo sea natural adulterino.

3. - La filiación natural incestuosa, que es cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impide el matrimonio, sin celebrar éste. Es decir, entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; entre hermanos, o sea, parientes en la línea colateral en segundo grado, sean hermanos por ambas líneas o medios hermanos y, finalmente, entre parientes en línea colateral de tercer grado: tío y sobrina, o sobrino y tía, aun cuando este es un parentesco susceptible de dispensa. De no haberse dispensado, como el hijo fue procreado por esos parientes fuera de matrimonio, se les considera incestuosos.

Además de la filiación legítima y la natural con su subclasificación, distingue otro tipo que es la:

c) Filiación Legitimada; que es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante el o estos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración.

Caben dos casos, por consiguiente, de hijos legitimados: 1). - Para los hijos que nazcan dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de sus padres y; 2). - Para los hijos que hubieren nacido antes de dicho matrimonio.

Por último, distingue otra clase de filiación, que es la:

d) Filiación Legitimada por Ministerio de Ley; que comprende el caso especialísimo del hijo que nació dentro de esos ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero que tampoco

co fue impugnado ejercitando el marido la acción contradictoria de paternidad, y sin que haya una declaración expresa en el Código Civil, como también ocurre en el Código Napoleón. A éste hijo se le llama legitimado por Ministerio de Ley. En cambio, a los demás hijos se les llama legitimados por reconocimiento expreso, debido primero al subsecuente matrimonio de los padres, y después, a la declaración que directamente hagan reconociendo al hijo concebido o nacido antes de su matrimonio. (14)

Creemos que con estas referencias quedan completas en sus líneas esenciales las consideraciones generales que sobre la filiación debíamos formular, con carácter previo en este primer capítulo del presente trabajo:

(14) Rojina Villegas, Rafael: Compendio de Derecho Civil I. - Introducción Personas y Familia. - Novena edición. - Editorial Porrúa, S. A. - Méx. D. F. - Págs. 431 y 432.

CAPITULO SEGUNDO

LA FILIACION ILEGITIMA (FUERA DE MATRIMONIO). ANTECEDENTES HISTORICOS

1. - Derecho Romano
2. - Derecho Histórico Español
3. - Derecho Canónico.

LA FILIACION ILEGITIMA (FUERA DE MATRIMONIO)
ANTECEDENTES HISTORICOS.

1. - DERECHO ROMANO.

El concepto de hijo natural ya existía en el Derecho Romano, y se reservaba para designar a los hijos cuyos padres vivían en concubinato. - Se llamaban ESPURII a aquellos hijos cuyos padres no llevaban vida en común.

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 fuera 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 circuns - tancias. (1)

Bachofen, en su obra "Mutterrecht" en 1861, demostró que, a lo - largo del desarrollo social, habían existido fases durante las cuales las - mujeres, sedentarias y entregadas a la agricultura, dominaban en la co - munidad. Ellas dirigían el culto, sólo ellas tenían propiedades. Los hom - bres tenían una vida errabunda en las selvas, dedicada a la caza; para -- ellos, las mujeres eran como fuentes en el bosque: el que tiene sed bebe de la más cercana. Así, el hogar se formaba alrededor de la madre, po - lo de la estabilidad en la vida familiar, y el parentesco sólo se establecía

(1) Galindo Garfias, Ignacio: Op. Cit. - Pág. 597.

por línea materna. Dos hermanos nacidos de un mismo padre, pero de madres distintas, no eran parientes. El padre y los ascendientes de éste no pertenecían a la familia jurídica del hijo. La primera reacción ante este descubrimiento fue pensar que, en todos los pueblos, había existido una misma secuencia de fases: primero, una vida nómada, en que dominaba el hombre; luego, una fase, parcialmente sedentaria, agrícola, en que la mujer pasó a ser el centro de la comunidad establecida, y, finalmente, cuando la técnica triunfa sobre la magia, resurge un nuevo predominio del hombre. En el Derecho Romano encontramos, desde sus comienzos, un sistema estrictamente patriarcal; sólo el parentesco por línea paterna cuenta en Derecho. A consecuencia de ello, cada persona tiene solamente dos abuelos: los paternos. Dos hermanos uterinos no son "hermanos"; en cambio, los hermanos consanguíneos no se distinguen jurídicamente de los hermanos por ambas líneas, etc.

Este sistema se llama AGNATICIO. El moderno, en cambio, no es ni matriarcal ni AGNATICIO, sino que es COGNATICIO, es decir, reconoce el parentesco, tanto por línea materna como paterna, y da como resultado la familia mixta.

La historia jurídica romana nos muestra el desarrollo desde la estricta AGNACION original hasta la COGNACION del derecho justiniano.

En materia de parentesco distinguimos las siguientes posibilidades:

- a) Parentesco en línea recta ascendente (parentes) o descendente

tes (liberi).

b) Parentesco en línea colateral (a través de hermanos propios o de hermanos de ascendientes o descendientes).

c) Parentesco entre afines, es decir, entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro.

Además de este carácter agnaticio, encontramos, como segundo rasgo típico de la familia romana antigua, un vasto poder del padre sobre sus hijos y los demás miembros del hogar. La extensa patria potestad romana sólo termina con la muerte del padre, salvo excepciones. Así pues, no se extingue, como en el derecho moderno, cuando los hijos llegan a -- cierta edad.

Mientras los hijos nacidos de un concubinato duradero son NATURALES LIBERI, exentos de la patria potestad, y mientras los hijos nacidos de relaciones transitorias son sólo SPURII, los nacidos después de -- ciento ochenta y dos días, contados desde las IUSTAE NUPTIAE, o dentro de los trescientos días contados desde la terminación de éstas, son -- considerados como hijos legítimos del marido de la madre, salvo la prueba --a cargo del marido de la madre-- de que no haya podido tener contacto carnal con ella, sea a causa de un viaje, sea por enfermedad, impotencia, etc. En el derecho preclásico, empero ningún hijo valía como tal sin un acto expreso por parte del padre.

Entre los romanistas de los últimos siglos ha habido una famosa controversia sobre la condición del hijo nacido antes de los ciento ochenta

y dos días del matrimonio. ¿Debe ser reconocido por el padre expresamente? ¿O hay una presunción de que el marido sea el padre, pudiendo éste, con una mera declaración, quitar eficacia a esta presunción, o más bien, se exigirá del marido de la madre la prueba de que el hijo no puede ser suyo?.

Notemos a este respecto que el derecho mexicano presume que tal hijo es fruto del matrimonio en el cual nació, aunque fuera concebido antes, limitando drásticamente la facultad del padre de combatir esta presunción.

Los hijos nacidos de IUSTAE NUPTIAE, respecto de los cuales el padre no haya intentado, o no haya logrado, comprobar la imposibilidad precitada, caen bajo la patria potestad. Pueden (desde la época clásica) reclamar alimentos del padre y, a su vez, tienen el deber de proporcionarlos.

En caso de hijas, éstas tienen el derecho además (desde el emperador Augusto) a que el padre les de una dote adecuada a su clase social.

Otras consecuencias del nacimiento en IUSTAE NUPTIAE son que los hijos deberán obtener el consentimiento del padre para celebrar a su vez un "justo matrimonio", y que el padre tiene un derecho de administración y usufructo sobre determinados bienes adquiridos por el hijo.

En cuanto a la prueba de la filiación, el derecho romano admite:

1. Una comprobación mediante los registros públicos de nacimiento, establecidos quizá por Augusto, en relación con su legislación caducaria.

2. La comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo.

3. En último caso, la prueba testimonial.

El Derecho mexicano confirma estas soluciones, exigiendo empero, que la prueba testimonial debe siempre acompañarse de algún otro medio probatorio.

En el Derecho Romano, existía igualmente ya la LEGITIMACION y, por medio de este procedimiento se establecía la patria potestad sobre hijos naturales, realizándose en una de las siguientes formas:

1. El "justo matrimonio" con la madre, algo que no siempre era posible. Aquí encontramos el antecedente del artículo 354 del Código Civil.

2. - Un rescripto del emperador, posible escape en los casos en que el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable. El emperador sólo autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos.

3. - La "oblación de la curia". En este caso el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara la desagradable y arriesgada función de decurión, consejero municipal, que respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros fiscales decretados por el exigente Bajo

Imperio. Además, el padre debía separar de su patrimonio inmuebles por cierta cantidad, para garantizar la gestión de su hijo en la Curia.

El Derecho moderno todavía conoce la "legitimación" como modo excepcional de establecer la filiación, sólo que sus efectos son distintos, debido al diferente alcance que nuestro Derecho da a la patria potestad. Así, en Roma, la legitimación de una persona mayor de edad hacía sufrir esta una *capitis deminutio* mínima. En cambio, en el Derecho moderno, el hijo mayor legitimado no sufre una reducción en sus derechos, sino que recibe importantes ventajas, como son: derechos sucesorios - abintestato, derecho al apellido del padre, e incluso a alimentos, en caso de necesidad. A cambio de ellos, sólo se le impone el deber de dar alimentos, en el caso de que el padre legitimante caiga en la miseria.

Otra diferencia es que el Derecho moderno concibe, como modo de legitimación, únicamente el matrimonio subsecuente de los padres. No necesitamos en la actualidad modos semejantes al rescripto imperial, ya que el padre moderno tiene la facultad de reconocer a sus hijos naturales ante el oficial del Registro Civil, por escritura notarial, por testamento o por confesión judicial, y, a causa de estas nuevas y generosas vías que el Derecho moderno otorga al respecto, se pueden reducir a una sola las tres antiguas formas posibles de legitimación. (2)

(2) Floris Margadant, S. Guillermo: El Derecho Privado Romano como - introducción a la cultura jurídica contemporánea. - 5a. Ed. - Edit. - Esfinge, S. A. Págs. 201 y sigs.

Como hemos visto, en el Derecho Romano no siempre existieron las mismas especies de hijos, y así vemos que hasta los emperadores cristianos, el Derecho Romano sólo conoció dos clases de hijos, los IUSTI LIBERI y los LIBERI SPURII. Es decir, que en el Derecho Romano clásico, el matrimonio o JUSTAE NUPTIAE constituía la única relación sexual válida y Reconocida por el ordenamiento, y aun tratándose de hijos legítimos conviene destacar que los vínculos políticos de dependencia con respecto al "pater familias" privaron inicialmente sobre los de sangre, la familia agnaticia sobre la cognaticia. Así, mientras los hijos legítimos gozaban de una paternidad jurídicamente cierta, en los resultantes de uniones ilegítimas no se reconocía más que una legitimidad materna. Bastaba a los efectos de tener hijos legalmente considerados como tales el matrimonio sine manu, medio "decente" para el pater familiae de procurarse los hijos que deseaba sin incorporar a su familia a la mujer que consentía en suministrarlos.

Ahora bien, más allá de la fórmula matrimonial cualquier otro tipo de unión que pudiera pensarse quedaba al margen de la legalidad. Esta ni la reconocía ni ponía obstáculos a su existencia, aunque no es menos cierto que las leyes trataban de favorecer la condición de los hijos legítimos. La LEX JULIA ET PAPIA POPPOEA, premiaba la tenencia de los mismos por ejemplo, pues la ingenua que tuviese cuatro por lo menos, quedaban libres de la tutela de las mujeres. Los padres que tuvieran tres o más hijos legítimos eran preferidos a los demás para el desempeño de cargos -

públicos. El concubinato, muy extendido, surge así como una forma de convivencia basado en el consentimiento de los interesados, como una consecuencia más del libre juego de la voluntad privada en Roma. Su difusión se explica por cuanto el IUS CONNUBII era un privilegio reservado primero a los patricios y extendido después a los ciudadanos. Para ciertas personas fue la única posible forma de unión, tal los libertos y mujeres tachadas a fin de no infringir la LEX JULIA DE ADULTERIIS dada por Augusto. Los hijos procreados de estas uniones asumían la condición y el nombre de la madre, agrupándose a su alrededor, de la misma forma que los hijos nacidos de una unión casual, SPURII o vulgo QUAESTI.

Las uniones no matrimoniales, serían socialmente matizadas como concubinatos, contubernios o estupro, mientras que jurídicamente no se establecía ninguna diferencia entre ellas. Sólo en algunos casos podía el estupro ser sancionado por las leyes penales.

Y, por si fuera poco, el señalar que jurídicamente no había otra distinción válida que la de hijos de matrimonio (IUSTI LIBERI) y los restantes (LIBERI SPURII), todavía cabe señalar que la asimilación sociopolítica de todos los hijos era equiparable a la indiscriminación. La condición de bastardo o hijo ilegítimo no era causa de inferioridad social en Roma. En efecto, los hijos naturales gozaban del derecho de ciudadanía, y podían llegar a desempeñar las más altas dignidades públicas. En general puede afirmarse que los hijos naturales, a los ojos de la sociedad, estaban asimilados a los legítimos, pero se ha podido comprobar que

cuando varias personas aspiraban a un cargo público se daba preferencia a los hijos legítimos aunque se sabe también que el emperador Constantino era hijo de una concubina.

En la época clásica no hay, pues, categorías intermedias de filiación. La denominación de naturales sirvió inicialmente para diferenciar dentro de los LEGITIMI los que lo eran por sangre de los adoptivos. Más tarde, la denominación de naturales se aplicaría a los nacidos de concubinato, si bien no existe documentación demostrativa de que éstos estuviesen asimilados a los VULGO QVAESTI o CONCEPTI. Habría que esperar a la época del Bajo Imperio para que se reconociera un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato, designándoles con la nueva apelación de LIBERI NATURALES (denominación que se había reservado en la época clásica a los hijos nacidos del CONTUBERNIUM). El padre podía legitimarlos, y Justiniano terminó por reconocer como efectos propios de esta filiación natural la obligación de alimentos y algunos limitados derechos a la sucesión. El concubinato no tenía, empero, el efecto diferenciador en cuanto a la prole que alcanzó más tarde en nuestro Derecho histórico. No obstante, los emperadores cristianos pretendiendo reprimirlo habrían de contribuir, paradójicamente, a prestarle sanción jurídica, destacando con el calificativo de naturales su condición y facilitando en determinadas condiciones su legitimación.

Cabe pues, distinguir las siguientes clases de hijos ilegítimos en el Derecho Romano:

a) INCESTUOSI. - Los nacidos de personas consanguíneas o afines en un grado que constituyera en el Derecho Romano impedimento para el matrimonio.

b) ADULTERINI. - Los nacidos de unión ilegítima con mujer casada. No se incluían, por tanto, los procreados por un hombre casado con una mujer soltera (como se desprende de la propia etimología del vocablo AD ALTERIUM TORUM. Era la intromisión en el tálamo ajeno y su consecuencia LA TURBATIO SANGUINIS lo que se sancionaba).

c) NATURALI. - Los nacidos de concubina.

d) SPURII o VULGO QUAESTI o CONCEPTI. - Los nacidos fuera de matrimonio de toda otra mujer, fuese o no meretriz.

En cuanto al reconocimiento, éste no tuvo un valor propio en el Derecho Romano. No era necesario para fijar el concepto de hijo natural por cuanto al concubinato servía para determinar la relación con el hijo. Y en cuanto a la filiación ilegítima stricto sensu (no natural), sólo pudo existir, al margen de la práctica, un reconocimiento similar a cualquier otro modo de probar la relación de sangre, es decir, como un modo de constatar tal relación con independencia de si tal constatación tenía más o menos efectos jurídicos. (3)

(3) Oltra Moltó, Enrique: El Hijo Ilegítimo no Natural. Edit. Montecorvo, S. A. - Madrid, 1976. Págs. 52 a 55.

2. - DERECHO HISTORICO ESPAÑOL.

Debido, acaso, a la pureza de costumbres de los antiguos godos parece que el Derecho hispano-visigodo no autorizó el concubinato ni con sideró para nada la filiación ilegítima. Y es que las costumbres que apor tarían estos pueblos serían harto primitivas, siendo la filiación entre los germanos, al igual que sucediera con el primitivo Derecho Romano, cues tión de potestad y no de generación. La condición de los hijos habidos fuera de matrimonio fue relativamente favorable, tanto más cuanto que en muchos casos eran objeto de adopción.

Los cuerpos legales hispano-visigodos apenas si se ocupan de estos problemas y tal parece que al respecto existe un "vacío legislativo". Es inútil pues, pretender afinar en este período histórico, distinguiendo entre las diversas clases de filiación ilegítima cuando la condición del hijo debió contar, como tal, únicamente cuando estaba sujeto a la potestad del padre, lo cual sucedía normalmente cuando la madre estaba igualmente sujeta a dicha potestad.

El panorama no se aclara -más bien se complica- con la recepción del Derecho Romano común, con la relevancia que llegó a adquirir el concubinato y con la variedad de fuentes jurídicas y territoriales de la Alta Edad Media.

El matrimonio legítimo o de bendición es en este período la base indudable de la familia, por cuanto el Fuero Juzgo en su libro III incluye

ya una reglamentación explícita de "los casamientos y de las nascencias", pero coexiste, indudablemente, con el concubinato en el Derecho Medieval el cual fue ordenado por las leyes en sus puntos fundamentales para desterrar los supuestos de manifiesta inmoralidad.

De esta manera, en la Partida IV, título XV, ley primera, se define a los hijos naturales como "los que no nacen de casamiento según la ley; así como los que fazen en las barraganas". Pero queda claro que... "E otra manera ha de fijos que son llamados en latín SPURII, que quiere tanto decir, como de los que nacen de las mugeres, que tienen algunos -- por barraganas de fuera de sus casas, e son ellas tales que se dan a -- otros omes, sin aquellos que las tienen por amigas; por ende, non saben quien es su padre del que nasce de tal mujer".

A continuación se especifican los distintos tipos de hijos ilegítimos:

a) LOS FORNECIDOS, "que nascen de adulterio, o son fechos -- en parientes o en mugeres de Orden".

b) MANCERES: Son los nacidos de prostituta y la etimología de su vocablo se puede explicar de la siguiente forma: De MANU, ACELUS, que quiere decir pecado infernal. O, lo que parece más verosímil de -- MANZER que quiere decir bastardo, manchado.

c) SPURII: Antes aludidos.

d) NOTOS, "los que nascen de adulterio; e son llamados notos -- porque semejan que son fijos concidos del marido que la tiene en su ca-

sa, e non lo son ". Algunos autores equiparan a estos hijos con los adúlteros. No obstante, cabe decir, que estos hijos son en puridad los nacidos de adulterio tal como se entendía en el Derecho Romano, y si el texto de las Partidas recoge también un concepto más amplio dentro del apartado de los "fornecidos", ello se debería, muy probablemente, a la influencia de la doctrina canónica que fue la que amplió también el concepto del adulterio.

La ley XI del Toro tuvo gran importancia en la clasificación de la filiación ilegítima, recogida posteriormente en la Nueva y en la Novísima Recopilación, apoyando en el reconocimiento la calidad de natural del hijo, partiendo del hecho de que, al tiempo de la concepción o del nacimiento, los padres hubieran podido casarse. El proyecto del Código Civil de 1851 (español) exigió que la libertad de los progenitores existiera al tiempo de la concepción e igual exigencia se deriva del artículo 119 del Código Civil (también español).

El Derecho histórico posterior a las partidas, no modifica sustancialmente la clasificación de la filiación ilegítima. La doctrina que se ocupó del tema se acogía principalmente a la regulación de las Partidas. Todavía en el artículo 132 del Proyecto del Código Civil español se mantiene la clasificación de dicha filiación en ADULTERINA, INCESTUOSA y SACRILEGA; pero en nuestro primer cuerpo legal civil (español) desaparecen tales referencias sustituidas por una expresión, la de filiación ilegítima no natural. A este respecto cabe añadir que la plausible reducción

de las categorías de la filiación no compensa las graves deficiencias del sistema legal.

Las Partidas habían negado la patria potestad del padre sobre los hijos naturales siguiendo el Derecho Romano. Obviamente, faltaría también esa potestad sobre los no naturales. En cuanto a lo concerniente a la madre hay que plantear la cuestión de otro modo; en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se carece de los datos que revelen la posición familiar que el hijo ocupa respecto de su madre, pero constando la identidad de ésta por el mismo acto del nacimiento, los derechos que al hijo asisten se harían efectivos sin dificultad, salvo el caso de los expósitos.

Asimismo, el Derecho histórico español reconoce a todo tipo de personas el derecho a recibir alimentos, por ilícita o escandalosa que haya sido la unión en que fueron engendrados, ya que es algo necesario para la vida del hijo; por tanto, la regulación de esta no es privativa de la filiación natural.

Los Fueros peninsulares establecen, por lo general, la obligación de la madre de alimentar a sus hijos durante los primeros años, siendo curioso el sistema de algunos de ellos que establecen la obligación por parte del padre de compensar económicamente a la madre como si fuera un ama de cría. Ahora bien, esto se aplicaba cuando el padre era conocido, sin afectar por ello el deber primordial que sobre la madre pesaba, en todo caso, de proveer a la alimentación del hijo, deber cuya infracción era castigada severamente.

En cuanto a los derechos sucesorios podemos afirmar, en términos generales, que los hijos ilegítimos carecían de tales derechos. Y ello, y también en lo concerniente a la madre, pese a ser cierta la relación de parentesco. Así, los importantes derechos que concede a los hijos naturales la Partida VI, título XIII, ley II no se aplicaban a los hijos adulterinos, incestuosos o espureos.

3. - DERECHO CANONICO.

El Derecho Canónico se enfrenta al fenómeno corruptor de la Alta Edad Media, e imprime a su ordenación el carisma de la idisolubilidad del vínculo. En consecuencia con estas premisas, condena totalmente los efectos de las uniones ilícitas, por lo que desaparece ese trato equiparador - existente en el Derecho Romano de la filiación ilegítima. Y por otro lado acomete, como problema particularísimo, el de los desvíos de los clérigos.

En lo que a este punto respecta es curioso destacar la severísima disciplina de la Iglesia en relación con el concubinato o barraganía secular, frente a la más benévola de la llamada barraganía de los clérigos. Quizá las razones de esta lenidad se apoyaran en el mayor escándalo que las sanciones a los clérigos podían causar. Sea como fuere, lo cierto es que la barraganía de los clérigos tomó carta de naturaleza durante los siglos IX y X, y los hijos sacrílegos alcanzaron a constituir en algunos países, singularmente en Italia y Francia, una verdadera fuerza social.

Pensamos que no debió distinguir la Iglesia demasiado escrupulosamente diversas categorías dentro de la filiación ilegítima. De una parte, por cuanto sancionó tan duramente el concubinato, causa determinante de la filiación natural. Y de otra, por mostrarse más preocupada por el acceso a las órdenes sacras y por los derechos sucesorios que por el problema intrínseco de la determinación de la paternidad. El profesor - -

CICU. explica como llegó a reconocerse a los hijos nacidos fuera de matrimonio un derecho a alimentos fundado en la responsabilidad del padre por haberlos engendrado. Y como la carga de la alimentación de los expósitos recaía sobre las parroquias, y éstas se hallaban excesivamente gravadas, se facilitó la prueba de la paternidad, y así en los primeros tiempos se llegó a considerar suficiente la mera declaración de la madre, a la cual el padre podía oponer la EXCEPTIO PLURIMUM CONCUBENTIIUM.

Más tarde se exigió la prueba rigurosa del ACTA CUSTODIA VENTRIS, es decir, algo, en cierto modo, semejante al concubinato (un control sobre la mujer durante el período legal de concepción que sirviese de prueba de la no cohabitación con otro hombre. Sin embargo, el rigor que el Derecho Canónico mostró con la filiación ilegítima se compensó con las facilidades otorgadas para la prueba de la misma, al admitir todos los modos, incluso los testigos y los indicios.

En la actualidad, EL CODEX IURIS CANONICI regula la filiación legítima, en los cánones 1114 y 1115, como efecto del matrimonio. La filiación ilegítima resulta por exclusión. El CODEX apenas si se refiere a la misma ni procede a establecer subdistinciones. Lo que importa, al parecer, desde el enfoque del Derecho Canónico español vigente es la posibilidad de la legitimación, dado el gran beneficio que la legitimidad comporta desde todos los ángulos. No obstante, hay alusión a la filiación adulterina y sacrílega en el canon 1051 y examinando el canon 1116 se distinguen la filiación natural de la espúrea.

Para determinar la filiación ilegítima STRICTO SENSU (no natural) habría que separar dentro de la filiación no legítima la que no merece el calificativo de natural. Y con respecto a esta última, podemos afirmar que si bien se reduce el concepto en relación al del Derecho Romano, se amplía por cuanto se refiere a la libertad de los progenitores tanto al tiempo de la concepción, como de la gestación, como del nacimiento. Ello supondrá que si el obstáculo de los progenitores para contraer matrimonio desaparece en cualquiera de estos dos tiempos, el hijo será natural, lo cual importa especialmente por la posibilidad de legitimación.

Subsisten, sin embargo, en el Derecho Canónico las siguientes categorías de hijos espúreos (ilegítimos no naturales).

a) HIJOS INCESTUOSOS: Cuando existe un impedimento de parentesco no dispensable. Algunos tratadistas al respecto, sostienen que la Iglesia jamás dispensa el impedimento en aquellos grados en que se duda si es de Derecho natural. Con gran repugnancia en el caso de matrimonio entre tíos y sobrinos.

b) HIJOS ADULTERINOS: Expresamente aludidos como dijimos en el canon 1051. Se prohíbe su legitimación, salvo al entender de varios autores, que la legitimación se opere estando la prole en gestación.

El Derecho canónico modifica el Derecho Romano en este punto. Por cuanto, sobre la base de la doctrina de los impedimentos para el matrimonio, extiende el concepto de hijo adulterino tanto a los procreados por madre casada como por padre casado con persona distinta del cónyuge.

c) HIJOS SACRILEGOS. - Es con respecto a esta subespecie de la filiación espúrea donde más abunda la aportación del Derecho Canónico, - por ser esta patología o rama propia de su contexto ordenador.

En el CODEX, la ilegitimidad de los hijos sacrílegos resulta de los cánones 575, 1308 y 948. Serán tales los engendrados por quien ha hecho profesión religiosa solemne o ha recibido órdenes sagradas. (4)

(4) Oltra Moltó, Enrique: Op. Cit. - Pág. 52 y sigs.

CAPITULO TERCERO

LA FILIACION ILEGITIMA EN EL ESQUEMA GENERAL DEL DERECHO COMPARADO.

1. - Consideraciones generales
2. - La filiación ilegítima en el Derecho Italiano.
 - 2.1) El Reconocimiento
 - 2.2) Investigación de la Paternidad y Maternidad
 - 2.3) Hijos reconocibles y no reconocibles
 - 2.4) La legitimación de los hijos procreados fuera del matrimonio en el Derecho Italiano.
3. - La filiación ilegítima en el Derecho Francés
4. - La filiación ilegítima en el Derecho Español
5. - La filiación habida fuera de matrimonio en el Derecho Germánico y Anglosajón.
 - 5.1) El reconocimiento en el Derecho Alemán
 - 5.2) El Derecho del Hijo Natural a los alimentos en Alemania
 - 5.3) Derecho Anglosajón
6. - La filiación habida fuera de matrimonio en los Países Socialistas y en el Derecho Hispanoamericano.
7. - El tratamiento de la filiación habida fuera de matrimonio en las declaraciones de Derechos de la O.N.U.

LA FILIACION HABIDA FUERA DE MATRIMONIO EN EL ESQUEMA GENERAL DEL DERECHO COMPARADO.

I. - CONSIDERACIONES GENERALES.

La consideración jurídica de los hijos concebidos fuera del matrimonio ha constituido desde siempre un arduo problema para el sociólogo, para el hombre político y para el legislador. La mayoría de los sistemas legislativos de Occidente se debaten a este respecto entre dos exigencias contrapuestas; desde un primer punto de vista, ha existido en todo momento la tendencia a asegurar la protección de los hijos naturales -y, en alguna medida, incluso, la de los hijos ilegítimos no naturales- por medio de su relativa equiparación a los legítimos, tomando principalmente el hecho de su inocencia y el que, por la misma circunstancia de su ilegitimidad, se encuentren expuestos, más que los legítimos, a concretas discriminaciones sociales y dificultades morales y materiales, desde otra perspectiva, no se ha dejado de reconocer en la casi totalidad de los Ordenamientos Jurídicos alguna diferencia social entre ambas filiaciones, con lo que se trata de preservar el prestigio de la familia legítima tradicional en la medida que se le atribuye y le corresponde la condición de núcleo básico del conjunto social.

Las dos guerras mundiales fueron el reactivo que aceleró la transformación de innumerables formas de vida y hábitos de conducta, trastocando normas y valores que habían permanecido inmutables duran-

te centurias. Dada la enorme cantidad de huérfanos que produjeron -
ambos conflictos, es natural que se sintiera la necesidad de proteger
los efectivamente cuando su filiación difícilmente podía acreditarse -
atemperándose a la normativa entonces vigente; en las leyes especia-
les para la protección de la infancia, que fueron dictándose a partir de
los años 20, se hicieron grandes progresos hacia una consideración -
más ecuánime de la filiación ilegítima. Todos los programas políti-
cos y de gobierno que se preciaban de progresistas, incluían la revi-
sión a fondo de la reglamentación jurídica de la filiación, proponiendo
los más extremistas que se borrara toda diferencia entre las diver- -
sas clases de hijos. En la actualidad se da más importancia al hecho
de conocer hasta que punto un Ordenamiento determinado ha incorpora-
do a su normativa legal el generoso principio que reconoce igualdad de
derechos de todos los niños, cualquiera que sean las circunstancias de
su nacimiento.

Podemos distinguir una clasificación que se divide en cuatro - -
grupos, según los países se aproximen más o menos a ese pretendido
ideal de igualdad. Así, podemos mencionar en el primer grupo a los -
países escandinavos en Europa, Venezuela en América, y Hungría y -
Polonia entre los países del bloque socialista, otorgan a los hijos ile-
gítimos, un verdadero estado de filiación. En el segundo grupo pode- -
mos citar a México y Costa Rica, que sin llegar a una equiparación for-
mal, conceden a los hijos ilegítimos, cuya condición se haya estable-

cido legalmente, los derechos sucesorios, de alimentos y de apellidos, con lo que su situación se equipara a un normal STATUS FILII. Como tercer grupo, podemos citar a otros países, los que, aun reconociendo se el hecho de la filiación legal a favor de los hijos ilegítimos, sólo se otorga el derecho de alimentos; este era el caso de Alemania y Francia antes de las más recientes reformas, pero que, pese a los avances que ellas suponen, siguen existiendo ciertas reservas o restricciones con respecto a los hijos adulterinos e incestuosos. Y por último, como en cuarto grupo podemos citar al Derecho español que sigue haciendo una clara distinción discriminatoria entre los hijos naturales en general, ignorando los derechos de éstos. (1)

Refiriéndose a los hijos ilegítimos en general, algunos países han llegado a suprimir de hecho, la diferenciación de los hijos ante la ley, aunque sólo sea equiparándolos a todos a nivel constitucional. Así se ha establecido en las Constituciones de Guatemala, Bolivia, Panamá, El Salvador, Nicaragua, Yugoslavia y en los Derechos Cubano, Mexicano, Húngaro, Soviético y de la República Popular China.

En otros países, que no han proclamado esta equiparación, se ha admitido el principio de que los padres tengan iguales deberes para con los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, tal ocurre con el Derecho de Uruguay, Costa Rica, Albania y Rumania. Pese a todo, nu-

(1) Oltrá Moltó, Enrique. - Op. Cit. - Págs. 303 y 304.

merosos Códigos Civiles de nuestro tiempo aunque procuran mejorar la situación jurídica de los hijos habidos fuera de matrimonio, siguen respetando ciertas diferencias en cuanto a los derechos de los distintos tipos de filiación.

Se comprende así que el problema de la filiación ilegítima, pese a las modernas tendencias anotadas, sigue presentando caracteres alarmantes, sobre todo en aquellas áreas del planeta en donde del 65 al 90 por ciento de la población infantil está constituida por hijos habidos fuera de matrimonio.**

Para completar este panorama general, conviene hacer alusión al proyecto de convención sobre el Estatuto Jurídico de los hijos nacidos fuera de matrimonio, sometido a la aprobación de los Estados miembros del Consejo de Europa. La finalidad (según explica el preámbulo) consiste en mejorar la condición de los hijos extramatrimoniales, armonizando el Derecho de los países integrados en el Consejo. El proyecto admite que todos los hijos pueden ser reconocidos concediéndoseles un STATUS FILII. No obstante, se admite la reserva de aquellos Estados cuya legislación no admite el reconocimiento de hijos adulterinos, en tanto sus padres continúan unidos por lazos matrimoniales existentes en el momento de la concepción del hijo. (2)

** Naciones Unidas: Estudio sobre la discriminación contra las personas nacidas fuera de matrimonio, Nueva York, 1967, Pág. 8 (consultada en la Biblioteca del Congreso de la Unión).

(2) Oltra Moltó, Enrique. - Op. Cit. - Págs. 299 y 307.

2. - LA FILIACION ILEGITIMA EN EL DERECHO ITALIANO.

La consideración jurídica de los hijos procreados fuera del matrimonio se ha visto solicitada en la legislación italiana por dos exigencias contrapuestas; por una parte, ha habido que contar con las tendencias en favor de la equiparación legal de los hijos nacidos fuera de matrimonio a los legítimos, tomando en cuenta la inocencia de aquéllos y de las discriminaciones y dificultades morales y sociales a que la vida, injustamente, los expone por el hecho mismo de su origen; por otro lado, tampoco se ha podido ni querido desconocer en el campo legislativo, la distinta situación de ambas filiaciones, por el deseo de favorecer el prestigio de la familia legítima "base del conjunto social y de la cual deberán proceder exclusivamente los miembros de la sociedad".

Esta fue la concepción dominante en la pasada centuria, y que todavía conserva fuertes posiciones en nuestros días.

El criterio del Código Civil Italiano de 1865, muy riguroso al respecto, reconocía escasos derechos a los hijos naturales, no admitiendo la investigación de la paternidad salvo en dos hipótesis de limitada aplicación.

Uno de los efectos que produjo la primera guerra mundial fue el que se presentara especial atención al gran número de huérfanos producidos en la contienda, cuando su filiación no podía acreditarse según las normas del Código; en las leyes dictadas luego, especialmente para la protección de la infancia, se progresó mucho en favor de los hijos --

ilegítimos. En el Código de 1942 el legislador se propuso poner término a las medidas discriminatorias más aparentes, pero manteniendo todavía un criterio de prudente amplitud.

En el libro primero se abrían nuevas posibilidades a la acción de investigación de la paternidad, se admitía el reconocimiento de los hijos incestuosos y adulterinos y se atribuía la patria potestad también a los hijos naturales en general, mientras que en el libro segundo quedaban substancialmente incrementados los derechos hereditarios de los mismos.

Podemos afirmar, en síntesis, que en materia de filiación ilegítima, el Código Civil Italiano de 1942 representó con relación al de 1865 un progreso notable en favor de aquella. Pero pese a ello, no estaba adaptado con fidelidad al espíritu de la Constitución de 1947 (de fecha posterior naturalmente, al referido Código), que en su artículo 30 establece.

"Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, también si han nacido fuera de matrimonio"... La ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda la tutela jurídica y social compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

Con lo anterior, casi podriamos afirmar que la Constitución hace una total igualdad entre los hijos nacidos dentro de matrimonio y los nacidos fuera de el. (3).

(3) Oltra Moltó, Enrique. - Op. Cit. - Pág. 319.

Conforme a la normativa del Código Civil de 1942, la doctrina italiana distingue dentro de la filiación ilegítima los siguientes:

- a) Hijos reconocibles, reconocidos y no reconocidos.
- b) Hijos no reconocibles.

Esta última categoría de la filiación comprende todavía dos clases de hijos; los incestuosos y adulterinos.

Los hijos incestuosos podían ser reconocidos por el progenitor que ignoraba el vínculo.

Los adulterinos, muerto el cónyuge ofendido, no habiendo hijos legítimos y mediante decreto del jefe del Estado.

Sintéticamente, esta ha sido la normativa vigente hasta la reforma de 19 de mayo de 1975.

Y es en esta donde se produce la tentativa más considerable en pro de un acercamiento o equiparación de las filiaciones. La actual legislación ha precisado con mayor riqueza de matices la postura progresiva del legislador italiano. (4)

(4) Oltra Moltó, Enrique. - Op. Cit. - Pág. 320.

2.1) EL RECONOCIMIENTO.

El hecho natural que constituye el presupuesto de la filiación puede acreditarse por medio del reconocimiento o de declaración judicial, para que aquella relación sea jurídicamente relevante.

El reconocimiento es normalmente un acto voluntario, pero cuando el progenitor no manifiesta por sí mismo voluntad de reconocer se recurre al acreditamiento judicial, que se admite sólo en algunos casos rigurosamente previstos por la ley italiana.

El reconocimiento, como en México, puede hacerse conjunta o separadamente por el padre o por la madre, incluso si estaban unidos en matrimonio con otra persona en la época de la concepción, y en cuanto a la capacidad para reconocer, exige igualmente para ambos el haber cumplido los 18 años.

Sin embargo, para salvaguardar la condición de voluntariedad del acto del reconocimiento, la ley italiana prevé una posible impugnación por violencia. Al error no se le concede relevancia, lo cual se explica porque existe también el recurso de la impugnación por defecto de veracidad, es decir, cuando la declaración no corresponde a la verdad objetiva de los hechos. La impugnación por defecto de veracidad se reconoce a cualquier interesado, comprendiendo al mismo hijo reconocido, y no está sujeto a prescripción, contrariamente a lo que ocurre con la impugnación por violencia, cuya acción correspondiente pres-

cribe al año. **

El acto de reconocimiento excluye toda cláusula que tenga por fin limitar o condicionar sus efectos; pero la ley deja bien establecido que tales efectos se producirán, fundamentalmente, con respecto al progenitor que realiza el reconocimiento el cual asume con ello, todos los derechos y deberes que cualquier padre tiene respecto a los hijos legítimos.

En cuanto a la reforma tanto el Código de 1942, como la ley de 19 de mayo de 1975 han seguido criterios de amplia libertad. El reconocimiento puede acreditarse en el acta de nacimiento o en documento público o en un testamento o bien en la correspondiente declaración presentada con posterioridad a la concepción o el nacimiento ante un funcionario del Registro Civil o ante el Juez Tutelar. Cuando el reconocimiento se hace mediante testamento cualquiera que sea la forma de éste, surte efectos desde la muerte del testador, con la ventaja de que, por su naturaleza de acto irrevocable, al reconocimiento se le reconoce validez -- aunque el testamento haya sido revocado, cosa que también ocurre en nuestro Derecho mexicano.

También se autoriza el reconocimiento del hijo premuerto, es decir, al hijo cuyo reconocimiento es posterior a su fallecimiento, con las ventajas que esto pueda suponer en beneficio de sus descendientes. Por otra parte se establece que, en ningún caso, surtirá efectos el re-

(** Oltra Moltó, Enrique. - Ob. Cit. - Pág. 321.

conocimiento de un hijo en contradicción con la posesión de estado de hijos legítimos que este disfruta. **

** Oltra Moltó, Enrique. - Ob. Cit. - Pág. 322.

2.2) INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD

Las corrientes doctrinales más recientes y generalizadas se muestran favorables, en una u otra medida, a la imposición obligatoria de la relación paterno o materno-filial. Se considera que el reconocimiento legal del hijo se debe imponer en principio independientemente de cualquier supuesto moral o social - a toda persona cuya relación paternal pueda ser conocida, debiéndose admitir a tales efectos la investigación de dicha relación, la cual se compagina con una conocida norma general del Derecho:

• Cuando se es causa moral de un daño efectivo, surge la imperiosa necesidad y obligación de repararlo en la medida proporcionada a la cantidad y cualidad de éste, sin embargo, en el caso que nos ocupa, (Y muy a nuestro pesar pensamos) la doctrina italiana acepta también que se establezcan las cautelas procesales pertinentes en orden a no sacrificar, en todo aquello que no sea necesario, otros intereses dignos de protección, como pueden ser los de la familia legítima, pero teniendo siempre como objeto principal de las actuaciones el interés del hijo, al que se subordinará incluso la misma declaración judicial de paternidad, en su oportunidad y conveniencia.

Antes de ser reformado el artículo 269 del Código Civil Italiano, definía cuatro casos que podían constituir, cada uno por sí, presupuestos necesarios para admitir la acción de investigación de la paternidad:

- 1) Notoria convivencia durante el período legal de la concepción;
- 2) Rapto o violación en el mismo período de tiempo;
- 3) Existencia de la posesión de estado de hijo natural;
- 4) Acreditamiento de la paternidad o maternidad por declaración en una sentencia civil o penal.

Todos estos casos eran materia suficiente para promover un juicio cuyo objeto directo era la declaración de paternidad.

La nueva redacción del artículo 269 amplía las posibilidades de propugnar aquella declaración a todos los casos en que el reconocimiento sea admitido, con la particularidad de que la prueba podrá obtenerse con cualquier medio. A este respecto se hace la salvedad, en el mismo artículo, de que la sola declaración de la madre y la sola existencia de relaciones íntimas entre la supuesta madre y el supuesto padre en la época de la concepción no constituyen prueba de la paternidad natural.

Importa destacar que la clara diferenciación, a efecto del acreditamiento judicial, de la investigación de la maternidad y la paternidad, dejó de tener relevancia. Con anterioridad a la reforma, la primera se admitía sin límites, tomando como base el reconocido principio de *MATER SEMPER CERTA EST*, mientras que la investigación de la paternidad sólo se admitía en los límites rigurosamente fijados por la ley. Del mismo modo ha quedado sin efecto actualmente en la legislación italiana la disposición que restringía el plazo para que el hijo promoviera la acción del acreditamiento a los dos años subsiguientes a su mayoría de edad.

La nueva ley no sólo establece que la acción no prescribe por lo que respecta al hijo sino que autoriza a promoverla, dentro de los dos años siguientes a su muerte, a los descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos, o a continuarla (si había sido iniciada por el hijo) por estos mismos descendientes.

La jurisprudencia italiana suele admitir también como prueba su suficiente para promover la acción de investigación la inequívoca declaración escrita del progenitor, siempre que no se pruebe el error del padre declarante o la pluralidad de relaciones de la madre. Igualmente se admite la prueba de los grupos sanguíneos, aunque sólo a efectos de excluir una pretendida paternidad (sólo es admitida en la jurisprudencia como medio de prueba excepcional en aquellos casos en que el juez se encuentra en la imposibilidad de adquirir los elementos de convencimiento necesarios en torno a la acción propuesta). No obstante el ejercicio de la acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad natural, y el consiguiente inicio de un proceso de instrucción ordinaria, solamente podrá admitirse si, a juicio del Juez o Tribunal, se estima que concurren las circunstancias especiales y suficientes que dan al caso las apariencias de estar plenamente justificado, con lo cual se pretende sencillamente, impedir las investigaciones improcedentes o doloosas. **

** Oltra Moltó, Enrique. - Ob. Cit. - Pág. 324.

2.3) HIJOS RECONOCIBLES Y NO RECONOCIBLES.

Las distintas situaciones en que pueden encontrarse los hijos concebidos fuera del matrimonio, por lo que respecta al reconocimiento, quedan agrupados según la terminología de la doctrina Italiana, a la que precedentemente hemos aludido, en dos categorías perfectamente diferenciados.

1). - HIJOS RECONOCIBLES. - Que son todos aquellos sobre los cuales puede recaer el reconocimiento de uno o ambos progenitores. Estos, a su vez, se clasifican en: a) Reconocidos, cuando efectivamente lo han sido, por uno de los padres o por los dos; b) No reconocidos, pero que reúnen, según la ley, las condiciones para serlo; c) No reconocibles, a los que puede concederse el reconocimiento por uno solo de los padres.

2). - HIJOS IRRECONOCIBLES. - Respecto de los cuales la ley no admite el reconocimiento por ninguno de los progenitores.

Según el nuevo Derecho de Familia (art. 251), los hijos incestuosos (concebidos por padres entre los cuales existe un vínculo de parentesco o de afinidad constitutivo de impedimento no dispensable para el matrimonio) no pueden ser reconocidos en circunstancias normales, a no ser que en el tiempo de la concepción ignorasen el vínculo existen

te entre ellos, o que hubiese sido declarado nulo el matrimonio del que deriva la afinidad.

La normativa anterior a la reforma era francamente discriminatoria en cuanto a los hijos adulterinos, es decir, nacidos de padres de los que, al menos uno, estaba unido en matrimonio con otra persona en el momento de la concepción. El art. 252 establecía que tales hijos sólo podían ser reconocidos o declarados hijos naturales por parte del padre no casado en la época de la concepción.

El otro padre, una vez casado, podía reconocer al hijo solamente con posterioridad a la muerte del cónyuge inocente, pero, habiendo hijos legítimos, el reconocimiento no podía tener lugar sino en virtud de un decreto del Jefe del Estado, y sólo después de que los hijos legítimos hubieran alcanzado la mayoría de edad y hubieran sido oídos por el Tribunal.

En los demás casos el ordenamiento por respetables motivos de orden de la familia, no admite ni el reconocimiento ni las indagaciones sobre la paternidad o maternidad de los hijos incestuosos o adulterinos.

En el nuevo artículo 252 se engloba tácitamente, bajo la denominación de "Naturales", a todos los hijos concebidos fuera del matrimonio, de tal modo de que cuando se dé el caso de que cualquiera de ellos fuera reconocido, se faculta al Juez para decidir sobre la eventual integración del hijo natural en la familia legítima y para adoptar cualquier otra providencia conducente a proteger sus intereses morales y mate--

riales. Como condición para tal integración se requiere el reconocimiento del otro cónyuge y de los hijos legítimos que hayan cumplido los die--ciseis años de edad y convivan en el mismo techo.

LA LEGITIMACION DE LOS HIJOS PROCREADOS FUERA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ITALIANO.

La posibilidad de la legitimación, que confiere a los hijos de origen extramatrimonial una situación equiparable a la de los hijos legítimos, resulta prácticamente inalcanzable para la mayoría de los hijos ilegítimos no naturales, es decir, por los que, por una u otra circunstancia no pueden ser reconocidos. La legitimación queda, lógicamente, excluida de los hijos concebidos por padres ligados por vínculo que constituyen impedimento no dispensable para el matrimonio, excepto si se dan las circunstancias de que el reconocimiento de que el hijo incestuoso se haga por el progenitor que hubiera procedido de buena fe. Por otro lado, la legitimación por providencia del Juez, se admite sólo cuando se produce una serie de presupuestos - Consentimiento del otro cónyuge y del otro progenitor si el hijo es menor de dieciseis años, imposibilidad para legitimar al hijo; etc. - Nada fáciles de coordinar en un momento dado. El problema es más acuciante desde que la introducción del divorcio en Italia ha incrementado en términos cuantitativos el reconocimiento de hijos adulterinos por parte de progenitores cuyo matrimonio haya cesado de producir efectos civiles.

El matrimonio declarado nulo produce efectos con respecto a los hijos aun cuando los cónyuges actúan de mala fé.

Se exceptúan los casos de bigamia o incesto.

Los hijos tendrán entonces la condición de naturales reconocidos si la ley consiente el reconocimiento. (5)

(5) Oitza Moltó, Enrique. - Op. Cit. Pág. 317 y ss.

3. - LA FILIACION ILEGITIMA EN EL DERECHO FRANCES.

El Derecho Positivo relativo a la filiación vigente en Francia en vísperas de la reforma de 1972, estaba ya muy lejos del primer Código napoleónico por las reformas que se habían ido acumulando en diferentes etapas.

El Código Civil había negado la posibilidad de equiparar jurídicamente los hijos naturales a los hijos legítimos según habían propugnado las disposiciones revolucionarias, pero, además, confirmaba la prohibición de toda acción judicial para la investigación de la paternidad, no autorizando sino sólo el reconocimiento, y excluyendo de tal derecho a los hijos adulterinos e incestuosos.

Esta situación había durado más de un siglo, si bien los efectos prácticos de tal normativa tuvieron que ser atemperados por los esfuerzos de una jurisprudencia sensible al carácter escandaloso de la prohibición legislativa.

La ley de 16 de noviembre de 1912 supuso un cambio radical de este planteamiento, al introducir en el sistema jurídico francés la investigación judicial de la paternidad. Posteriormente tendría lugar un importante avance en este sentido con la creación de la ley de 5 de julio de 1955; junto a la acción judicial de investigación de la paternidad, se otorgó la acción de investigación de la paternidad con efectos puramente alimenticios.

La acción de investigación de la paternidad con efectos alimenticios supera ciertas restricciones de la ley de 1912, (entera libertad de prueba, tratamiento más flexible de la desistimación de la demanda, etc.) pero curiosamente, y quizá por error del legislador, tal beneficio de la nueva ley no se hace extensivo a todos los hijos naturales, sino que, aplicando textualmente estas disposiciones, su ámbito de aplicación se restringe a los hijos adulterinos e incestuosos.

La situación creada es un tanto absurda: los hijos naturales simples se encuentran en desventaja respecto a los adulterinos por el hecho de estar obligados a utilizar la acción judicial para recibir alimentos, en vez de usar la vía más simple de la nueva acción alimenticia.

Otro tipo de reformas en el terreno de la filiación fueron introducidos por las leyes de 7 de noviembre de 1907, 30 de diciembre de 1915 y 24 de abril de 1924. Todas ellas encaminadas a facilitar la legitimación de los hijos adulterinos.

En cuanto a la ley de enero de 1972, el principal inspirador de este nuevo texto legal ha sido JEAN CARBONNIER. De su obra ha podido decirse que es una nueva manifestación del genio jurídico francés.

En opinión de los comentaristas, sus principios básicos son el de igualdad para todos los hijos, en oposición a la jerarquía tradicional de las filiaciones y, por otra parte, un acercamiento a la realidad que se investiga, hasta el punto de que se pretende precisar si la verdad biológica y la verdad pública son una misma cosa.

La reforma abarcaba todo el derecho de filiación, excepción hecha el relativo a la adopción. Nuevo título VII del libro I del Código - comprendía 3 capítulos dedicados a los siguientes temas:

- a) Disposiciones comunes a la filiación legítima y a la filiación natural;
- b) De la filiación legítima;
- c) De la filiación natural.

Cada capítulo aparece dividido en secciones, en los cuales se regulan incluso las relaciones patrimoniales surgidas de la filiación, y los conflictos de leyes al establecimiento de la misma. (6)

La ley de 1972 ha acrecentado notablemente la fuerza de la posición de estado. Sin embargo, subsisten las diferencias entre la filiación legítima y la natural.

De todos modos, la idea de igualdad presupone, al menos teóricamente, la ausencia de distinción entre hijo natural e hijo adulterino. El principio de igualdad es rotundamente afirmado en la nueva ley. Toda filiación ilegítima puede ser legalizada. Se trata de una extensión de la esfera legal, pero es necesario considerar aparte el hijo incestuoso. En caso de incesto absoluto, la filiación no puede decidirse simultáneamente con respecto al padre y a la madre. Sin embargo, la re

(6) Oltra Moltó, Enrique. - Ob. Cit. - Pág. 310

gla es menos rigurosa que antes. En primer lugar, en esta hipótesis la filiación puede solamente ser referida a uno de los autores, lo cual sigue la lógica de la divisibilidad de la filiación ilegítima. Por otro lado, la prohibición de legalizar la filiación en cuanto a los dos causantes sólo concierne al "incesto absoluto". En los demás casos está completamente autorizada.

Si bien cabe añadir que el hijo incestuoso, cuya filiación paterna no ha sido legalmente determinada, puede intentar una acción judicial con fines asistenciales.

La acción con fines asistenciales es profundamente distinta a las acciones encaminadas a determinar la paternidad natural, en el sentido de que no se trata de probar la paternidad del demandado, sino únicamente de probar las relaciones del mismo con la madre durante el período legal de la concepción. Se toma en cuenta para la concesión de alimentos, las necesidades del niño, los recursos del deudor y su situación familiar. Los subsidios son acordes en forma de pensión.

La acción con fines asistenciales se concede a todo hijo ilegítimo cuya filiación paterna no haya sido establecida. Esta amplia apertura de la acción, que dejaba ya entrever la reciente orientación del Tribunal Supremo, se justifica por el deseo implícito en la Ley de 1972 de facilitar ayuda a todo niño en situación de necesidad. Al tenor del principio de igualdad, no se hace ninguna distinción entre los hijos ilegítimos. La acción es por tanto, ejercitable incluso en provecho de un

hijo nacido por causa de adulterio o incesto sin distinción.

Puede ser también utilizada por el hijo de una mujer casada, aun cuando el título de hijo legítimo no esté corroborado por la convivencia en el mismo techo. Y para mejor ayuda a estos hijos, la prueba se facilita como hemos dicho, en el sentido de que no es necesario probar la paternidad del demandado, sino solamente que haya cohabitado con la madre durante el período legal de la concepción. Lo cual no basta para que la asignación de los subsidios cese de tener efectos, si la filiación paternal del niño llega a ser establecida posteriormente y resulta ser atribuida a persona distinta del demandado.

Han surgido numerosas críticas contra esta medida, que, no obstante, se puede intentar justificar por el hecho de que ante la falta de presunción o de prueba de la paternidad o ante la hipótesis de que varios hombres hayan tenido relaciones con la madre en el período de la concepción, es muy difícil saber quien puede ser realmente el padre, pese a lo cual, lo más procedente es asegurar la ayuda que pueda necesitar el nacido.

Una innovación destacable de la nueva Ley francesa consiste en que el hijo ilegítimo forma parte de la familia de su progenitor. Es decir, que adquiere legalmente los lazos de parentesco con la familia de cada uno de sus autores. Solamente la no existencia de lazos matrimoniales entre los padres supone un límite a la norma de igualdad. Este principio queda, lógica y claramente, menoscabado en la hipótesis del

hijo adulterino.

Este hijo no puede ser mantenido y educado en el domicilio conyugal si no media el consentimiento expreso del cónyuge inocente.

En cuanto a la estructura del derecho sucesorio, la ley de 3 de enero de 1972 no la ha reformado de manera apreciable. Algunos autores opinan que los reformadores se han interesado, especialmente por los aspectos contenciosos del tema, pero sin llegar a estudiar seriamente el problema de las sucesiones. "Afirmar el principio de igualdad el principio de igualdad de filiaciones, en palabras de DAGOT-SPI-TERI, sin sacar las consecuencias pertinentes en el plano sucesorio no sería de hecho más que dar un sablazo en el agua; es evidente que uno de los aspectos fundamentales relacionados con el principio de igualdad de las filiaciones, es, indudablemente, el aspecto sucesorio". La reforma en esta materia sucesoria, al entender del propio autor hubiera sido mejor dejarla aparte. Pero si se ha elaborado ha sido pura consecuencia con el principio de igualdad que se proclama.

Más preocupación ha habido en lo referente a las implicaciones del derecho sucesorio con el orden público. En este, como en otros aspectos de la filiación, la jurisprudencia era muy matizada. Los derechos hereditarios de los hijos naturales habían sido declarados, en otro tiempo, contrarios al orden público, en la medida en que excedían los límites de la ley francesa. Recientemente los legisladores franceses habían dado pruebas de mayor flexibilidad. Lo que no implica que

los derechos sucesorios de los hijos adulterinos, no fueran susceptibles de surtir efectos en Francia.

Por lo que respecta a los hijos ilegítimos naturales (simples) vemos encontrar la divergencia entre los que pudiéramos llamar leyes liberales y restrictivas.

Las leyes liberales, que admiten la igualdad de los derechos sucesorios de los hijos legítimos y naturales, no parecen ser contrarios al orden público. Desde este punto de vista, todas las vasilaciones existentes en el derecho anterior han sido superados. En cuanto a las leyes restrictivas, la respuesta es más matizada: el orden público puede acomodarse a las leyes extranjeras menos favorables al hijo ilegítimo que la ley francesa, pero no podrá tolerar que todo derecho sucesorio le sea contrario.

En lo referente a los hijos adulterinos, la barrera del orden público ha retrocedido al empuje de las leyes liberales. Es cierto que las leyes extranjeras que reconocen derechos sucesorios a los hijos adulterinos no son rechazados por principio en Francia, pero una ley que les concediera unos derechos iguales a los hijos legítimos sin prever algún tipo de protección a favor de éstos o del cónyuge burlado, continúa pareciendo contraria al orden público.

Para las leyes restrictivas, por el contrario, subsiste el obstáculo del orden público. Una vez más de puede plantear el interrogante de si la negación de todo derecho sucesorio a un hijo adulterino no será

contraria al orden público.

Al menos se considera que, en todo caso, se deberían conceder un mínimo de derechos que bastaran para subvenir a sus necesidades básicas. (7)

Anteriormente a la ley que hemos comentado, la legislación francesa vedaba casi la totalidad de los derechos sucesorios que actualmente les confiere; excluía del derecho sucesorio a los hijos adulterinos e incestuosos; prohibía el reconocimiento a su favor en su artículo 335 y en virtud del artículo 342 se vedaba la indagación de la paternidad y maternidad adulterina e incestuosa.

Sin embargo, cuando el hijo era fruto del adulterio de la madre y el esposo lo desconoce, queda establecida su filiación adulterina sin necesidad de un reconocimiento por parte de la madre.

El artículo 762 de la ley de 1915 concede a estos hijos el derecho de alimentos. Esta disposición juega, según Ripert, en los casos de desconocimiento de paternidad por el marido, nulidad de matrimonio por incesto y bigamia, y compromiso tácito contraído por el hecho de haber subvenido por algún tiempo a las necesidades del hijo.

La base de todo esto la encontramos inclusive aún en la Constitución francesa de 1946 que no se embarcó en la corriente de equiparación de todos los hijos. En su preámbulo garantiza a la familia las con-

(7) Oltra Moltó, Enrique. Ob. Cit. - Págs. 307 y 317.

diciones necesarias para su desarrollo y a todos —particularmente a la madre, el niño y el anciano— la protección de la salud, la seguridad material, el reposo y comodidades. De estas declaraciones nada se desprende en especial resguardo de los hijos ilegítimos.

Ante esa situación, la comisión reformadora del Código Civil proyectó modificar la ley a efectos de permitir que la filiación adulta e incestuosa pudiera establecerse, sea por reconocimiento, sea por vía judicial, al solo efecto de conferir alimentos, ideales que se vieron cristalizados con la ley de 1972. (8)

(8) A. M. Terán Lomas, Roberto. - Los hijos extramatrimoniales. - Ed. Argentina. - Buenos Aires, 1954. - Págs. 16 a 18.

4. - LA FILIACION ILEGITIMA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el Derecho español contemporaneo, como en casi todos los Países del mundo, constituida la familia sobre la base del matrimonio, se establecen distintas clases de filiación, distinguiendo, de una parte, la legítima rodeada de la plenitud de derechos que tal condición le atribuye; y de otra, la mal llamada ilegítima por el derecho español, asignada a los hijos procreados fuera de matrimonio.

Con referencia a la filiación habida fuera de matrimonio son las convicciones políticas y sociales las que facilitan o dificultan la determinación de la paternidad. Los Tribunales españoles han juzgado, en términos generales, impertinente la investigación biológica de la misma.

Pero, desde las leyes de Toro hasta el Código Civil vigente, ha sido el reconocimiento el medio idóneo para hacer efectiva la condición de hijo natural.

La doctrina distingue dentro del esquema general del Código Civil español:

1) La filiación llamada ilegítima, dentro de la cual la doctrina tradicional española ha distinguido, siguiendo el esquema legal del Código Civil vigente (secciones primera y segunda, del capítulo IV del Título V del Libro I), dos grandes grupos: de un lado los hijos naturales; de otro aquellos otros hijos ilegítimos en quienes no concurra la

condición de naturales (adulterinos e incestuosos). (9)

El concepto general de los hijos ilegítimos comprende a todos los engendrados por personas no ligadas entre sí por vínculo matrimonial.

Los hijos ilegítimos se clasifican en dos categorías; naturales (cuando los padres, al tiempo de la concepción, podían haberse casado con dispensa o sin ella); y no naturales (si era imposible a los padres la celebración del matrimonio bien por impedimento de parentesco no dispensable, o de matrimonio anterior con otro, o de estado sacerdotal: lo que equivale a las antiguas categorías de hijos incestuosos, adulterinos y sacrílegos. (10)

2) La filiación conocida como legítima, que comprende según CASTAN, a los hijos procreados del matrimonio, es decir a los procedentes de éste. Viéndose obligado el legislador a fijar el momento de la concepción y la paternidad por un sistema de presunciones, que es el de los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los 300 siguientes a la disolución del matrimonio; a estos los considera legítimos.

(9) Oltra Moltó, Enrique. Ob. Cit. - Págs. 56, 67, 68 y 69.

(10) A. M. Terán, Roberto. Ob. Cit. - Pág. 19.

El Código Civil español actual, en su artículo 139 ha prescindido con humano acierto de las diversas clasificaciones que conociera el Derecho histórico español, siendo notable en forma especial, la desaparición de la que distinguía, dentro de la ilegitimidad stricto sensu (no natural) la filiación adulterina de la incestuosa y sacrílega y denomina a estas categorías "hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales". El precepto antes citado dice textualmente: "los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos conforme al artículo 143". (1)

Para comprender en general el régimen de la filiación ilegítima en el Código Civil conviene referirnos, aunque someramente, el concepto de "hijo natural". El artículo 119 define como hijos naturales diciendo "son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella". Tres características fundamentales se apuntan, distinguiéndose el concepto actual del antiguo: en primer lugar, la posibilidad de los padres de contraer matrimonio se exige únicamente en el momento de la concepción, en vez de referirla alternativamente a los dos momentos, de la concepción y del nacimiento, como hacía -

(1) Código Civil español de 1888 y publicado en 1889. - Ed. Oficial. - Ministerio de Justicia, Madrid, 1972.

la ley II del Toro.

En segundo lugar, suprime la exigencia de que la libertad de casarse de los progenitores se entendiera sólo en los casos en que pudieran hacerlo sin dispensa. Y finalmente, admite en forma implícita dos clases de hijos naturales: los que podrían denominarse verdaderos (los definidos en el artículo 119), y los presuntos, considerados por el artículo 130, que dispone: "En el caso de hacerse el reconocimiento por uno solo de los padres, se presumirá que el hijo es natural, si el que lo reconoce tenía capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción". Expresa JUAN MASIA BLANQUER: "Creemos que al admitir el Código el reconocimiento hecho por uno solo de los padres, hace posible que sean reconocidos como naturales hijos que no tengan esa condición, siempre que el que reconozca tuviera capacidad para casarse al tiempo de la concepción del hijo". Pero, expresa el mismo autor, este reconocimiento unilateral es presunto y provisional, ya que es impugnable cuando el hijo no reúna las condiciones por el Código (artículo 119), para tener la consideración de hijo natural. Todo ello de acuerdo al artículo 138.

Corresponde la acción de impugnación, según el artículo 138 del Código español a los hijos, a los mismos padres --si justifican un vicio del consentimiento-- y a los herederos testamentarios y legítimos. El precepto antes citado establece: "El reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo segundo del

artículo 119, o en el cual se haya faltado a las prescripciones de esta - sección, podrá ser impugnado por aquellos a quienes perjudique".

Pese a que esta presunción a favor del hijo es JURIS TANTUM, - el citado artículo 130 revela una orientación hacia la filiación disyunti - va.

El concepto de hijos ilegítimos no naturales, comprende a las - antiguas categorías de adulterinos, sacrílegos y nefarios (incestuosos nacidos de parientes en grado no dispensable); integran el concepto de los naturales, los incestuosos no nefarios (nacidos de parientes en gra - do dispensable), y además los mánceres (habidos con prostituta, siem - pre que tanto el padre como ella fueren solteros).

El Código Civil otorga a los hijos ilegítimos no naturales, el - derecho de exigir alimentos a sus padres, pero este derecho puede ejer - cerse solamente en los siguientes casos:

1. - Si la paternidad o maternidad se infiere de un proceso cri - minal o civil;

2. - Si la paternidad o maternidad resulta de un documento - - indubitado del padre o la madre en que expresamente se reconozca la filiación;

3. - Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplida - - mente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Fuera de los casos citados, no se admiten demandas que tengan

por objeto, directa o indirectamente, investigar la paternidad o maternidad.

Según A. M. Terán, la Constitución Republicana Española de 1931 en su artículo 25 estableció que la filiación no podrá ser fundamento de privilegio jurídico. El artículo 43 consagró la obligación de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos, correspondiendo subsidiariamente este deber al Estado. Dispuso además este artículo que "los padres tienen para con los hijos fuera de matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos de él". Encomendó la regulación de la investigación de la paternidad a las leyes civiles, y estableció que en los certificados de nacimiento constaran el nombre de soltera de la madre y el nombre del padre sin dejar espacio para indicar si están o no casados. Caído el régimen republicano, rige hoy el sistema del Código Civil, promulgado por Alfonso XIII el 6 de octubre de 1888 y publicado en la Gaceta de Madrid el 24 de julio del año siguiente. (12)

(12) A. M. Terán, Roberto. - Ob. Cit. - Págs. 19 a 21

por objeto, directa o indirectamente, investigar la paternidad o maternidad.

Según A. M. Terán, la Constitución Republicana Española de 1931 en su artículo 25 estableció que la filiación no podrá ser fundamento de privilegio jurídico. El artículo 43 consagró la obligación de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos, correspondiendo subsidiariamente este deber al Estado. Dispuso además este artículo que "los padres tienen para con los hijos fuera de matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos de él". Encomendó la regulación de la investigación de la paternidad a las leyes civiles, y estableció que en los certificados de nacimiento constaran el nombre de soltera de la madre y el nombre del padre sin dejar espacio para indicar si están o no casados. Caído el régimen republicano, rige hoy el sistema del Código Civil, promulgado por Alfonso XIII el 6 de octubre de 1888 y publicado en la Gaceta de Madrid el 24 de julio del año siguiente. (12)

(12) A. M. Terán, Roberto. - Ob. Cit. - Págs. 19 a 21

5. - LA FILIACION HABIDA FUERA DE MATRIMONIO EN EL DERECHO GERMANICO Y ANGLOSAJON.

El Derecho Alemán --no solamente a diferencia del Derecho francés, sino también del suizo-- no hace ninguna distinción, en cuanto a la investigación de la paternidad, entre los hijos naturales que pudiéramos llamar normales o simples y los hijos adulterinos e incestuosos.

Según el tratadista Enrique Oltra, en su obra "el hijo ilegítimo no natural" menciona que mientras en Suiza, en este punto como en tantos otros, ocupa una posición intermedia entre el Derecho alemán y los Derechos Latinos, en el sentido de que si la acción ordinaria de declaración de paternidad (con efectos puramente alimenticios) es ejercitable indistintamente por hijos adulterinos o incestuosos como por los naturales simples, en compensación, estos hijos ilegítimos no naturales no pueden reclamar su filiación paternal con efecto de estado, de la misma manera que no pueden ser reconocidos por su padre. Dos reglas que en realidad convergen, puesto que precisamente lo propio del reconocimiento voluntario del Derecho suizo es conferir al niño, como ocurre con la investigación judicial de la paternidad con efecto de estado, una situación de estado con respecto a su progenitor.

Sigue escribiendo el mismo autor manifestando que el Código Civil, por su lado, al regular la filiación ilegítima en un principio partía de una distinción radical.

La maternidad se estima acreditada por el hecho del nacimiento, atribuyendo al hijo frente a su madre los mismos derechos que si fuera legítimo. Sin embargo, ésta sólo tenía la guarda de su hijo habido fuera de matrimonio, sujeto a la tutela de una autoridad especial, el JUGENDAMT. Con respecto al padre, se establece que éste y su hijo no tenían el carácter de parientes.

La ley de 19 de mayo de 1969 modificó el Código Civil alemán; se reconoce al hijo respecto del padre derechos equivalentes, aunque no completamente iguales, especialmente en el aspecto sucesorio, a los del hijo legítimo. Sin embargo, el padre continúa totalmente apartado de la función de educar y representar al hijo que prosigue bajo el cuidado de la madre. Esta, con esta reforma queda liberada de la tutela del JUGENDAMT que sólo interviene como curador en ciertos casos concretos, pudiendo obtener en algunos supuestos la desaparición de la curatela.

En cuanto a la investigación de la paternidad, el Código Civil alemán vigente contiene a este respecto una importante disposición consistente en establecer una presunción legal de paternidad: todo hombre que haya cohabitado con la madre durante el período legal de la concepción, resulta por éste hecho, presunto padre del niño. Desde que se reconoce la cohabitación, en cualquier momento del período legal, empiezan a surtir efectos las consecuencias jurídicas de la presunción. ⁽¹³⁾

(13) Es similar al establecido por nuestro Código Civil vigente en el D. F., en su artículo 382, fracción III.

La forma de impugnar esta presunción que, como se advierte es relativa, puede ser planteada en dos formas o planos que analizaremos sucesivamente.

La presunción de paternidad puede, por una parte ser combatida y eventualmente eliminada (como en materia de filiación legítima), por la prueba contraria de la "imposibilidad manifiesta" de la paternidad, - más exactamente, de la imposibilidad de que el hijo haya sido concebido de la cohabitación alegada. Tal imposibilidad generativa puede ser - determinada de la misma manera que tratándose de la filiación legítima, es decir, bien por la prueba de una IMPOTENTIA GENERRANDI, bien por los procedimientos científicos y técnicos modernos.

Por otra parte, junto a estos medios de impugnar, y anular la - presunción, la ley prevee la posibilidad, si no de refutar la presunción, al menos de "neutralizarla" de algún modo, por la prueba obtenida de - un comercio de la madre con varios hombres durante el período legal - de la concepción.

La referida reforma de 19 de agosto de 1969 abre la posibilidad de requerir sin sujeción a plazo la declaración judicial de la paternidad. El criterio en cuanto a la determinación de la maternidad no ha variado, es decir, el fundamento de tal pretensión sigue apoyándose en el - hecho de la concepción del hijo; pero se especifica que la presunción a que hemos hecho referencia no entra en juego si, examinadas todas las

circunstancias del caso, subsiste una duda importante sobre la paternidad del hijo. (14)

(14) Oltra Moltó, Enrique. Ob. Cit. - Págs. 331 y 332.

5.1) EL RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ALEMÁN.

El reconocimiento de la paternidad en el Código Civil Alemán sólo tiene una significación bien limitada, ya que ni crea ni prueba ningún vínculo de filiación. Sus efectos se deducen claramente del texto: "Todo el que, después del nacimiento del hijo, reconozca su paternidad en escritura pública, no podrá prevalerse de la circunstancia de que otro haya cohabitado con la madre durante el período legal de la concepción". Así pues, en principio el reconocimiento no tiene más valor que el de excluir la EXCEPTIO PLURIUM, aunque la doctrina considera que este acto equivale, si la cohabitación durante el período legal ha sido ya demostrado a una confesión formal de paternidad, puesto que, en tal caso, la presunción de paternidad resultante de esta cohabitación se encuentra, precisamente por el reconocimiento, al abrigo de toda EXCEPTIO PLURIUM.

En la práctica, el reconocimiento va siempre acompañado (generalmente en el mismo documento) de un compromiso de prestación de alimentos, lo cual demuestra hasta que punto es infundada la idea de que el Derecho Alemán no conoce sino la constatación necesariamente judicial y contenciosa de la paternidad natural.

Por otra parte, el hijo ilegítimo lleva el nombre de la familia de la madre a la fecha del nacimiento. El marido de la madre o el padre del hijo pueden conferirle su apellido por declaración hecha

ante el oficial del estado civil, contando con el consentimiento del hijo y su madre.

5.2) EL DERECHO DEL HIJO NATURAL A LOS ALIMENTOS EN ALEMANIA.

A diferencia de los Derechos latinos, como anteriormente hemos señalado, al padre natural, en virtud de la crítica disposición del Código Civil Alemán, no se le reconocía ninguna clase de parentesco con su hijo.

La doctrina ha reconocido que esta negación de parentesco no debía tomarse al pie de la letra ni expresaba fielmente la intención de los redactores del Código Civil. Con esta fórmula se pretendía, simplemente, expresar que el parentesco natural entre el padre no debía producir los mismos efectos que entre el padre y los hijos legítimos. Más que el evidente vínculo de sangre, lo que se quería era excluir -- mediante la ficción de no parentesco un cierto número de efectos legales, y subrayar el carácter esencialmente pecuniario de tal relación. Tal ambigüedad ha desaparecido en el texto con la última reforma.

El derecho del hijo natural a los alimentos no presenta ningún carácter particular ni en el derecho alemán ni en el suizo, en los cuales, tanto por lo que respecta a la madre como a todos los parientes maternos, el hijo natural está equiparado al legítimo. Pero la situación es diferente en cuanto a las relaciones del hijo con su padre.

La prestación de alimentos, que tiene el Derecho Alemán un significado lato, corresponde en primer lugar al padre, y sólo subsidiaria o provisionalmente a la madre o a los ascendientes maternos. Todo lo

que la madre o sus ascendientes aparten pecuniariamente para la manutención del hijo se considera como un adelanto que el padre deberá reintegrar, previa subrogación legal de la madre o de los ascendientes maternos en los derechos del hijo.

Con esto, y con la concesión a los hijos naturales de derechos sucesorios casi equiparables a los de los hijos legítimos, se ha querido dar efectividad jurídica a la norma establecida en la Constitución de Bonn, según la cual el legislador debía asegurar a los hijos naturales para su desarrollo físico y moral y para su situación en la sociedad los mismos derechos y condiciones reservados a los hijos legítimos. (15)

Un rasgo particular de la legislación es que la obligación alimenticia es independiente de las necesidades reales del niño. Incluso si resulta que el hijo dispone de recursos propios suficientes para subvenir sus necesidades, no por eso dejará de tener derecho a la pensión alimenticia del padre. Por otro lado, hasta 1969 la pensión alimenticia se calculaba únicamente en función de la fortuna, la condición social y el modo de vida de la madre, sin tomar en consideración la situación del padre.

De este modo ocurría que el hijo cuya madre fuera de modesta condición dispondría de una pensión relativamente baja, aunque el padre gozara de una considerable fortuna.

Con la nueva reforma, se toma en consideración el estado social

(15) Oltra Moltó, Enrique, Ob. Cit. - Pág. 332.

que la madre o sus ascendientes aparten pecuniariamente para la manutención del hijo se considera como un adelanto que el padre deberá reintegrar, previa subrogación legal de la madre o de los ascendientes maternos en los derechos del hijo.

Con esto, y con la concesión a los hijos naturales de derechos sucesorios casi equiparables a los de los hijos legítimos, se ha querido dar efectividad jurídica a la norma establecida en la Constitución de Bonn, según la cual el legislador debía asegurar a los hijos naturales para su desarrollo físico y moral y para su situación en la sociedad los mismos derechos y condiciones reservados a los hijos legítimos. (15)

Un rasgo particular de la legislación es que la obligación alimenticia es independiente de las necesidades reales del niño. Incluso si resulta que el hijo dispone de recursos propios suficientes para subvenir sus necesidades, no por eso dejará de tener derecho a la pensión alimenticia del padre. Por otro lado, hasta 1969 la pensión alimenticia se calculaba únicamente en función de la fortuna, la condición social y el modo de vida de la madre, sin tomar en consideración la situación del padre.

De este modo ocurría que el hijo cuya madre fuera de modesta condición dispondría de una pensión relativamente baja, aunque el padre gozara de una considerable fortuna.

Con la nueva reforma, se toma en consideración el estado social

(15) Oltra Moltó, Enrique, Ob. Cit. - Pág. 332.

y económico del padre en el momento de evaluar la pensión alimenticia.

5.3) DERECHO ANGLOSAJON.

La condición de los hijos ilegítimos (BASTARD) en el Derecho anglosajón ha sido una de las más discriminatorias y duras de todo Occidente.

En derecho inglés, un hijo natural era tenido en principio como un NULLIUS FILIUS, incluso respecto de la madre, de tal modo que no podía heredar de sus progenitores ni llevar su nombre. La legitimación sólo era posible mediante decreto especial votado en el Parlamento, es decir prácticamente inalcanzable.

La LEGITIMARY ACT de 1926 vino a aplicar en cierta y dudosa medida esta situación al acordar al hijo natural un derecho de sucesión AB-INTESTATO sobre los bienes de la madre, pero sólo a condición de que ésta no hubiera dejado descendientes legítimos. En realidad, la posición de los hijos ilegítimos seguía siendo poco envidiable; sólo podía recibir la prestación alimenticia de la madre, y no más allá de los dieciséis años; si la madre se casaba con un hombre que no fuera padre del niño, el marido estaba obligado a mantenerlo como si fuera miembro de la familia, pero tal obligación, extensible a los hijos adulterinos, se extinguía a la muerte de la madre o cuando el niño hubiera cumplido los dieciséis años; el hijo ilegítimo no podía, por sí mismo, exigir ninguna prestación al padre.

La legitimación de un hijo natural no fue, por otro lado, admitida en el Derecho Inglés hasta 1926. LA LEGITIMARY ACT, de la fecha -- indicada, introdujo la legitimación por subsiguiente matrimonio, al -- ejemplo de casi todas las legitimaciones que excluían por entonces la -- legitimación de los hijos adulterinos e incestuosos. Como consecuencia de la severa incapacidad y grave estigma que suponía la condición de -- hijo ilegítimo, la presunción de legitimidad de los nacidos dentro del -- matrimonio tenía una gran fuerza aunque no queda excluído el derecho a impugnarla, no solamente por el marido de la madre sino por cual- -- quier persona que pudiera tener interés en la acción. La misma regla -- ha sido aceptada por lo general en Estados Unidos de Norteamérica.

En Luisiana, EE. UU., el derecho de impugnar la legitimidad de un hijo está reservado todavía al marido de la madre, y en otros cinco Estados (California, Montana, Oklahoma y los dos Dakotas) sólo tiene este derecho el padre y la madre y sus respectivos descendientes.

Actualmente, con las nuevas disposiciones que tratan de mejorar considerablemente la condición de los hijos ilegítimos, se ha facilitado la impugnación de la legitimidad; basta para ello una duda razonable, a la que se puede llegar con auxilio de las pruebas biológicas, concreta -- mente la de los grupos sanguíneos. En los Estados Unidos de Nordea -- mérica existe gran variedad de legislaciones, y por tanto, de solucio -- nes jurídicas al respecto.

En muchos puntos el Derecho escrito mejoró la situación de los --

hijos habidos fuera de matrimonio, concretamente obligando al padre a contribuir a su sostenimiento, y otorgándoles el derecho a suceder a la madre, y, en algunos Estados, al padre, si éste había reconocido al hijo o no tenía herederos legítimos.

La mayoría de las legislaciones consideran que el padre debe responsabilizarse del mantenimiento de sus hijos, cualquiera que fuera su procedencia, y a tales efectos, los Tribunales aprecian libremente las pruebas de paternidad.

La legitimación también contribuye apreciablemente a mejorar la condición de los hijos en los casos en que puede aplicarse. Para ello se requiere el consentimiento de la madre y de la esposa, cuando es cuestión de hijos habidos en relaciones adulterinas, sólo la legitimación da derecho a usar el apellido paterno. En la mayoría de los Estados los hijos ilegítimos pueden ser legitimados mediante el simple acto de reconocimiento del padre, y algunos admiten la legitimación por declaración judicial.

Por último cabe hacer notar que los derechos sucesorios han merecido un tratamiento especial - por lo que a los hijos ilegítimos se refiere - en la FAMILY LAW REFORM ACT. de 1969, conteniendo en cierto modo, la tendencia impuesta en 1948, cuando se exigió legalmente a los padres la obligación de subvenir a la necesidades de los hijos ilegítimos.

La nueva ley también concede a los hijos ilegítimos los mismos derechos a la herencia de los padres (no a la de los ascendientes) - - que antes sólo estaban reservados a los legítimos.

6. - LA FILIACION HABIDA FUERA DE MATRIMONIO EN LOS PAISES SOCIALISTAS Y EN EL DERECHO HISPANOAMERICANO.

Por regular en forma similar los países socialistas e hispanoamericanos al tema que es motivo de nuestro estudio, los analizaremos conjuntamente.

Las legislaciones hispanoamericanas y socialistas ofrecen respecto a la filiación i legítima una variedad de matices y soluciones jurídicas que sobrepasan, si cabe, la diversidad de las legislaciones Europeas.

Existe un principio general adoptado por algunas legislaciones sobre la condición de los hijos ilegítimos, y así vemos como se ha llegado en determinados casos (Hungría, Polonia, Yugoslavia, nuestro Derecho mexicano, Argentina, Venezuela, Costa Rica, etc.), a concederles un verdadero estado de filiación, equiparando formalmente a los hijos habidos fuera de matrimonio con los habidos dentro de él, por medio de la concesión a todos ellos de los mismos derechos en cuanto a alimentos, herencia y apellidos.

En otros casos, siguiendo las modernas tendencias en esta materia, se ha llegado a suprimir el concepto mismo de "HIJO ILEGITIMO" en la terminología jurídica, aunque ello no haya pasado todavía del nivel normativo constitucional, tal cosa ocurre con las Constituciones de Bolivia, Guatemala, Panamá, El Salvador, Nicaragua, Cu-

ba, Unión Soviética, China Comunista, etc. (16)

En otras Constituciones como las de Uruguay, Albania y Rumania, no se habla de equiparación pero se acepta el principio de que los padres tienen las mismas obligaciones para con los llamados hijos -- MATRIMONIALES Y EXTRAMATRIMONIALES.

Caso aparte es el de Chile. El Código Civil de este País era uno de los más rigurosos por lo que a la situación de los hijos ilegítimos se refiere. El artículo 270 prohibía el reconocimiento de los hijos -- que hubieran sido "fruto de un comercio criminal". (17)

La ley 5750 de dos de diciembre de 1935 derogó esta disposición, admitiendo la investigación de la paternidad sin restricciones, pero -- sin aceptar la legitimación por RESCRIPTUM PRINCIPIS ni por matrimonio putativo. Luego de la reforma introducida por la ley citada, el artículo 270 del Código quedó redactado en la siguiente forma: "Los -- hijos nacidos fuera de matrimonio, podrán ser reconocidos por sus -- padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad de hijos naturales respecto del padre o la madre que los haya reconocido. (18)

La reforma del Código Civil por la ley número 10,271, de 2 de abril de 1952, sin prescindir del concepto de hijo ilegítimo, ha logra-

(16) Oltra Moltó, Enrique. Ob. Cit. - Págs. 340 y 342.

(17) Oltra Moltó, Enrique. Ob. Cit. - Pág. 342.

(18) A. M. Terán Lomas, Roberto. Ob. Cit. - Pág. 29 y 30.

do transformar en sentido favorable los supuestos peyorativos que tal concepto llevaba implícitos. (19)

En orden a la investigación de la paternidad, los sistemas jurídicos más progresistas han adoptado la fórmula que autoriza el establecimiento de la paternidad por declaración judicial, combinándola con el reconocimiento voluntario.

Al respecto, nuestra legislación mexicana admite la investigación judicial, pero sometiéndola a las siguientes condiciones: 1) Cuando haya existido rapto, estupro o violación siempre que la época en que se produjo el delito hubiera coincidido con el período de la concepción; 2) Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado; 3) Cuando haya sido concebido durante la vida marital; 4) Cuando tenga un principio de prueba a su favor (artículo 382 del Código Civil).

El Código Civil argentino de 1869, aun siendo de los más liberales del área Iberoamericana, ha conservado hasta hace muy poco la distinción entre los hijos naturales simples e hijos adulterinos e incestuosos. Estos últimos no podían ser reconocidos (a menos que el acta de reconocimiento no mencionara su condición) ni legitimados; la investigación de la paternidad no les favorecía más que en el sentido de permitirles reclamar la pensión alimenticia (artículo 340 y 343). Sin embargo, la jurisprudencia llegó a admitir la legitimación de los

(19) De la Maza y Lerrain: Reformas introducidas al Código Civil por la ley número 10,271, Santiago de Chile, 1953. - Pág. 108.

hijos naturales por subsiguiente matrimonio, incluso en el caso que no hubieran sido reconocidos, siendo suficiente que gozaran de la posesión de estado de hijo natural. (20)

También en otros aspectos la legislación argentina había superado los rigores de su viejo modelo francés. La investigación de la paternidad partía de bases más amplias que las del antiguo artículo 340 del Código Napoleónico. El artículo 325 del Código argentino decía así: -- "Los hijos naturales pueden ejercitar la acción para pedir que sean reconocidos por el padre o la madre o quien el Juez considere como tales, cuando los progenitores nieguen que ellos son sus hijos, y se admitirán en la investigación de la paternidad o maternidad todas las pruebas que sean admisibles para probar los hechos, y que contribuyan a demostrar la filiación natural.

Si los hijos no tienen la posesión de estado, este derecho no podrá ser ejercido por ellos sino durante la vida de los progenitores.

La frase final trataba de prevenir los procesos abusivos posteriores al fallecimiento del interesado principal, que es siempre el padre. Pero aun con esta limitación, la norma del artículo 325 era una de las más liberales existentes en el Derecho Moderno.

El Código Venezolano de 1942 admite que "el hijo tiene acción para reclamar judicialmente ser reconocido por sus padres o por --

(20) Oltra Moltó, Enrique. Ob. Cit. - Pág. 342 y 343.

cualquiera de los dos" (art. 218), sin establecer distinción entre los diferentes tipos de filiación, pero haciendo excepción del caso en que la madre hubiera mantenido relaciones íntimas con un individuo que no fuera el padre o que ella misma fuera conocida por su mala conducta, o que en el momento de la concepción el padre hubiera estado legalmente impedido para contraer matrimonio (arts. 219 y 220). La legitimación PER SUBSEQUENS, no puede tener lugar si, en el período de la concepción, el padre o la madre estaban casados con otra persona que no fuera el progenitor (art. 227-2), pero, contrariamente a lo que sucede en el Derecho Chileno o Colombiano, el Código de Venezuela acepta la legitimación hecha por la decisión del Tribunal Supremo de uno de los Estados o de los Distritos Federales del País (arts. 23 y 245).

La mencionada ley chilena de 2 de abril de 1952, al modificar el artículo 218 del Código Civil, establece que son hijos naturales "aquellos que hubieran obtenido el reconocimiento de la paternidad y maternidad natural por sentencia judicial. La acción del presunto hijo a que se refiere este número deberá fundarse en instrumento público o privado, emanado del supuesto padre o madre, del cual se una confesión manifiesta de paternidad o maternidad.

El referido instrumento deberá acompañarse a la demanda, y sin este requisito no se dará curso a ésta. Con ello queda expresamente establecida la investigación de la paternidad y maternidad, sin más limitaciones que las puramente formales referidas al modo de iniciar la

acción.

Colombia también ha modernizado su Derecho de Familia mediante la Ley de Paternidad Responsable (30 de diciembre de 1968). El propósito reconocido de la nueva normativa es facilitar el procedimiento de búsqueda de la paternidad y maternidad natural, definir y asegurar la responsabilidad y obligaciones de los progenitores y hacer imperceptibles, en la medida de lo posible, las diferencias jurídicas y sociales entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales.

La investigación de la paternidad queda ampliamente reconocida; pero condicionada a circunstancias que la ley enumera con todo detalle.

1. - Cuando haya existido raptó o violación, siempre que el momento del hecho haya coincidido con el período de la concepción.

2. - Cuando existe carta u otro documento fehaciente del padre en el que se contenga una confesión inequívoca de paternidad.

3. - Cuando haya mediado seducción y ésta se haya realizado mediante hechos constitutivos de dolo, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.

4. - Cuando entre el presunto padre y la madre hubieran existido relaciones sexuales en la época en que pudo tener lugar la concepción. Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre el presunto padre y la madre.

5. - Cuando el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parte, demostrado con hechos fide--

dignos, fuese por sus características ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicable en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso del artículo anterior referentes a la imposibilidad de acceso.

6.- Cuando se acredite notoriamente la posesión de estado de hijo.

Otra interesante innovación de carácter procesal consiste en establecer que el procedimiento, en su face sumarial, deberá ser presentada como primera providencia ante el Juez de menores quedando a salvo el derecho de las partes para plantear el correspondiente juicio ante la jurisdicción ordinaria.

Las legislaciones de los países del área socialista han sancionado, por lo general, la igualdad de todos los hijos ante la Ley, a la par que admiten la libre investigación de la paternidad combinando, con muy diversas modalidades según los países, la declaración judicial y el reconocimiento voluntario. Tal caso se desprende de las disposiciones vigentes en una serie de Estados: En Yugoslavia las leyes de 26 de noviembre y seis de diciembre de 1947; en Checoslovaquia la ley de siete de diciembre de 1949 y el Código de Familia del mismo mes de 1963; en Polonia la ley de veintidós de enero de 1946 y el Código de veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro; en Rumanía, la ley de veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres y revisada por la de veintinueve de marzo de mil novecientos cincuenta y seis y el Código de Familia de mil novecientos cincuenta y cuatro; en -

dignos, fuese por sus características ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicable en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso del artículo anterior referentes a la imposibilidad de acceso.

6.- Cuando se acredite notoriamente la posesión de estado de hijo.

Otra interesante innovación de carácter procesal consiste en establecer que el procedimiento, en su face sumarial, deberá ser presentada como primera providencia ante el Juez de menores quedando a salvo el derecho de las partes para plantear el correspondiente juicio ante la jurisdicción ordinaria.

Las legislaciones de los países del área socialista han sancionado, por lo general, la igualdad de todos los hijos ante la Ley, a la par que admiten la libre investigación de la paternidad combinando, con muy diversas modalidades según los países, la declaración judicial y el reconocimiento voluntario. Tal caso se desprende de las disposiciones vigentes en una serie de Estados: En Yugoslavia las leyes de 26 de noviembre y seis de diciembre de 1947; en Checoslovaquia la ley de siete de diciembre de 1949 y el Código de Familia del mismo mes de 1963; en Polonia la ley de veintidós de enero de 1946 y el Código de veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro; en Rumanía, la ley de veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres y revisada por la de veintinueve de marzo de mil novecientos cincuenta y seis y el Código de Familia de mil novecientos cincuenta y cuatro; en

Bulgaria la ley de ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco; en la República Democrática Alemana, la ley de seis de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco.

Digna mención es la línea adoptada por Hungría en la citada ley de mil novecientos sesenta y dos. El artículo 38 establece que la declaración de paternidad podrá ser requerida por la vía judicial en base a la existencia de cualquiera de las tres situaciones de hecho definidas por la ley;

1. - Cuando el supuesto padre sujeto de la demanda hubiera cohabitado con la madre durante el período de la Concepción, en tiempo suficiente para suponer un concubinato.

2. - Cuando las relaciones sexuales con la madre hayan sido estables y duraderos y haya intervenido un solo hombre. En el primer caso sólo debe probarse la cohabitación. En el segundo caso que las relaciones sexuales hayan sido prolongadas.

En la misma ley se admiten como prueba la de la sangre y la antropológica, pero se consideran como pruebas definitivas el análisis sanguíneo negativo, la agenesia o esterilidad del presunto padre. El embarazo anterior de la madre y el grado de madurez fisiológica del hijo en el momento del nacimiento. No se acepta como prueba, sino muy especiales circunstancias, la incapacidad física del presunto padre, ni la mala conducta de la madre. Al hijo declarado judicialmen

te se le equipara a todos los efectos con los hijos legítimos.

La legislación soviética merece consideración aparte. Los Códigos de Familia anteriores a la reforma de 1944 regulaba la filiación natural por las disposiciones siguientes: durante el período del embarazo o después del nacimiento de su hijo, la madre tenía derecho dirigirse al Juez o al funcionario del Registro Civil de su domicilio para declarar el nombre del padre del niño. Esta declaración se notificaba al hombre designado por la madre, el cual podía reclamar en el plazo de un mes. La madre que no hubiera declarado en el Registro Civil el nombre del presunto padre de su hijo, podía interponer igualmente una demanda de instrucción de paternidad en el transcurso de un año.

Estas reglas sobre la investigación de la paternidad fueron derogadas por Decreto del Presidium del Soviet Supremo el 8 de julio de 1944, y confirmado por la ley de 16 de abril de 1945.

El artículo 20 dice así: "Se deroga el Derecho existente de interponer ante los tribunales la demanda de investigación de la paternidad y la reclamación de alimentos para la manutención de un niño nacido de una persona con la cual no existe unión por matrimonio inscrito en el Registro".

De este texto se deduce que el matrimonio voluntario quedaba a salvo, pero el padre de un hijo natural de cualquier clase, es decir, nacido de una unión marital no inscrita, no podía ser obligado a reconocer a su hijo ni a sufragarle los alimentos. En consecuencia, sólo la

madre tenía obligaciones con respecto a los hijos naturales, si bien se dictaron algunas medidas encaminadas a que el Estado se subrogara - en las obligaciones paternas. Pero quedaba claro que en comparación con el Código de 1926 o con las legislaciones de Occidente modernas, el régimen del legislador soviético suponía un paso atrás en cuanto a su dirección anterior, aunque se dejara abierta la posibilidad de la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Las críticas acervas contra tales disposiciones se levanta incluso en la misma U.R.S.S. Fruto, quizá de ellas, ha sido el nuevo Código de leyes sobre el matrimonio y la Familia, de 30 de junio de - - 1969, que sin llegar a eliminar las diferencias jurídicas de las distintas filiaciones, si ha logrado eludir las consecuencias más vejatorias del criterio de mil novecientos cuarenta y cuatro hasta el punto en que permite que la paternidad quede establecida por declaración conjunta - del padre y de la madre, o por sentencia. Esta debe declarar la paternidad cuando el hijo haya sido engendrado mientras los padres vivían en común, si el padre ha educado y mantenido al hijo y, en general, - siempre que presente una prueba que denote el reconocimiento de su paternidad.

Una directiva recientemente impartida por el Tribunal Supremo de la U.R.S.S., indica que si el demandado se obstina en negar la paternidad, no obstante existir indicios que permitan suponerlos, los -- jueces pueden ordenar la prueba de grupos sanguíneos. Por lo demás,

el artículo 50 del Código de 1969 ratifica la igualdad de derechos de todos los hijos, principio vigente desde el decreto de 18 de diciembre de 1917. (21).

(21) Oltra Moltó, Enrique. Op. Cit. - Págs. 341 y SS.

7.- EL TRATAMIENTO DE LA FILIACION HABIDA FUERA DE MATRIMONIO EN LAS DECLARACIONES DE DERECHOS DE LA O. N. U.

Una vez que hemos analizado en forma general la situación jurídica de los hijos habidos fuera de matrimonio a la luz del Derecho comparado de algunas legislaciones, es conveniente hacer alusión a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre Emitida por la Organización de las Naciones Unidas.

El día 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, representativa de las Civilizaciones y los Sistemas Jurídicos y Políticos más dispares votaba la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, sometiendo así a la opinión mundial, según afirman en su preámbulo, un "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren por medios progresivos de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivas, tanto en los pueblos de los Estados miembros, como entre los colocados dentro de su jurisdicción.

El principio que aquí interesa conforme al tema que nos ocupa, quedó plasmado en el párrafo 2o. del artículo 25 de la Declaración: -- "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias --

especiales. Todos los niños nacidos DEL MATRIMONIO O FUERA DEL MATRIMONIO, tienen igual derecho a igual protección social".

También resulta interesante recordar las precisiones que mereció el texto a lo largo de las discusiones en el seno de la comisión redactora. El representante de Yugoslavia propuso la adición de un párrafo concebido en los siguientes términos: "En virtud de los derechos -- proclamados en la presente Declaración, los hijos ilegítimos son iguales a los legítimos y tienen el mismo derecho que ellos a la protección social". Muchos delegados, de acuerdo en cuanto a la base del principio, la objetaban, sin embargo, que la proclamación de la igualdad -- absoluta en cuanto a los derechos civiles entre los hijos legítimos e -- ilegítimos, exigiría cambios en los Códigos de numerosos países. A -- este propósito, el representante de Noruega hizo notar que la igualdad entre los hijos legítimos e ilegítimos no es una consecuencia automáti -- ca de los demás derechos proclamados en la Declaración, sino que -- surgiría eventualmente de un derecho que había que consagrar en aque -- lla asamblea, y que por otra parte el término ilegítimo es impropio -- en Derecho por lo que surgía la inserción del siguiente texto: "Los hi -- jos nacidos fuera del matrimonio tienen los mismos derechos que los hijos nacidos en el matrimonio y gozan de la misma protección so -- cial. (22).

(22) VID VERDOOT: Declaración Universal de los derechos del hombre. Nacimiento y significación. Traducción española. Bilbao, 1969. Pags. 233 y 55.

La comisión rechazó por 18 votos en contra y 9 abstenciones el principio de igualdad jurídica, pero adoptó por 32 votos a favor, 3 en contra y 10 abstenciones la igualdad en materia de protección social.

El párrafo a que estamos haciendo referencia hace primero alusión a la ayuda y asistencia especiales a que tienen derecho la madre y los niños, de acuerdo con lo que ya está previsto de un modo concreto en la mayoría de las legislaciones. El segundo inciso puede entenderse en el sentido de que todos los hijos, de modo absoluto hayan nacido de un matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a gozar de las leyes sociales y no pueden ser excluidos del beneficio de los derechos sociales a causa de su nacimiento.

En cuanto a los derechos civiles, se hace referencia, bien que indirectamente, a los niños nacidos fuera de matrimonio en el artículo 16, párrafo tercero, que trata de la protección a las familias. Dice así "La familia es el elemento natural y elemental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

Teniendo en cuenta los trabajos preparatorios y las deliberaciones de la Comisión, ha de notarse que, tal afirmación, no excluye la protección de las familias que no estén fundadas en matrimonio oficial, como se prevé también respecto a los niños nacidos fuera del matrimonio en el párrafo segundo del artículo 25. Al hacerse consciente de la abstención en el artículo 16, del hecho de si tales familias deben fundar

se o no en un matrimonio oficial, se ha dejado abierta y libre la cuestión de la igualdad civil de todos los hijos.

Dado que estos artículos no se pronuncian sobre el modo de llegar a esta forma de igualdad, conviene remitirse al artículo 22, en donde se reconoce a toda persona el derecho a obtener las seguridades económicas, sociales y culturales indispensables a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. También se habla en este texto del esfuerzo nacional y de la cooperación internacional para la consecución de estos fines, pero con dos cláusulas restrictivas: por una parte, los recursos propios de cada País pueden provocar que estos derechos no se realicen de golpe en la misma medida en todos los Países, o en provecho de los extranjeros de igual modo que en provecho de los ciudadanos; por otra, "La Declaración" entiende respetar la organización interna propia de cada Estado, es decir, que no intenta imponer uno de los sistemas según los cuales o el Estado toma el mismo las disposiciones necesarias para la satisfacción de los derechos económicos, sociales o culturales, o hace tomar e incluso deja tomar dichas medidas por organizaciones privadas.

Sin embargo, el ideal común proclamado por la Declaración no es una simple abstracción sino que implica un deseo, muy concreto, - de fomentar la colaboración entre las naciones" con el fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos del hombre

y a las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, credo, lengua o religión, que la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos.

De ahí que, en cuanto a su obligatoriedad, se puede decir que el reconocimiento internacional de la Carta de los Derechos Humanos por una de las mayores asambleas internacionales habidas hasta hoy y su ratificación, por la gran mayoría de los Estados firmantes, dota a la Declaración de un auténtico carácter de superley Constitucional de los países que la hayan acogido, e incluso, para los que, siendo miembros de la O.N.U. no lo hubieran hecho. A los primeros les obliga el compromiso moral y jurídico de su firma; a los segundos, el de su adhesión al espíritu, que es bandera de la Asamblea de la Unión Mundial de Naciones. (23)

(23) Jiménez Asenjo. - Protección Jurídica-PoliciaI de los Derechos Humanos, en estudio de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas: Tomo III, Pamplona, 1969. - Pág. 293.

La Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, integrada en la Comisión de Derechos Humanos, recibió en 1962 el encargo de realizar un informe sobre la discriminación de que son objeto los hijos nacidos fuera del matrimonio, con datos remitidos por los Gobiernos de setenta y dos países y por sociedades de carácter no oficial, como la Alianza Internacional de Tribunales de Menores, la Federación Internacional de Abogados, la Federación Mundial de Juventudes Femeninas Católicas, etc. El resultado fue un completo "Proyecto de Informe" que habrá de servir de punto de referencia a la futura labor reformadora de cualquier país.

También es digno de mención el proyecto de Convención sobre el Estatuto Jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio, que fue sometido a la aprobación de los Estados miembros del Consejo de Europa. En el preámbulo del proyecto se alude a que numerosos países representados en el Consejo han llevado ya a cabo en sus respectivas legislaciones o se encuentran en avanzado estado de realización las reformas destinadas a mejorar la situación jurídico social de los hijos nacidos fuera del matrimonio; pero teniendo en cuenta que en los diferentes sistemas jurídicos todavía subsisten divergencias de consideración, se estima conveniente establecer un conjunto de normas comunes y mínimas que puedan contribuir a alcanzar aquel deseable objeto y a armonizar el Derecho de los Países integrados en el Consejo, lo cual constituye uno de los fines de la institución.

El proyecto acepta el principio de que todos los hijos ilegítimos pueden ser reconocidos (o su filiación judicialmente establecida), con el fin de que puedan alcanzar un verdadero STATUS FILLI. El artículo 5o. no obstante, admite que, si el ordenamiento de alguno de los futuros Estados signatarios no acepta el establecimiento de la filiación de los hijos adulterinos, la norma nacional no será modificada y, por tanto, el reconocimiento o la declaración judicial de la paternidad no serán posibles mientras el padre continúe "unido por lazos matrimoniales existentes en el momento de la Concepción de ese hijo".

Esta salvedad se introdujo, según queda explicado en el informe que acompañaba al proyecto por que los representantes de los países que no admiten el establecimiento de la paternidad de hijos nacidos de relaciones adulterinas, indicaron que la prohibición obedece al deseo de proteger la familia legítima.

La mayoría de los miembros del comité de expertos no compartían tal argumentación, pero, considerando que, de otro modo, se entorpecería la aprobación del proyecto, introdujeron la salvedad de que se ha hecho mención. Lo cual no fue óbice para que en el artículo 2o. del proyecto se incluya una advertencia a los Estados que pueden hacer uso de aquella salvedad, en el sentido de que debían esforzarse para que en un plazo no superior a cinco años se derogaran las disposiciones discriminatorias.

El artículo 15, según el cual los derechos del hijo nacido fuera del matrimonio a la sucesión del padre o de la madre serán los mismos que si hubiera nacido de matrimonio legítimo, tiene carácter facultativo.

Como una clara derivación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamaba, en la Sesión del 30 de noviembre de 1959, un documento de capital importancia denominado Carta de los Derechos del Niño.

En él se acepta como verdad básica que el niño, para la evolución armoniosa de su personalidad, necesita de amor y comprensión y por ello, debe siempre que circunstancias de fuerza mayor no lo impidan, crecer bajo los cuidados y la responsabilidad de esos progenitores y, salvo en circunstancias excepcionales, no debe ser separado de la madre en sus primeros años de edad.

En consonancia, por este punto de partida, el principio fundamental de la Carta consiste en no reconocer excepción alguna ni distinción o discriminación por cuestión de nacimiento o cualquier otro motivo, apuntando como norma que, "El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración". Estos derechos deberán ser reconocidos a todos los niños, sin ningún tipo de excepción ni diferencias o discriminaciones por motivos de raza, color o sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento en otra condición, ya provenga del propio

niño, o de su familia.

En 1969 tuvieron lugar en Madrid unas jornadas de estudio organizadas por la Comisión Jurídica Internacional del BUREAU INTERNATIONAL CATHOLIQUE DE L'ENFANCE. Asistieron nutridas representaciones de Austria, Bélgica, Francia, Italia y Suiza, habiéndose adoptado como tema principal de estudio "El estatuto Jurídico de la Madre Soltera y de los Hijos Ilegítimos".

Son de especial interés las conclusiones adoptadas por la Asamblea, que, por su importancia transcribimos:

1. - Se considera que todo hijo como niño y antes de cualquier otra condición derivada de su nacimiento, merece los derechos inherentes a su personalidad, que no pueden serle limitados en ningún caso.

2. - No existirá discriminación por razón de nacimiento.

3. - El primero de los derechos que le corresponde por razón de su personalidad, es el del reconocimiento de su propio origen, y a falta de reconocimiento, se estima recomendable la libertad de la investigación de la paternidad.

4. - Se considera también fundamental e inherente a la persona el derecho a un nombre y a una nacionalidad, de acuerdo con lo determinado por las respectivas legislaciones positivas para la filiación legítima.

5. - También se considera fundamental el derecho de alimentos, protección paternal para su desarrollo integral y una educación humana e individual.

6. - Si bien es normal y deseable que todos los derechos establecidos anteriormente estén atribuidos a los padres en el ejercicio pleno de su Patria Potestad, cuando esto no sea posible, las legislaciones positivas deberán arbitrar la fórmula para que los derechos inherentes a la filiación educativa sean, en todo caso, garantizados.

7. - Se estima razonable dar a los derechos patrimoniales, especialmente sucesorios del hijo extramatrimonial, mayor amplitud de la que suelen dar las leyes positivas nacionales las cuales, si bien son consecuencia de los derechos de la personalidad, no son, sin embargo, considerados como fundamentales.

8. - Se considera, no obstante, que tampoco puede olvidarse, al establecer el Derecho positivo de cada Estado, la obligación que el Concilio Vaticano II impone al poder civil de reconocer la verdadera naturaleza del matrimonio y de la familia, protegerla y ayudarla, defender la moral pública y favorecer la prosperidad deoméstica. (24)

(24) Olta Moltó, Enrique. Op. Cit. - Págs. 353 a la 357.

CAPITULO CUARTO

LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO EN NUESTRO DERECHO MEXICANO.

1. - Concepto legal del término en nuestro Derecho Positivo.
2. - Evolución histórica en nuestro Derecho Positivo.
 - 2.1) Código Civil de 1870
 - 2.2) Código Civil de 1884
 - 2.3) Ley sobre Relaciones Familiares de 1917
3. - Código Civil de 1928. Especies de filiación que contempla.
 - 3.1) Hijos habidos de matrimonio
 - 3.2) Hijos habidos fuera de matrimonio
 - a) Hijos adulterinos e incestuosos
 - b) Hijos no reconocidos y reconocidos
 - c) Hijos legitimados
 - 3.3) Hijos adoptivos
 - 3.4) Pruebas de la filiación habida fuera de matrimonio
 - a) Investigación de la Paternidad y Maternidad
 - b) El reconocimiento y sus efectos
 - 3.5) La legitimación. Su evolución hasta nuestra Legislación vigente
 - 3.6) Contenido del estado civil del hijo habido fuera de matrimonio
 - a) Apellidos
 - b) Nacionalidad
 - c) Patria Potestad.

3.7) Derechos de los hijos habidos fuera de matrimonio

- a) Derecho alimentos
- b) Derecho hereditario
- c) Derecho a la Seguridad Social.

LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO EN NUESTRO DERECHO MEXICANO.

I. - CONCEPTO LEGAL DEL TERMINO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

Las relaciones jurídicas derivadas de la paternidad y maternidad son reguladas por el Derecho.

Es la filiación el presupuesto jurídico necesario "la *CONDITIO SINE QUA NON*" para conocer la situación jurídica en que se encuentra una persona como hijo de otra.

En este sentido, la filiación llamada natural, es la manifestación jurídica del hecho biológico de la procreación. De ella deriva el parentesco consanguíneo, punto de referencia para fijar un complejo de relaciones jurídicas con miembros de una familia, que en su estructura sociojurídica es un conjunto de factores, psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc.

Toda persona tiene derecho de conocer su propia filiación, por que ésta necesariamente debe existir.

La filiación materna comunmente puede determinarse, pero esto no sucede respecto la filiación paterna.

Existen pues dos cuestiones íntimamente relacionadas con lo que atañe a la filiación, a saber: El hecho de la procreación y la prueba

En la filiación natural se encuentran comprendidas dos cuestiones: el hecho jurídico de la generación y el acto jurídico de su prueba.

Partiendo de estas ideas, desde el punto de vista jurídico, la filiación es aquella situación especial en que se encuentra una persona dentro del grupo de la familia como hijo de otra.

Ahora bien, el concepto de "filiación", punto de partida del parentesco consanguíneo en línea ascendente y base también del parentesco en la línea colateral, tiene en el Derecho una acepción restringida al vínculo jurídico que existe entre el padre o la madre y su hijo.

En otras palabras, se refiere concretamente al nexo jurídico de la paternidad y maternidad. De la filiación derivan un conjunto de poderes, deberes, cargas, obligaciones y derechos entre los sujetos de esa relación.

En este aspecto, se distingue entre la filiación que surge del proceso natural de la concepción y gestación de la vida humana en el seno de la madre, que transcurre entre el momento de la fecundación del óvulo y el nacimiento y el concepto jurídico de la filiación que es una construcción del Derecho, a través de la cual se nos permite atribuir a los sujetos de la relación así creada, un conjunto de facultades, deberes, prohibiciones, obligaciones, etc.

Si bien la filiación como se ha dicho, tiene como base un hecho de la naturaleza, su estructura lleva implícita consecuencias de orden social que trascienden al interés de los sujetos de esa relación.

Lo anterior explica que las cuestiones relativas al estado civil (estado de familia) sean de orden público.

No obstante que, el Derecho atribuye el ejercicio de las acciones de estado civil a los particulares para establecer la filiación de una persona; la sistemática probatoria que consagra el Código Civil para establecer en forma cierta y segura la filiación, debe ser bien considerada en toda su extensión, puesto que la sentencia que establezca la filiación - - incide directamente sobre su estado civil y produce efectos frente aquellos que no fueron parte en el juicio correspondiente. Estas razones justifican la procedencia de la acción de investigación de la paternidad y la maternidad con el menor número de restricciones posibles dentro de los límites que impidan abuso y que pudiera distorsionar sus fines éticos y sociales. (1)

Si en la filiación existe un interés individual de la persona de cuya filiación se trata, hay también interés público que concurre con el interés individual concretar en determinadas personas (los padres) la posibilidad de exigirles coactivamente el cumplimiento de los deberes, obligaciones y cargas que son a su cargo, en virtud de la filiación.

Si tratáramos de expresar en forma esquemática en que manera la estructura y funcionamiento de la familia se encuentran vinculadas

(1) Revista de la Facultad de Derecho. - Tomo XXVIII. - Mayo-agosto, - 1978, número 110. - U.N.A.M. - La filiación y la paternidad por el - Doctor Ignacio Galindo Garfias. - Págs. 395 a 397.

a la filiación, podríamos decir que la institución de la familia descansa en el orden jurídico de el matrimonio (o el concubinato), la filiación y en la patria potestad.

En tanto estos tres factores socio-jurídicos se desarrollan en cada grupo familiar y en manera coordinada, la familia adquiere estabilidad y solidez, y cumple en forma adecuada la función social que le corresponde: la ayuda inmediata y recíproca entre sus miembros.

Leclercq, a este respecto se expresa así: "la familia es una institución natural; nace espontáneamente donde quiera que haya hombres, no espera para aparecer a que el Estado le asigne un estatuto jurídico. En la mayoría de las sociedades la familia existe sin intervención del Estado y se rige por costumbres tradicionales. Sin embargo, la unión de los sexos y la procreación pueden darse en condiciones contrarias a las exigencias de la naturaleza humana. De allí la distinción entre el matrimonio, unión legítima conforme a las exigencias de la naturaleza y la unión ilegítima.

Viviendo el hombre en una sociedad, la distinción entre el matrimonio, base de la familia y la unión ilegítima requiere la intervención de la sociedad.

Esta intervención de la colectividad, no crea sin embargo el matrimonio ni la familia; se limita a reconocerlos. La familia es una institución natural que se impone a la colectividad, no sólo de hecho si-

no también de Derecho. (2)

La convivencia humana encuentra en la familia el núcleo social-primario que no se agota en sí mismo, proyecta sus efectos en el orden social y político.

La familia, proporciona a sus miembros la posibilidad de establecer entre sí, una relación con fuerte contenido ético y afectivo que el Derecho no puede desconocer y que se proyecta, en lo social como eficaz vínculo para proporcionar una vinculación de solidaridad humana.

Las relaciones jurídicas familiares, se caracterizan por un sentido de aceptación espontánea de subordinación al interés colectivo del grupo.

Tal subordinación obedece a la convicción que nace entre los miembros de la familia a que debe existir una coordinación entre el interés particular y el interés del grupo, para lograr los fines particulares o individuales de sus integrantes.

De ahí que las normas jurídicas que exigen una determinada conducta a sus miembros, sean propiamente deberes y no obligaciones, se entiendan como facultades, mejor que como derechos subjetivos.

Nos parece que este aspecto sobre el fundamento de las relaciones jurídicas que se presentan en la familia, explica por qué el estatus de ella no es impuesto por el Estado, sino que se impone a él. No es la

(2) Leclercq Jacques. - La familia. - Barcelona, 1962. - Pág. 32.

conducta individual de los sujetos en el cumplimiento de deberes y facultades, sino la coincidencia de intereses entre los sujetos de la relación, la que adquiere particular relevancia en el tratamiento del Derecho de Familia.

El sujeto pasivo de la relación en el cumplimiento de tales deberes, "logra una integración en sí mismo", porque ello es consecuencia de que la conducta regulada mira a integrar y dar solidez a la familia, cuyo interés es coincidencia con el interés particular de sus miembros.

"Por lo que atañe a la filiación, el Código Civil vigente en el Distrito Federal, no establece desde el punto de vista de los efectos de la misma distinción entre la filiación legítima y la filiación natural, que postulaban los Códigos Civiles de 1870 y 1884 así como la Ley de Relaciones Familiares de 1917, es decir, en cuanto a los deberes y responsabilidades que implica la relación paterno filial". (3)

El matrimonio es sin duda la institución por excelencia que garantiza la permanencia y solidez de la familia.

El Derecho protege al grupo, reconociendo los vínculos que surjan entre los cónyuges y la prole.

Así en cuanto a la filiación, el matrimonio cumple una función probatoria de capital importancia: hay presunción de paternidad del marido respecto de los hijos que ha dado a luz una mujer casada, dentro de

(3) Revista de la Facultad de Derecho. - Ob. Cit. - Filiación y Paternidad, por el Doctor Ignacio Galindo Garfias. - Pág. 399.

cierto período que la ley establece.

Pero esta utilísima función probatoria que desde luego debe seguir manteniéndose firmemente, no justifica que se regule en capítulos separados de las consecuencias derivadas de solo un hecho jurídico, a saber: la procreación; que debe producir las mismas consecuencias jurídicas, respecto de los hijos, aunque hayan sido concebidos de matrimonio o no.

En este respecto, ya dijimos que el concepto jurídico filiación (como hecho natural) se relaciona primordialmente con el hecho biológico de la generación aunque como construcción jurídica, al concepto técnico de la filiación, puede no encontrar una correspondencia puntual, exacta con la paternidad biológica.

Así ocurre con la filiación adoptiva de la que toma nacimiento el parentesco civil.

De la misma manera la inseminación artificial da lugar a la filiación de hijo de matrimonio, si tal procedimiento se realizó con semen de quien no es el marido, pero con consentimiento de éste; en ambos casos la relación biológica entre quienes son el padre y la madre verdaderos y la relación de filiación no existe; lo cual no impida que surja la filiación con todas sus consecuencias jurídicas.

De allí que la paternidad y la maternidad biológicas en el caso de la adopción plena y la paternidad conforme a natura si se trata de inseminación artificial, no constituye un presupuesto necesario para el

establecimiento de la filiación, que mira a la protección del ser humano en los primeros años de su vida, a través del ejercicio de la patria potestad. Estos deberes sólo pueden ser individualizados a través de la filiación.

FILIACION, PATRIA POTESTAD Y RESPONSABILIDAD, son tres elementos en los que descansan los dispositivos jurídicos que establecen la disciplina aplicable a la filiación.

Dicho lo anterior, la filiación es el medio jurídico de cuya existencia depende la atribución de la responsabilidad del padre y de la madre y que permite a la familia el cumplimiento de su función protectora de la prole. El Derecho prescinde en casos especiales del fenómeno natural biogénético, para lograr las finalidades de seguridad y protección asignada de la persona que forma parte de ese grupo primario.

"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 el hombre y la mujer como el generado por los animales y aun por las plantas. Pero estas clases no interesan al Derecho, salvo que los considere como bienes materiales y los reglamenta como frutos. Hijos, pues, 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, de la moral y de la organización económica y jurídica del ambiente y época social y Familiar en que nace, siendo estas condiciones de ordenamiento preexistentes las que determinan las distintas clases de hijos que el Derecho conoce y reglamenta" (4)

Hemos visto, y como ha quedado asentado, que también la filiación puede derivar, independientemente de la relación de descendencia, de la voluntad declarada por la que una persona adquiere los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad o maternidad, respecto de otra persona. En el primer caso la filiación es consanguínea (que es la que interesa para nuestro estudio), en el segundo caso, la filiación es adoptiva.

La filiación consanguínea, a su vez, según nuestro Código Civil de 1928 se clasifica en matrimonial y extramatrimonial, es decir, en hijos nacidos de matrimonio e hijos nacidos fuera de matrimonio, como los ha denominado nuestra legislación, según que exista el vínculo del matrimonio entre el padre y la madre de la persona de que se trate, o por lo contrario, que los progenitores no se encuentren ligados entre sí, por el vínculo matrimonial.

HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO. - Debe considerarse hijos nacidos de matrimonio, aquellos cuyo padre y madre estaban casados en

(4) De Ibarrola, Antonio. - Derecho de Familia. - Edit. Porrúa, S. A. Méx., 1978. - 1ª. Edic. - Pág. 335.

el momento de la concepción.

Por lo tanto, la regla general, para que se consideren hijos habidos de matrimonio, consiste en que en la fecha del nacimiento del niño de que se trate, sus padres se encontraran unidos entre sí por vínculo matrimonial, en virtud de lo cual se presume que fue concebido después del matrimonio de sus padres.

Se presumen hijos del marido, salvo prueba en contrario, los que ha dado a luz la mujer casada durante el matrimonio.

En virtud de esta presunción, el hijo de matrimonio no tiene que probar quien es su padre, por lo que el Código Civil presume que el embarazo de la madre es obre del marido, con quien ella cohabitaba en la época de la concepción.

Para determinar desde el punto de vista jurídico, la época de la concepción, la ley toma en cuenta el período normal de la gestación; presume que fueron concebidos durante el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado éste (plazo mínimo de la gestación) y también los hijos que nazcan dentro del plazo de trescientos días contados a partir de la disolución del vínculo matrimonial o de la separación material de los esposos (período máximo de gestación).

Esta presunción no puede ser destruída fácilmente por los cónyuges. Al respecto, el artículo 345 del Código Civil para el Distrito Federal establece: (el de 1928) "no basta el dicho de la mujer para excluir de la paternidad al marido; mientras que éste viva, únicamente el podrá

reclamar contra la filiación del hijo concebido durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al parto le ha sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer (artículo 325 del Código Civil vigente para el Distrito Federal). Sólo en dos casos el marido podrá rendir ésta prueba que es cuando se trata de impotencia para la cópula debida o mutilación o deformación de los órganos sexuales y cuando se encuentra alejado físicamente de su mujer, excepto que haya prueba de que los cónyuges se reunieron alguna vez, dentro del período de ciento veinte días a que se refiere dicho precepto legal.

Debe advertirse que la presunción establecida por el artículo 324 del Código citado, descansa en el hecho biológico comprobado por la ciencia médica, conforme al cual el plazo mínimo de la gestación no es menor de ciento ochenta días; aún cuando conforme con los datos que ofrece la ginecología moderna, el nacimiento puede ocurrir antes de ciento ochenta días o después de los trescientos días del embarazo.

Son tres los casos en que el hijo nacido antes de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, se considera hijo del matrimonio, a saber:

1. - Cuando se comprueba que el marido antes del matrimonio, tuvo conocimiento del embarazo de la mujer.

En este caso es probable que el matrimonio haya tenido como causa, precisamente el próximo advenimiento del hijo concebido por la mujer y engendrado por el hombre, es decir, su esposo.

Sin embargo, nuestro Derecho ha querido que este conocimiento del marido sobre el embarazo de la mujer, se compruebe, tomando como base el principio de prueba por escrito.

2. - Cuando el marido ha concurrido al levantamiento del acta de nacimiento y la ha firmado o ésta contiene su declaración de no saber firmar.

En este supuesto, la concurrencia del marido al levantamiento del acta de nacimiento y la firma que pone en ella o la declaración de -- que no sabe firmar, es prueba de la paternidad del marido y de la intención de legitimar al hijo.

3. - Cuando el hijo que la esposa diere a luz antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, ha sido reconocido previamente por el esposo de aquélla . (artículo 328 del Código de la materia).

El reconocimiento puede tener lugar, antes o después de celebrado el matrimonio.

En cuanto a los hijos que nacen antes de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y después de trescientos días que cesa la vida en común, la ley no ha establecido presunción de paternidad y en consecuencia el marido no necesita ejercer la acción de desconocimiento. Será suficiente que niegue que es el padre de tal hijo, siempre que no se encuentre comprendido en alguna de las situaciones previstas por el -- artículo 328 del Código Civil.

Por lo que respecta al hijo nacido después de trescientos días -
contados desde que los cónyuges dejaron de vivir juntos por nulidad de -
matrimonio o por divorcio, al marido le bastará negar la paternidad; -
aún cuando la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales
casos que el marido es el padre, según se desprende del artículo 327 --
del Código Civil. En este caso, la carga de la prueba de la paternidad, -
recae sobre quien la afirma, ya se trate de la mujer, del hijo o del tu--
tor de éste, puesto que los hijos nacidos después que ha transcurrido el
plazo de trescientos días de la separación de los cónyuges, no se presu
men del marido.

En cuanto al concepto de "HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRI -
MONIO", el Código Civil de 1928 para el Distrito Federal no lo da clara
mente, concretándose a decir únicamente en su artículo 324 lo siguiente:

"Se presumen hijos de los cónyuges:

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

II. - Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes
a la disolución del matrimonio, ya provenga éste 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.

Y en su artículo 325 dice "contra esta presunción no se admite
otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener

acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".

De lo anterior, podemos formular, un concepto, pudiendo quedar de la siguiente manera:

HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO, son aquellos que son concebidos y nacidos después de ciento ochenta días a partir de que sus progenitores contrajeron matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo.

Esa regla tiene como excepción el hecho de que al marido le haya sido físicamente imposible tener acceso carnal con la madre los primeros ciento veinte días que precedieron al nacimiento.

El maestro Rogina Villegas nos da el siguiente concepto, refiriéndose al tema como FILIACION LEGITIMA, "es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. En nuestro Derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres, y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque puede haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio.

Este hijo puede considerarse, según los casos, como legitimado, o bien puede el marido impugnarlo; es decir, desconocer la paternidad para que ni siquiera le pueda ser impugnado, menos aún gozar de los derechos de la legitimidad que se otorgan a los hijos concebidos dentro del matrimonio de sus padres.

Por la misma razón, el hijo legítimo puede nacer cuando el matrimonio de sus padres esté ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio o nulidad, y en esos tres casos su legitimidad se determina por virtud de la concepción". (5)

En cuanto a los HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO, el maestro Ignacio Galindo Garfias nos dice: "Los hijos naturales (denominación que se refiere a los hijos nacidos fuera de matrimonio), son aquellos 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" y la filiación que se decía ilegítima". (6)

El maestro Rojina Villegas, a este respecto nos dice que la filiación natural es el vínculo que une al hijo con sus padres que no se han unido en matrimonio. Esta situación se ha considerado tradicionalmente en dos formas, a saber: a). - Una situación jurídica lícita que producía determinadas consecuencias si los padres del hijo natural pudieran celebrar legalmente matrimonio, por no haber ningún impedimento; b). - Una

(5) Rojina Villegas, Rafael. - Compendio de Derecho Civil. - Introducción Personas y Familia. - 9a. Edic. Edit. Porrúa, Méx., 1974, Págs.429 y 430.

(6) Galindo Garfias, Ignacio. - Op. Cit. - Pág. 596.

relación ilícita si los padres estaban legalmente impedidos para celebrarlo, por virtud del parentesco o de la existencia de un matrimonio anterior, respecto de alguno de ellos o de ambos, dado que entonces los hijos habidos en esa unión se consideraban incestuosos o adulterinos.

Es importante hacer notar que en este aspecto se toma en cuenta el momento de la concepción, que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio, pues se requiere que el hijo sea concebido dentro de ese lapso, y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo. Este hijo puede considerarse, según los casos, como legitimado, o bien puede el marido impugnarlo; es decir, desconocer el marido la paternidad para que ni siquiera le pueda ser imputado, menos aún gozar de los derechos de la legitimidad que se otorgan a los hijos concebidos dentro del matrimonio de los padres. Por la misma razón, el hijo legítimo puede nacer cuando el matrimonio de sus padres esté ya disuelto, y en estos casos su legitimidad se determina por virtud de su concepción, y nunca de su nacimiento.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917, simplemente los definió, también utilizando el término de "filiación natural", como "el lazo que une al niño nacido fuera de matrimonio a su padre, por una parte, y a su madre por la otra". (7)

(7) De Ibarrola, Antonio. - Ob. Cit. - Pág. 336.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, ya no define a tales hijos, pues en su artículo 60 in fine dice: "En las actas de nacimiento no se expresará que se trata en su caso de hijo natural"; refiriéndose a los mismos como hijos habidos fuera de matrimonio, sin dar un concepto de ellos; pero que atendiendo a lo establecido por el artículo 324 del Código mencionado, podemos colegir que todos aquellos que no nazcan dentro de los supuestos establecidos por tal precepto, serán hijos habidos fuera de matrimonio.

El citado artículo 324 dice: "Se presumen hijos de los cónyuges:

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

II. - Los nacidos dentro de los trescientos 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". (8)

En base a lo anterior, podemos sacar un concepto de "HIJOS - NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO". Tal concepto puede quedar de la siguiente forma: Son aquellos hijos que fueron engendrados y concebidos cuando sus padres, por una u otra razón no estaban unidos por vínculo -

(8) Código Civil para el Distrito Federal. - Cuadragésimoséptima Edición. Edit. Porrúa, Méx. 1980. - Págs. 105 y 106.

matrimonial.

Es muy importante hacer hincapié en que la ley fija como límite el que la criatura nazca después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de sus padres, o dentro de los trescientos siguientes a su disolución.

Para el primer caso, su presunción de legitimidad es muy fuerte, es casi absoluta y sólo el marido podría impugnar la legitimidad, de mostrando que le fue físicamente imposible tener cópula carnal con su esposa en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento. Acreditada la falta de relación sexual en esos primeros ciento veinte días, queda descartada la posibilidad de que el marido sea el autor del embarazo.

Ahora, también puede presentarse una segunda hipótesis, que es cuando el hijo nace dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio. Estos ya no tienen la presunción de legitimidad, pero quedan legitimados de pleno derecho, en virtud del matrimonio de sus padres, siempre y cuando no ejercite el marido la acción contradictoria de paternidad.

En estos ambos casos, puede suceder que los hijos que pudieron ser hijos habidos de matrimonio, queden, finalmente, como habidos fuera de matrimonio.

2. - EVOLUCION HISTORICA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

2.1) CODIGO CIVIL DE 1870.

El tratamiento que han tenido los hijos antes llamados ilegítimos y actualmente "habidos fuera de matrimonio" en nuestro Derecho Positivo, ha sido muy variable. Podríamos decir que ha sido desde el tratamiento - más discriminatorio e injusto, hasta la equiparación casi absoluta con -- los hijos de matrimonio.

Tanto el Código de 1870 como el de 1884, establecieron una verdadera tabla en materia de filiación, la cual quedaba más patente en el - capítulo I, II, III y IV del Título VI, así como en el capítulo III del Título IV de éste.

El artículo 290 habla de los hijos legítimos e ilegítimos; el 328 habla de los hijos naturales y el 361 de los hijos espurios, y llega a esta blecer que los descendientes de hijos naturales y espurios, no gozan el derecho de representación sino cuando son legítimos o legitimados. Las tablas de este capítulo tercero son verdaderamente complicadas.

a) La filiación ilegítima resulta entonces, de diversas categorías: un hijo natural simple era aquél cuyos padres no estaban casados, pero que hubieran podido contraer matrimonio válido en el momento de la concepción.

b) El hijo adulterino era aquél concebido cuando uno de sus padres se hallaban casados con una tercera persona, precisamente en el -

momento de la concepción.

c) Se llamó hijo incestuoso al nacido de dos progenitores unidos entre sí en el momento de la concepción por parentesco de consanguinidad o de afinidad en grado tal que la ley prohíbe el matrimonio.

Igualmente, el Código Civil de 1870 distingue a los hijos legítimos e ilegítimos, dividiendo a los últimos en naturales simples, aduterinos e incestuosos, pues en su artículo 355 decía "Son hijos naturales los concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa"; y en su artículo 384 decía "Siempre que en virtud de sentencia ejecutoriada resultare que el hijo reconocido proceda de UNION ADULTERINA O DE INCESTUOSA no dispensable, el hijo no tendrá más derechos que el que la ley concede a los espurios".

Y en el libro I relativo a las personas, título IV, capítulo III de las actas de reconocimiento de los hijos naturales, artículo 98 dice que si el padre o la madre de un hijo natural, o ambos lo reconocieran, al presentarle dentro del término de ley para que se registre su nacimiento, el acta de éste contendrá los requisitos establecidos en los artículos anteriores con expresión DE SER HIJO NATURAL y de los nombres del progenitor que le reconozca. Esta acta surtirá los efectos de reconocimiento legal, mientras que el capítulo IV del título VI trataba sobre "el reconocimiento de los hijos naturales".

Este Código llegó a tal grado de negar a los hijos ilegítimos el derecho de saber el nombre del padre que los había echado al mundo, pues en el artículo 370 decía "Se prohíbe absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio" y ense- guida agregaba "La prohibición es absoluta, tanto en favor como en - - contra del hijo". A esto había una excepción, el hecho de que se hallara en posesión de su estado civil de hijo natural.

El Código de 1870 era tan injusto y absurdo, situación que se - volvió a repetir en el de 1884, que respectivamente en sus artículos - 327 y 303 requerían que necesariamente el feto, para que se tuviera - como nacido presentara figura humana; textualmente decían "para los - efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido entera- - mente del seno materno, NACE CON FIGURA HUMANA y vive 24 horas - naturales. Si dentro de ese período fuere presentado vivo al Registro -- Civil, se tendrá como nacido". Por lo que cabe preguntarse, ¿y si el - feto naciere con un defecto físico, quedaría desprotegido de la tutela ju- rídica?

Esto se viene a confirmar con los artículos 328 y 304 de dichos Códigos respectivamente al decir que faltando alguna de estas circuns- tancias a que hace mención en el artículo que precede, nunca y por na- die podrá establecer demanda de legitimidad.

Dicho Código de 1870 sólo concedía el derecho a la investiga- ción de la maternidad para obtener el reconoci miento de ésta, condi- -

cionándolo a dos situaciones; que tuviera a su favor la posesión de estado de hijo natural de aquélla; y que la persona cuya maternidad se reclama, no estuvi era ligada con vínculo matrimonial al tiempo en que se pide el reconocimiento.

Su artículo 85 decía "si el hijo es incestuoso, no se podrá constatar más que el nombre de uno de sus padres"; a esto cabe hacer una reflexión sobre lo que pasará si los padres pidieran se asentara sus nombres de ambos; ¡simplemente no se asentarían! . Con esto le están vedando un derecho al hijo que es de saber quién es el responsable de que éste haya venido al mundo.

2.2) CODIGO CIVIL DE 1884.

El Código de 1884 poco varió en materia de filiación, pues era similar al de 1870.

Este Código, al igual que el anterior clasificaba a la filiación en legítima e ilegítima, reconociendo en ésta última a los adulterinos e incestuosos, es decir, a los espurios, conjuntamente con los naturales simples.

Exigía, al igual que el de 1870, en su artículo 93, que se expresara en el acta de nacimiento de un hijo natural al reconocerlo, de que era hijo natural. Textualmente decía: "si el padre o la madre de un hijo natural, o ambos le reconocieren, al presentarle dentro del término de ley, para que se registre su nacimiento, el acta de este contendrá --

los requisitos establecidos en los artículos anteriores, con expresión de ser HIJO NATURAL, y de los nombres del progenitor que le reconozca. - Y el artículo que definía a este tipo de hijos era el 328, mismo que era idéntico al 355 de 1870, ambos decían "son hijos naturales los concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse aunque fuera con dispensa.

El artículo 384 dejaba entrever lo despiadado que era este Código respecto a este tipo de filiación. Textualmente decía: "siempre que en virtud de sentencia ejecutoriada resultara que el hijo reconocido proceda de unión adulterina o de incestuosa no dispensable, el hijo no tendrá más derechos que el que la ley concede a los espurios".

Al igual que el Código de 1870, el de 1884 siguió prohibiendo - - absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos naturales, tanto en favor como en contra de éste; habiendo sin embargo dos excepciones; en los casos de rapto o violación, cuando la época del delito - - coincidiera con la concepción. Entonces los Tribunales, a instancia de las partes podían declarar la paternidad. (art. 358) . (9)

(9) Código Civil de 1870 y Código Civil de 1884 del D. F. y Territorio de la Baja California. Edición Oficial, Méx. Tip y Lit. "La Europea" - de J. Aguilar Vera y Compañía, S. en C. 1906.

2.3) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

La etapa de la Revolución o de la "transformación esencial" de la familia y del matrimonio comprende las leyes de Venustiano Carranza y el Código Civil de 1928.

Cuando era todavía sólo el jefe de uno de los diversos bandos - en plena guerra civil, Venustiano Carranza expidió desde Veracruz dos intempestivos decretos, uno de 29 de diciembre de 1914 y otro de 29 de enero de 1915, para introducir de improviso el divorcio vincular.

Después de los Decretos divorcistas mencionados vino la Ley sobre Relaciones Familiares (expedida el 9 de abril de 1917, publicada - en el D. O. de los días 14 de abril al 11 de mayo de 1917, en que entró en vigor). Entre paréntesis podemos agregar que fue expedida por Venustiano Carranza usurpando funciones legislativas que no tenía y haciendo por tanto, que tuviera un "grave vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un Congreso a quien correspondía darle vida", según se hizo notar entonces en el órgano de la Barra de Abogados. (10)

Los cambios adoptados por esta ley y que efectivamente produjeron una transformación substancial en la familia y en el matrimonio - pueden condensarse en cinco puntos, a saber: matrimonio disoluble, -

(10) Sánchez Medal Ramón. - Op. Cit. - Págs. 17 y 24.

igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio, igualdad de puro nombre de todas las especies de hijos naturales (que es el que nos interesa), introducción de la adopción, y substitución de régimen legal de gananciales por el de separación de bienes. Los cambios consistieron en que borró la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o sea los adultérinos y los incestuosos, pero en forma de verdad asombrosa dispuso -- que los hijos naturales sólo tendrían derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido, y deliberadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, derechos que ya les otorgaban los Códigos Civiles de 1870 y de 1884. Al respecto, el artículo 210 decía "El reconocimiento solamente -- confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace".

Asimismo, concedió la acción de investigación de la paternidad no sólo en los casos de raptó o violación, que ya establecía la legislación anterior, sino también cuando existiera la posesión de estado de hijo natural y se tuviera al lado de otras pruebas un principio de prueba -- por escrito (artículos 197 y 198).

Dichos preceptos decían: artículo 197 "El hijo que está en la posesión de estado de hijo natural de un hombre o una mujer, podrá obtener el reconocimiento de aquél o ésta, o de ambos, siempre que la persona cuya paternidad o maternidad se reclame no esté ligada con vínculo matrimonial al tiempo en que se pida el reconocimiento, salvo el caso en que el padre y la madre se hayan casado, y el hijo quiera que lo --

reconozcan para quedar legitimado". Artículo 198 "La posesión de estado, para los efectos del artículo anterior, se justificará, probando el hijo, - por los medios ordinarios, todos los hechos que constituyeren aquella; - pero no se admitirán esas pruebas si no hubiere un principio de prueba - por escrito".

Al efecto, en la exposición de motivos declaró "Que en materia de paternidad y filiación ha parecido conveniente suprimir la clasificación de los hijos espurios, pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencias de faltas que no le son imputables, y menos ahora - - que, considerando al matrimonio como contrato, la infracción a los preceptos que lo rigen sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos, terceros en el contrato, que antes se perjudicaban solamente porque, reputado el matrimonio un sacramento, se veían privados de los efectos de la gracia, razón que no puede subsistir hoy que nuestra sociedad liberal - estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la - ley era la primera en desprestigiar, tanto más, cuanto que, dada la disolubilidad del vínculo matrimonial, es fácil ya, no sólo reconocer, sino - aún legitimar a alguno de los hijos que antes sólo se podían designar; y - por idénticas razones se ha facilitado el reconocimiento de los hijos y - - aumentado los casos especiales en que puede promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo los derechos a los - hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una posición definida en la sociedad, evitando a la vez fo - -

mentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros pudiera originar; y teniendo presentes los derechos y obligaciones de la mujer, en caso de matrimonio, se previene que ella no puede reconocer a sus hijos naturales sin el consentimiento del marido, y que éste, pudiendo reconocer a los suyos, no tenga facultad de llevar a vivir al domicilio conyugal, sin permiso de su esposa. (11)

De nada sirvieron las argumentaciones de don Luis Cabrera para tratar de demostrar que continuaban vigentes las disposiciones del Código Civil de 1884 que otorgaba aquellos otros dos derechos a los hijos naturales, ya que según el testimonio de don Eduardo Pallares, la jurisprudencia que interpretó dicho precepto, apegándose al texto expreso de la ley, se pronunció por privar a los hijos naturales de otro derecho que no fuera el de llevar simplemente el apellido del progenitor que lo había reconocido. (12)

(11) Ley Sobre Relaciones Familiares. - Exposición de motivos. - Anotada por el Notario Lic. Manuel Andrade, Ex-diputado Federal, 1959. - Pág. 6

Nota: Todos los artículos citados fueron tomados de la misma ley - arriba citada.

(12) Sánchez Medal Ramón. - Op. Cit. - Pág. 26

3. - CODIGO CIVIL DE 1928. ESPECIES DE FILIACION QUE CONTEMPLA.

El Código Civil vigente, como ha quedado asentado en otra parte de este trabajo (págs. 117 y 122) no da un concepto de "hijos nacidos fuera de matrimonio", pero, tomando como base lo prescrito por el artículo 324 que trata sobre la presunción de los hijos de matrimonio e interpretado a contrario sensu, los que no nazcan bajo esos presupuestos serán considerados como hijos habidos fuera de matrimonio; para lo cual reproduzco el concepto que de ellos traté de dar en aquel párrafo:

"Son aquellos hijos que fueron engendrados y concebidos cuando sus padres, por una u otra razón no se encontraban unidos por vínculo matrimonial".

En cuanto a la clasificación o tipos de filiación que reconoce -- nuestro actual Código, son tres grandes ramas, una de las cuales se divide como a continuación lo veremos:

HIJOS HABIDOS DE MATRIMONIO.

HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

La segunda rama, el Código la divide como sigue:

- a) Hijos adulterinos
- b) Hijos incestuosos
- c) Hijos no reconocidos
- d) Hijos reconocidos
- e) Hijos legitimados.

HIJOS ADOPTIVOS.

Pese a la declaración del Código vigente de 1928 en su exposición de motivos en el sentido de que "se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio", vemos con gran desaliento que aún cita a los últimos o se refiere a ellos como "HIJOS NATURALES" ¿de qué sirve lo declarado en su exposición de motivos y de qué sirve lo establecido en su artículo 60 al decir "en las actas de nacimiento no se expresará que se trata en su caso de hijo natural?".

¿De qué sirve la tendencia que apunta este Código, prescindiendo de la distinción entre filiación legítima y la habida fuera de matrimonio, si en su Capítulo III, Título IV "De las actas de reconocimiento", aún los denomina "NATURALES"?

El artículo 77 de dicho capítulo dice "Si el padre o la madre de un hijo "NATURAL" o ambos, lo presentaren para que se registre su nacimiento.....", e igualmente el artículo 78 establece "Si el reconocimiento del hijo "NATURAL" se hiciera después de haber sido registrado su nacimiento....."; y por último el 79 agrega "El reconocimiento del hijo "NATURAL" mayor de edad requiere..."

De todo lo anterior se deduce que aún no se ha erradicado totalmente de nuestro legislador el prejuicio que por generaciones se ha arrastrado.

En cuanto a la división de los hijos habidos fuera de matrimonio o "hijos naturales" como aún los denomina nuestro Código, aún cuando en el acta de nacimiento no se asiente esa situación, con gran asombro nos damos cuenta también que todavía distingue a los hijos ADULTERINOS E INCESTUOSOS, sin que dicha situación quede de manifiesto en el acta correspondiente.

Empezaremos a analizar en orden las clases de hijos que hemos mencionado, y las disposiciones legales que los establecen:

3.1) Hijos habidos de matrimonio.

La existencia del primer tipo de filiación, es decir, de la habido dentro de matrimonio, se desprende del artículo 324 del Código Civil, al establecer: "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 la nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio...".

Asimismo, el artículo 340 dice al respecto: "La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento - y con el acta de matrimonio de sus padres". Esto se ve complementado con lo prescrito por el artículo 59 al establecer que el acta de nacimiento, si el hijo fuere presentado como de matrimonio, se asentará los - -

nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, los nombres y domici-
lios de los abuelos y los de las personas que hubieren hecho la presenta-
ción". ¿y si es hijo nacido fuera de matrimonio, no se procede igual?.

3.2) Hijos habidos fuera de matrimonio.

En cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio los establece
el capítulo IV del Título VII "Del reconocimiento de los hijos nacidos fue-
ra de matrimonio". Al respecto, el artículo 360 establece: "La filiación
de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación de la ma-
dre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se estable-
ce por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la -
paternidad".

Esto se robustece con lo establecido en la parte final del ya co-
mentado artículo 360 que establece: "en las actas de nacimiento no se --
expresará que se trata en su caso de hijo natural", y además por los - -
artículos 77, 78 y 79, que respectivamente "si el padre o la madre de un
hijo natural, o ambos....". Los artículos 78 y 79 ya han quedado trans-
critos, por lo que considero inútil hacerlo otra vez.

a) Hijos Adulterinos e Incestuosos.

Por lo que toca a lo sostenido de que aún el Código vigente dis--
tingue la filiación adulterina e incestuosa, lo podemos comprobar con lo

establecido por los artículos 62 y 64 que dicen respectivamente: "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". Y el 64 establece: "podrá reconocerse al hijo INCESTUOSO. Los progenitores que lo reconozcan tienen derecho de que conste su nombre en el acta, pero en ella no se expresará que es incestuoso".

b) Hijos no reconocidos y reconocidos

En cuanto a los hijos NO RECONOCIDOS, se infiere su existencia del artículo 58, cuando se tratan de hijos de padres desconocidos, y de todos aquéllos que por una u otra razón no han sido reconocidos ni -- por el padre ni por la madre.

Los hijos reconocidos son aquellos que han sido habidos fuera - de matrimonio y que son reconocidos por sus padres, pero sin estar - - éstos unidos por vínculo matrimonial. A estos se refiere el artículo 77 - cuando dice que si el padre o la madre de un hijo natural, o ambos, lo - presentaran para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos -- los efectos del reconocimiento legal, respecto del progenitor compare-- ciente; además del artículo 360 que establece "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con respecto a la madre, del sólo hecho del nacimiento voluntario o por sentencia que declare la paterni--

dad. Y el artículo 389 establece "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".

c) Hijos legitimados.

Por lo que toca a los hijos legitimados, los establece el Capítulo III, Título VII del Código que se comenta. Al respecto, el artículo - - 354 dice "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio, a los hijos habidos antes de su celebración" y el 355 agrega: "para que dicho acto surta sus efectos se requiere que - el hijo sea reconocido por sus progenitores antes de su celebración, en el acto mismo de celebrarlo o durante el matrimonio, haciendo el reconocimiento ambos padres, junto o separadamente.

3.3) HIJOS ADOPTIVOS.

Y por último, podemos citar a los hijos adoptivos, los cuales - se encuentran establecidos por los artículos 390 y 391. El primero de -- ellos establece: "El mayor de 25 años, libre de matrimonio, en pleno -- ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un inca

dad. Y el artículo 389 establece "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".

c) Hijos legitimados.

Por lo que toca a los hijos legitimados, los establece el Capítulo III, Título VII del Código que se comenta. Al respecto, el artículo - - 354 dice "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio, a los hijos habidos antes de su celebración" y el 355 agrega: "para que dicho acto surta sus efectos se requiere que - el hijo sea reconocido por sus progenitores antes de su celebración, en el acto mismo de celebrarlo o durante el matrimonio, haciendo el reconocimiento ambos padres, junto o separadamente.

3.3) HIJOS ADOPTIVOS.

Y por último, podemos citar a los hijos adoptivos, los cuales - se encuentran establecidos por los artículos 390 y 391. El primero de -- ellos establece: "El mayor de 25 años, libre de matrimonio, en pleno -- ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un inca

pacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante -
tenga 17 años más que el adoptado y que acredite además:

I. - Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia -
y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como
de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adop-
tar.

II. - Que la adopción es benéfica para la persona que trata de -
adoptarse; y

III. - Que el adoptante es de buenas costumbres.

Y el artículo 391 establece "El marido y la mujer podrán adop-
tar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hi-
jo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla los requisitos de la edad a
que el artículo anterior se refiere, pero siempre y cuando la diferencia
de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años -
cuando menos". (13)

Como es de apreciarse, en el Código Civil de 1928 se distin- -
guen los anteriores tipos de hijos.

La situación de los hijos habidos fuera de matrimonio, conside-
rando la posición que ha adoptado nuestro Código vigente es la siguiente:

(13) Todos los artículos citados fueron tomados del Código Civil de 1928
para el D. F. - 47a. Edic. Edit. Porrúa, Méx. 1980.

En la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, se declara el propósito del legislador que para "borrar la odiosa - diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio se procuró que unos y otros gozaran de los mismos derechos" y agrega que "es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres que sean privados de las seguridades y derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo que ninguna culpa tienen" "porque los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, - de saber que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir"... Se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución. (14)

Se ha borrado hasta donde fue posible al legislador la clasificación de hijos en naturales (simples), adulterinos e incestuosos, que en sí misma resultó odiosa, incluso para los que la toleraron en el campo de - la doctrina o la jurisprudencia, o para los legisladores que la admitieron, como pasó en todos los Códigos del siglo pasado, pues se reconoció que - no debe mancharse la existencia de un ser humano desde su origen, para que su calidad de hijo incestuoso o adulterino lo perjudique toda su vida.

(14) Revista de la facultad de Derecho. - Tomo XXVIII. - Op. Cit. Pág. 402.

El Código Civil vigente prohíbe, no obstante, que en el acta de nacimiento se haga constar que el hijo es incestuoso o adulterino, o alguna circunstancia de la que se desprendiese, por ejemplo, su Calidad de incestuoso, revelando ambos padres al presentar al hijo que se encuentran en grado de parentesco de hermanos, de ascendentes y descendentes, pues aun cuando no se empleare el calificativo de hijo incestuoso, -- tendría que inferirse de esa circunstancia. También el Código prohíbe, por razones evidentes, para evitar el escándalo, que en el acta de nacimiento de un hijo que pudiera resultar adulterino (incluso si la mujer casada reconociere el adulterio, o lo hubiere confesado judicialmente, o resultase de una sentencia civil o penal) se haga constar esa calidad en su acta de nacimiento. Lo anterior lo establece el artículo 62 al decir "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". (15)

A lo anterior cabe hacerse la interrogante de que si ese "beneficio" lo estableció el legislador con el ánimo de proteger o mejorar la situación de los hijos, o de cubrir una culpa de los padres ante la sociedad.

(15) Rojina Villegas, Rafael. - Compendio de Derecho Civil. - Introducción Personas y Familia. - 9a. Edic. - Edit. Porrúa, Méx. 1974. - Pág. 472.

Yo me inclino por lo segundo, pues se deduce de esa disposición que lo que importó al legislador, no fue defender de esa irritable injusticia de que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres, sino la "honra" de los mismos por su proceder.

En aplicación de esas ideas, el Código Civil de 1928 modificó certeramente la posición adoptada por la Ley de Relaciones Familiares (artículo 187) y el Código Civil de 1884 (artículo 343) conforme a los cuales, quedaba prohibida, como hemos visto, la investigación de la paternidad, excepto en el caso de raptó, si la época de la concepción coincidía con la del delito. Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 197 de la Ley de Relaciones Familiares "el hijo que se encuentre en posesión de estado de hijo matrimonial de un hombre y una mujer, puede obtener el reconocimiento de aquél o de ésta o de ambos, siempre que la persona cuya paternidad se reclama no esté ligada con vínculo matrimonial al tiempo en que se haga el reconocimiento, salvo el caso en que el padre y la madre se hayan casado y el hijo quiera que se le reconozca para quedar legitimado".

Como puede observarse, en tanto que en el Código Civil de 1884 la prohibición de la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio era ciertamente absoluta, la Ley de Relaciones Familiares dió un paso adelante, permitiendo el ejercicio de la acción para obtener del presunto padre el reconocimiento que se decía "forzoso", pero sólo en el caso de que se encontrare en posesión de estado -

de hijo del demandado. La ley confería también esa acción, para obtener la legitimación en el caso de subsiguiente matrimonio de la madre y del pretendido padre, que entonces no se operaba como efecto inmediato del ulterior matrimonio de sus padres. En ambos casos la sentencia se funda en el reconocimiento tácito del presunto padre.

Ciertamente el legislador de 1928, inspiándose en la evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial francesa, decidió romper con aquella situación del hijo nacido fuera de matrimonio, quien quedaba sólo previsto de acción para obtener una sentencia judicial declarativa de su filiación si era fruto del delito de rapto. (16)

La posición que el Código Civil del Distrito Federal en este respecto, introduce un cambio radical, permitiendo la investigación de la paternidad fuera del caso en que el hijo se encuentra en posesión de estado de hijo del presunto padre.

El artículo 382 del Código Civil establece en favor del hijo nacido fuera de matrimonio, la posibilidad de intentar una acción judicial de investigación de la paternidad a fin de obtener una sentencia que declare cual es su filiación paterna, independientemente de que el padre quiera o no reconocerlo como hijo suyo.

(16) Revista de la Facultad de Derecho. - Tomo XXVIII. - Op. Cit. Pág. 403.

Sin embargo, dicho precepto legal que ha estado vigente durante cincuenta años, establece dicha acción en forma limitada, fijando taxativamente en las cuatro fracciones de que consta el artículo los únicos casos en que procede el ejercicio de la indagación judicial de la paternidad, a saber: I. - En la hipótesis de raptó, estupro o violación, si la época del delito coincide con la de la concepción; II. - Cuando se encuentra el hijo en posesión de estado de hijo del presunto padre; III. - Cuando la concepción tuvo lugar cuando su madre hacía vida marital con -- quien se presume ser su padre.

Ciertamente este precepto legal, coloca a los hijos extramatrimoniales en una mejor posición de aquélla en que se encontraba durante la vigencia de la Ley de Relaciones Familiares y desde luego, de la que tenía bajo el régimen del Código Civil de 1884. Con ello el legislador de 1928 siguió la corriente ya iniciada como se dijo, en la -- Ley de Relaciones Familiares para tratar de "borrar" la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio", procurando así la igualdad de derechos entre unos y otros.

Si este loable propósito fue logrado plenamente por el legislador de 1928, es una cuestión que ahora no parece cierta.

En efecto, restringir el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad a los cuatro casos señalados taxativamente en el precepto que se comenta, resulta hoy por hoy inaceptable, porque no que

dan comprendidos en ese sistema otras hipótesis en que existiendo serias posibilidades, grave verosimilitud de la paternidad, el presunto hijo carece de la acción correspondiente para establecer su filiación; como ocurre por ejemplo en el caso de que el presunto padre obtenga por algún medio (seducción o engaño) el consentimiento de la madre -- para tener (aunque no vivan maritalmente) relaciones sexuales, si durante ellas se produjera la concepción. Si dicha mujer es mayor de 18 años no se tipificaría el delito de estupro, y por lo tanto no procedería la investigación de la paternidad, a pesar de que hubiera sido engañada o seducida, como por ejemplo en el caso de la ruptura de una promesa de matrimonio o de abuso de autoridad. Consideramos también el caso en que aún no existiendo seducción o engaño, se produjo la concepción por la libre voluntad del padre y de la madre. Desde el punto de vista de la protección del interés del hijo extramatrimonial -- ¿qué importa mucho que la concepción haya tenido lugar prestando libremente, en forma espontánea su consentimiento ambos progenitores?.

El cambio o modificación legislativa con respecto a la investigación de la paternidad, que se inicia en nuestro País con la Ley de Relaciones Familiares y posteriormente continúa con el texto del artículo 382 del Código Civil vigente, es una consecuencia de la evolución doctrinal y jurisprudencial sobre la protección de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Es por lo tanto conveniente analizar aún bre-

vemente dicha corriente legislativa, particularmente en Francia.

La Ley de 12 brumario año II, excluyó la posibilidad de investigar judicialmente la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio y estableció sólo como único medio para establecer filiación de ellos el reconocimiento que hiciera un padre de un hijo, por medio de un acto auténtico.

La jurisprudencia francesa en el siglo XIX y hasta la primera década del siglo XX aplicó aquel principio restrictivo, excluyendo toda la posibilidad de la investigación de la paternidad, excepto en los casos de seducción y de violación.

El Derecho antiguo francés de esta posición de extrema severidad, reconocía de acuerdo con las costumbres ciertos derechos a los hijos bastardos, que aunque no reconocidos formalmente gozaran de una aceptación pública de su bastardía, en el grupo social, y entre el círculo de parientes. Esto les permitía el derecho a participar en la herencia de quien los había engendrado. Eran efectos puramente económicos.

El artículo 340 del Código Napoleón proclamaba las sucesivas reformas introducidas: "queda prohibida la investigación de la paternidad. En el caso de rapto podrá ser declarada la paternidad del raptor si la época de la concepción coincide con la del delito". (El principio consignado en el Código Civil Francés, fue acogida en nuestros Códigos de 1870 y 1884).

Por otro lado, la Ley de 16 de noviembre de 1912, recogiendo el criterio jurisprudencial, admitió la investigación de la paternidad en los siguientes casos: a) de raptó y violación; b) por ruptura de promesa de matrimonio o de esponsales si se podía fundar en un principio de prueba por escrito; c) por confesión inequívoca de paternidad, en escrito privado; d) cuando el presunto padre hubiera proveído y participado en la educación del niño ostentándose como padre del mismo; e) cuando el padre durante la época de la concepción vivía en concubinato notorio con la madre.

La corriente extensiva para permitir cada vez en mayor número de casos, la investigación de la paternidad, no se ha detenido y por decreto de 16 de julio de 1955 se adicionó ese precepto legal con una fracción para permitir la investigación de la paternidad en el caso de seducción realizada por medio de maniobras dolosas o abusos de autoridad. Permitted la admisión del examen de sangre, ofrecido por el presunto demandado, para probar la no paternidad. (17)

La explicación anterior tiene por objeto ofrecer un panorama, siquiera general para ponderar la necesidad de una reforma al artículo 382 del Código Civil vigente del Distrito Federal, atendiendo a la corriente del pensamiento jurídico y al régimen legislativo sobre esta materia, en la actualidad.

(17) Revista de la Facultad de Derecho. - Tomo XXVIII. - Op. Cit. - Págs. 404, 405, 406, 407.

Debe reconocerse el mérito del legislador mexicano, no sólo por haber introducido la disposición contenida en el artículo 382; sino por -- que se adelantó en algunos aspectos a la situación que hace 50 años contemplaba la doctrina y jurisprudencia francesa.

En cuanto a los hijos nacidos de matrimonio, la doctrina y la jurisprudencia extranjera (y que por otra parte el Código Civil del Distrito Federal acoge) es en el sentido de equiparar a ellos, la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

No se puede, por otro lado, dejar de reconocer por lo que se - refiere a la prueba de la filiación de los hijos extramatrimoniales que el principio PATER EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT, no tiene -- aplicación, cuando menos en todos los casos.

Es sabido que este principio rige actualmente respecto de los - hijos nacidos después de 180 días de la celebración del matrimonio y - dentro de los 300 días contados a partir del momento en que se inte - rrumpló la cohabitación entre los cónyuges. En cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, esta presunción sólo tiene fuerza en el caso de concubinato.

En nuestro punto de vista, el principio "PATER EST" (padre es) también deberá ser aplicable, respecto de los hijos nacidos después -- de la celebración del matrimonio, independientemente que hayan transcurrido 180 días posteriores a ese acto o independientemente también, de qué el marido de la madre, concurra al levantamiento del acta de -

nacimiento del presunto hijo; excepto en el caso de que el embarazo de la madre le haya sido ocultado al marido, debe presumirse, razonablemente el propósito de los contrayentes, de obtener así la legitimación del hijo concebido antes de la celebración del matrimonio.

Por otro lado, si el nacimiento de ese hijo ocurre dentro de la existencia del matrimonio, aunque no hayan transcurrido 180 días de su celebración y tal hijo ha sido reconocido tácitamente por el marido al recogerlo en tal condición, no parece corresponder a la realidad, exigir que el marido concurra al levantamiento del acta de nacimiento o lo reconozca expresamente, para que se considere que ese hijo es de matrimonio.

La corriente acogida por la jurisprudencia francesa, admite la posibilidad del ejercicio de la acción de la investigación de la paternidad, si de la conducta observada por el presunto padre respecto del hijo que se le atribuye, se desprende en manera inequívoca, que es ciertamente su progenitor.

El marido a quien se atribuye la paternidad del hijo que nace dentro de los ciento ochenta días a la celebración del matrimonio puede ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad, si se cumplen los supuestos establecidos en el artículo 326 in fine, o sea, que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que dentro de los diez meses que precedieron al nacimiento, fue físicamente imposible el acceso carnal con la madre del presunto hijo.

Una vez que hemos visto la situación jurídica que guardan los hijos nacidos fuera de matrimonio, en forma general en nuestro Código Civil vigente, pasaremos a analizar una por una las figuras que la integran:

3.4) PRUEBAS DE LA FILIACION NATURAL.

Por cuanto a la prueba de la filiación natural, se presentan gravísimos problemas en virtud de que respecto a la paternidad no podemos nunca partir, fuera de casos excepcionales, de esa presunción que en el matrimonio atribuye el hijo de la mujer casada al marido. Como la paternidad es un hecho que no puede comprobarse objetivamente como la paternidad (mediante el parto y la identidad del hijo), tendrá que presumirse en el matrimonio, ante una situación normal de la vida humana. Es lógico inferirse que los hijos de la mujer casada sean hijos del marido, y aun cuando se admita la posibilidad del adulterio (como ya lo hemos visto en párrafos anteriores), y, por lo tanto, de que el marido impugne la legitimidad, tendrá que rendir éste pruebas convincentes que destruyan la presunción legal.

Cuando no exista matrimonio, generalmente no hay base alguna para poder inferir de la maternidad, la paternidad. Por esto en principio la prueba de la paternidad sólo podía lograrse a través del reconocimiento voluntario que hiciera el padre (Códigos de 1870 y 1884), estando prohibida la investigación de la paternidad.

"Se presumen hijos del marido salvo prueba en contrario, los que ha dado a luz la mujer casada, durante el matrimonio.

En virtud de esta presunción, el hijo no tiene que probar quien es su padre, porque el Código Civil presume que el embarazo de la madre es obra del marido con quien ella cohabitaba en la época de la concepción.

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, en los cuales, 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". (18)

Actualmente, los Códigos modernos, y así lo admite nuestro Código Civil vigente como hemos visto y la Ley de Relaciones Familiares de 1917, la paternidad si puede investigarse en los casos que haya elementos para sospechar que determinado hombre es el padre, como ocu

(18) Galindo Garfias, Ignacio. - Op. Cit. - Págs. 586 y 600.

rre en el concubinato, ya así como en el matrimonio se presume que es el marido quien engendra a los hijos que tenga su esposa, en el concubinato, dentro la vida marital bajo el mismo techo, con el trato sexual continuo, se presume que el concubino es quien engendra a los hijos que tenga la concubina después de los ciento ochenta días de iniciado el concubinato, o dentro de los trescientos días siguientes a la fecha en que terminó. (Código Civil, art. 383).

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, por lo que se refiere a los efectos de la filiación, no distingue entre las situaciones de los hijos nacidos dentro de matrimonio y la de los que nacen fuera de él; pues no existe diferencia alguna entre unos y otros respecto de la patria potestad, de la herencia, de la obligación alimenticia y del derecho a recibir alimentos, de los impedimentos para celebrar matrimonio, ni por lo que atañe a usar el nombre del padre.

El Código no pudo por lo que se refiere a la prueba de los hijos de matrimonio y a la manera de probar la filiación de los nacidos fuera de el organizar un sistema distinto según se trate de unos u otros.

Por lo que toca a los hijos de matrimonio, según ya hemos visto, el Código ha creado un sistema conforme al cual, la filiación queda establecida por el sólo hecho del parto de la esposa, de donde se deduce la paternidad del marido.

En tanto que respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la filiación sólo queda establecida a través del reconocimiento volunta --

rio que hace el padre o de una sentencia judicial que declare la paternidad o 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. El hijo no está protegido respecto de la filiación paterna, por una presunción semejante a la que protege al hijo que ha dado a luz una mujer casada.

El maestro Antonio de Ibarrola nos dice "a propósito de la filiación, como a propósito del matrimonio es necesario distinguir por una parte el establecimiento del lazo de filiación y su prueba, y por otra parte las prerrogativas y obligaciones que influyen de la relación de filiación tanto respecto del hijo como de sus padres y ascendientes. El artículo 324 fija las reglas conforme a las cuales se prueba la filiación legítima, el 382 como puede investigarse la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Comenzaremos por estudiar cómo se prueba la filiación.

La filiación de una persona se compone de elementos múltiples: el primer punto que ha de establecerse es el parto de quien pretende ser madre: tal mujer ha tenido un niño en tal momento: ello presupone que se conocen el hecho del alumbramiento y su fecha. En segundo lugar hay que establecer la identidad del hijo. La persona que hoy reclama ¿es verdaderamente el niño parido por aquella mujer tiempo ha? Esta identi-

dad supone necesariamente que deben concordar la fecha del alumbramiento y la edad del reclamante, y además que no ha habido sustitución de un niño por otro.

Cuando esos dos puntos son confesados o probados, la MATERNIDAD, es decir, la filiación respecto de la madre queda establecida. Es mucho más fácil la prueba de la maternidad, que jamás deja lugar a duda, que la de la paternidad: MATER SEMPER CERTA EST, PATER - - INCERTUS.

Una vez probada la maternidad y establecida ésta en relación -- con la madre, habremos de pasar a la filiación paterna: ¿cuál fue el -- hombre que dejó encinta a la mujer?. El problema de la paternidad no puede plantearse en tanto que el de la maternidad no haya quedado ya - - previamente determinado: ni pensar en investigar quien es el padre de un niño cuando no se ha determinado previamente quien es su madre. - Existe, pues, un defecto de método en la ley, cuando en los artículos - 327 y siguientes se ocupa de la filiación paterna antes de haber hablado de la filiación materna. (19)

(19) De Ibarrola, Antonio. - Ob. Cit. - Págs. 301 y 302.

a) INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD.

La investigación de la paternidad y maternidad, conjuntamente con el reconocimiento, son medios de prueba para establecer la filiación habida fuera de matrimonio (los únicos medios que reconoce nuestro Código vigente, junto con la presunción a que se refiere el artículo 383 de dicho ordenamiento).

Este tema ha sido tocado someramente ya en lo relativo a la prueba de la filiación, por lo que nos concretaremos a ver algunos puntos que no fueron vistos.

En Francia, y sólo como referencia, diremos que en su ley de 1912, en cuanto a la investigación de la paternidad la permitió en los siguientes casos: a) Concubinato notorio; b) Violación o rapto de la mujer, si su fecha coincide con la probable concepción del hijo; c) Seducción dolosa de la mujer; d) Existencia de un principio de prueba por escrito del que se desprendiese un reconocimiento expreso o tácito por parte del hombre respecto a su paternidad; e) proveer por un determinado hombre a la subsistencia y educación del hijo.

"Es verdad que en nuestro Código Civil, contrariamente a lo que ocurre en otros sistemas legislativos, la prueba de la filiación natural no queda abandonado el reconocimiento voluntario de los padres; el hijo puede en cualquier momento, ejercer la acción de la investigación de la maternidad, porque ésta resulta del sólo hecho del nacimiento y porque expresamente el artículo 385 del Código Civil 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 aun investigar en este caso la maternidad, si esta se deduce de una sentencia civil o criminal.

Por lo que atañe a la investigación de la paternidad, el ejercicio de esa acción es restringida a sólo aquellos casos que menciona limitativamente el artículo 382 del Código Civil". (20)

A continuación, transcribiremos los preceptos del Código Penal vigente en el Distrito Federal, que respectivamente los delitos de estupro, violación y rapto.

Artículo 262. - Al que tenga cópula con mujer menos de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos.

Artículo 265. - Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de dos a ocho años.

Artículo 266. - Se equipara a la violencia, la cópula con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier --

(20) Galindo Garfías, Ignacio. - Ob. Cit. - Pág. 598.

otra causa no pudiera resistir.

Artículo 267. - Al que se apodere de una mujer, por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse, se le aplicará la pena de seis meses a seis años de prisión y multa de cincuenta pesos a quinientos pesos.

Artículo 268. - Se impondrá también la pena del artículo anterior, aunque el raptor no emplee la violencia ni el engaño, sino solamente la seducción y consienta en el rapto la mujer, si ésta fuera menor de dieciseis años.

Artículo 269. - Por el sólo hecho de no haber cumplido dieciseis años la mujer robada voluntariamente siga a su raptor, se presume que éste empleó la seducción. (21)

Además de estos tres casos, por violación, rapto o estupro, se podrá investigar la paternidad cuando exista concubinato notorio. Pero requerimos de manera expresa que ese concubinato sea viviendo ambos concubinos bajo el mismo techo. Al efecto, el Código Civil vigente, en su exposición de motivos expresa: "se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia - -

(21) Código Penal para el Distrito Federal. - Trigésima Tercera Edic. Edit. Porrúa, Méx. 1981. -

les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución.

Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de saber quien es su madre, y se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y la concubina.

Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato....."(22)

Nuestro Código vigente, vino a ampliar, en relación a los Códigos de 1870 y 1884 la investigación de la paternidad.

Igualmente reconocemos que se investigue la paternidad ante la prueba de la posesión de estado frente a un presunto padre, que no sólo se acredita en virtud de los alimentos sino por el trato que dé al presunto hijo, considerándolo como tal.

Por último, y como se desprende del artículo 382 del Código, cuando exista un principio de prueba; pero ya no se requiere que sea por escrito como en las anteriores legislaciones, teniendo con esto la ventaja de la flexibilidad en cuanto las pruebas que pueden rendirse.

(22) Código Civil de 1928 para el D. F. - 47a. Edic. Edit. Porrúa, - - Méx. 1980. - Pág. 16.

El artículo 382 textualmente dice: "La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, 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 encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;

III. - Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre;

IV. - Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba en contra del pretendido padre".

Y en seguida agrega en su artículo 383 "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 común entre el concubinario y la concubina".

El artículo 384 define la posesión de estado para investigar la paternidad, la cual basta con el trato del presunto padre o de la familia paterna, pero se agrega que éste hubiera proveído a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo. Dice así: "La posesión de estado, para los efectos de la fracción II del artículo 382, se justificará demostrando por los 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".

Nuestro Derecho no reconoce como causa para la investigación - de la paternidad, el hecho de otorgar alimentos, pues puede suceder que por simple caridad se socorra a determinada persona, resultando en -- consecuencia peligroso establecerse ese hecho como medio de investiga- ción de la paternidad o maternidad.

En cuanto a la investigación de la maternidad; si la de la pater- nidad está limitada a los seis casos que enumera el artículo 382 del -- Código Civil, por las razones que ya expusimos, en cambio la primera es absolutamente libre en principio y se puede acreditar por todos los - medios de prueba, justificando el parto y la identidad del hijo.

Sólo se impone una limitación para la investigación de la mater- nidad, que es cuando se pretende imputar el hijo a una mujer casada. - Cuando el marido hubiese desconocido al hijo y exista sentencia que de- clare la ilegitimidad del mismo, sí podrá investigarse la maternidad -- respecto de la mujer casada, porque debido a la impugnación que llevó a cabo el marido, quedó desconocida la presunción que establece que - los hijos de la mujer casada, salvo prueba en contrario, se consideran hijos de su marido. Los artículos 360, 385 y 386 reconocen estos - - principios para la libre investigación de la maternidad. Dicen así: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación de la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo - se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que -

declare la paternidad". "Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la investigación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada". "No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad, si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal". La sentencia civil a que se refiere éste último precepto, es la impugnación de la legitimidad del hijo por parte del marido; la sentencia criminal es la de adulterio de la mujer casada, para que ya exista una base a fin de que ese hijo pueda considerarse concebido en dicho adulterio.

Están relacionados con los preceptos citados, los artículos 62, 63, 64 y el 374, que mantienen la misma idea, es decir, impedir, según los casos, que se investigue la maternidad imputando el hijo a la mujer casada; o que se registre como un hijo distinto al marido.

Tiene aplicación constante nuestro artículo 385, que permite acreditar la maternidad con todos los medios ordinarios de prueba. En el caso de la sucesión intestada, a su vez el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles permite al hijo acreditar su filiación por medio de la prueba legalmente posible. Dice así:

"Los herederos ab-intestato que sean descendientes del finado, podrán obtener la declaración de su derecho justificando con los correspondientes documentos o con la prueba que sea legalmente posible, su pa

rentesco con el mismo y con información testimonial que acredite que ellos o los que designen son los únicos herederos". Es así como incluso dentro del juicio sucesorio, sin necesidad de un juicio especial, se puede acreditar mediante testigos a quienes les conste el hecho del parto y la identidad del hijo, la maternidad que da derecho a heredar al hijo natural. (23)

Ya para finalizar lo relativo a la investigación de la paternidad y maternidad, citaremos algunas sentencias pronunciadas al respecto por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal:

PATERNIDAD___DECLARACION JUDICIAL DE___LA FILIACION QUE -
SE ESTABLECE POR DECLARACION EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO
360 DEL CODIGO CIVIL IMPONE LA SUMA DE DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE DERIVAN DE ESE PARENTESCO. - Se considera que la testimonial rendida, es suficiente para demostrar la acción ejercitada, en virtud de que las declaraciones fueron conformes y contestes en lo esencial y -
su dicho se corroboró en los términos indicados con la propia confesión -
del enjuiciado; en consecuencia, la sentencia combatida en este juicio es infundada y por lo mismo debe revocarse en todas y cada una de sus partes, declarando que el demandado es padre de la menor, por estar así de
mostrado en los términos indicados, por lo cual la filiación que resulta -
de esta declaración en los términos del artículo 360 del Código Civil, - -
impone al demandado, respecto de su menor hija, y a esta respecto de -
su padre, todos los derechos de su menor hija, y a esta respecto de su -

(23) Rojina Villegas, Rafael. - Ob. Cit. - Pág. 481.

padre, todos los derechos y obligaciones que de ella derivan".

PATERNIDAD __ PRESUNCION QUE ESTABLECE EL ARTICULO 383 DEL CODIGO CIVIL. ____ Opera cuando se demuestra fehacientemente la relación de concubinato y se realizan los supuestos de la mencionada disposición legal" (24)

(24) Anales de Jurisprudencia. - Índice General 1980. - Derecho Familiar, Tomo III. - Págs. 175 y 176.

b) EL RECONOCIMIENTO Y SUS EFECTOS.

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, r relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto de sólo se establece por el reconocimiento voluntario, o por una s que declare la paternidad.

Los padres pueden reconocer a su hijo conjunta o separa El reconocimiento hecho por uno de los padres, produce efectos de él y no respecto del otro progenitor .

Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la con quien fue habido. (25)

El reconocimiento, como ya lo hemos dicho, es, en nues cho, conjuntamente con la investigación de la paternidad y mater modo de prueba del lazo de filiación; a diferencia de que éste es de voluntad que crea ese lazo.

El maestro Rojina Villegas nos dá el siguiente concepto ón sobre el reconocimiento "es un acto jurídico unilateral o plur solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel conoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligacio atribuye la filiación. Enseguida y en base a ésta definición, nos (

(25) Muñoz Luis. - Derecho Civil Mexicano, Tomo Uno. - Edición lo, México, D. F. - 1971. - Págs. 432 y 433.

elementos del reconocimiento los siguientes: a) Es un acto jurídico; b) Unilateral o plurilateral; c) Solemne; d) Por virtud del mismo, el que reconoce asume todos los derechos y obligaciones que la ley impone al padre o a la madre, en relación al hijo.

Yo creo que más que elementos del reconocimiento, son características del mismo, y que además, como otra característica más es el de ser irrevocable, atento al contenido del artículo 367 del Código Civil "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".

De acuerdo con la opinión de JOSSERAND, el reconocimiento presenta los siguientes caracteres: 1o. - Declarativo; 2o. - Personalísimo; - 3o. - Individual; 4o. - Irrevocable; 5o. - Solemne.

1o. - Es declarativo, nos dice este autor, porque no modifica ninguna situación que ya existía antes; 2o. - Es un acto personalísimo, porque no puede provenir sino de los progenitores de la persona de cuya filiación se trata; 3o. - Es individual, porque sólo produce efectos respecto - del padre o de la madre que ha reconocido y no respecto del otro progenitor; 4o. - Es irrevocable porque establecido el estado de la persona de - cuya filiación se trata, no puede depender de la voluntad de quien ha realizado el reconocimiento y; 5o. - El reconocimiento deberá hacerse necesariamente de alguno de los modos siguientes: en la partida de nacimiento (en nuestro Derecho) ante el Juez del Registro Civil; por acta especial

ante el mismo Juez por escritura pública, por testamento, por confesión judicial directa y expresa. (26)

Algunos autores, como Antonio de Ibarrola, pretenden distinguir dos formas de reconocimiento; el voluntario y el forzoso (declaración de la paternidad o maternidad por los Tribunales) "El reconocimiento de hijos puede verificarse en dos formas: declaración hecha voluntariamente por el padre o la madre, en la que confiesen en forma legal que han tenido un hijo fuera de matrimonio (reconocimiento voluntario) o acto en que la paternidad o maternidad es declarada por los Tribunales en sentencia firme (reconocimiento forzoso). (27)

No participo esa idea, puesto que al declarar la paternidad o maternidad los Tribunales mediante la investigación de la paternidad, va a haber una imputación directa hacia el pretendido padre, misma que éste va a negar siempre, aún cuando se haya obtenido fallo firme respecto a la declaración de paternidad o maternidad; por lo que no puede haber ningún reconocimiento de esa situación ni aun forzoso.

En sí, el reconocimiento es el medio que la ley establece para determinar y probar la paternidad o maternidad natural, y por el cual el hijo habido fuera de matrimonio adquiere un estado legalmente cierto que hace posible el ejercicio de sus derechos.

(26) Citado por Galindo Garfias, Ignacio. - Ob. Cit. - Págs. 602 y 603.

(27) De Ibarrola Antonio. - Ob. Cit. - Pág. 341.

Para que se tenga por hecho el reconocimiento y surta sus efectos legales, se deberá de realizar en las formas señaladas por el Código, - concretamente en su artículo 369 que prescribe "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.

De lo anterior se colige que si el reconocimiento no se hace en -- las formas señaladas anteriormente, dicho reconocimiento se tendrá por no hecho; de ahí la solemnidad de dicho acto, que es una de sus caracte-- rísticas, Además, podríamos afirmar que no sólo es una de sus caracte-- rísticas, sino que son elementos de validez, ya que sino se hace en cual . quiera de esas formas, no es válido.

Vemos en la legislación mexicana una situación desventajosa para los hijos extramatrimoniales, al establecer el Código Civil en su artículo 372 "El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio -- sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste". Pensemos en el caso de que ambos progenitores han contraído nupcias- - con distinta persona, reconocen a su hijo habido antes de sus respectivos

matrimonios, pero como la ley les da la opción de aceptar o no al otro -
cónyuge el que vaya ese menor a vivir a la habitación conyugal, no lo - -
aceptan simplemente sus correspondientes cónyuges por vanidad, ma - -
chismo, orgullo o dignidad; desde luego ese menor quedará a la deriva -
de su destino, sin apoyo, protección y amparo tanto de quienes lo traje -
ron al mundo, como de la propia ley. ¿Qué suerte irá a correr ese infe -
liz chiquillo que ninguna culpa tuvo de venir a este mundo?. Ahora bien, -
el legislador lo hizo con la intención de no propiciar desavenencias en la
nueva vida que emprenden los progenitores, pero, ¿el niño qué?, tendrá
que cargar y arrastrar por toda su vida la culpa de sus padres ¡si por --
ese error de los padres, alguien debe sacrificarse, en última instancia,
¡que sea el hijo! ¿por qué?.

Se le debe imponer en cierta forma y reuniendo ciertos requisi--
tos, al cónyuge de quien reconoce un hijo habido antes de su matrimonio
la obligación de aceptar en su hogar a dicho hijo, es decir, cuando se --
comprobara que dicho menor, de no ir a vivir con alguno de sus progeni-
tores quedaría en total desamparo. Ya que al casarse se supone que lo -
hacen por amor y sabedores en algunos casos de la existencia del hijo, -
por lo que deben de poner todo lo que esté de su parte para aceptar esa -
situación.

Hablemos del reconocimiento de la maternidad. Esta no ha dado
lugar a la diversidad de criterios y discusiones que en derredor de la in-
vestigación de la paternidad surgen, porque en ella no se trata ya de pe-

netrar los misterios de la naturaleza, pues el parto y la identidad del hijo son dos hechos positivos, que pueden ser demostrados, y además- encuentran su prueba evidente en las leyes naturales y sociales.

Dos principios rigen esta situación en nuestro Código Civil.

a) "Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y sus -- descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por -- cualquiera de los medios ordinarios pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir al hijo a una mujer casada".

b) "No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una -- sentencia civil o criminal". (28)

Una vez efectuado el reconocimiento o declarada la paternidad o maternidad natural mediante la investigación respectiva, el hijo tendrá los siguientes derechos:

I. - A llevar el apellido del que lo reconoce;

II. - A ser alimentado por éste;

III. - A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley. (art. 389)

(28) De Ibarrola, Antonio. - Ob. Cit. Pág. 344.

3.5) LA LEGITIMACION. SU EVOLUCION HASTA NUESTRA LEGISLACION VIGENTE Y SUS EFECTOS.

Podemos definir la legitimación como aquella situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos, con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esa calidad. (29)

La legitimación —escribe el tratadista francés Planiol—, es un beneficio por el cual se confiere ficticiamente la cualidad de hijo legítimo a un hijo concebido fuera de matrimonio.

En Derecho Romano la legitimación existió tanto por subsecuente matrimonio, como por decreto imperial y "rescripto del Principe". Era considerada como una de las fuentes de la patria potestad sobre los hijos naturales, y se realizaba en una de las siguientes formas:

1. - El "justo matrimonio" con la madre, algo que no siempre era posible, por ejemplo en el caso de una concubina respecto de la cual el marido no tuviera el CONNUBIUM, o una concubina difunta. No se podían legitimar a los hijos adulterinos e incestuosos.

2. - Un rescripto del emperador, posible escape en los casos en que el padre y la madre no podían celebrar su matrimonio por no ser realizable o aconsejable. El emperador sólo autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos.

(29) Rojina Villegas, Rafael. - Pág. 467.

3. - La "obligación de la curia". En este caso el padre se hacía responsable de que el hijo aceptara la desagradable y arriesgada función de "decurión", consejero municipal que respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros fiscales decretados por el exigente - - Bajo Imperio. Además el padre debía separar de su patrimonio inmuebles por cierta cantidad, para garantizar la gestión de su hijo en la Curia. Aquí si no importaba que hubiera hijos legítimos.

Así, en Roma, la legitimación de una persona mayor de edad - hacía sufrir a ésta, última una "capitis diminutio" mínima. En cambio, en el derecho moderno, el hijo mayor legitimado no sufre una reducción en sus derechos, sino que recibe importantes ventajas, como son: derechos sucesorios ab-intestato, derecho al apellido del padre, e incluso a alimentos, en caso de necesidad. A cambio de ellos, sólo le impone el deber de dar alimentos, en el caso de que el padre legitimante caiga en la miseria. Realmente estos derechos no los adquiere por efectos de la legitimación, sino que, son adquiridos desde el momento y por el hecho del reconocimiento. (30)

La legitimación apareció en el Bajo Imperio con el emperador - Constantino (325 a 337) y se desarrolló bajo sus sucesores Zenón (474 a 491); Anastasio (491 a 512) y Justiniano. (31)

(30) Floris Margadant s., Guillermo. - Ob. - Cit. - Pág. 203.

(31) Silva Ventura, Sabino. - Derecho Romano. - Edit. Porrúa, Segunda Ed., Méx. 1960. - Págs. 99 y 100.

Actualmente, en el derecho moderno la legitimación únicamente se puede obtener por el subsecuente matrimonio de los padres. No necesitamos en la actualidad modos semejantes al rescripto imperial, ya que el padre moderno tiene la facultad de reconocer a sus hijos naturales ante el Oficial del Registro Público, por escritura notarial, por testamento o por confesión judicial.

En el Derecho Romano, la legitimación si tiene razón de ser toda vez que no admitía el reconocimiento; era necesario recurrir a la legitimación en una de las tres formas señaladas para establecer la filiación y en consecuencia la patria potestad.

El Derecho Canónico aceptó también la legitimación por el subsecuente matrimonio, o por las cartas papales. El Papa, así como en el decreto del príncipe, podría considerar, por una determinación, legitimado al hijo. (32)

Lo anterior tuvo gran arraigo y un profundo significado porque la Iglesia Católica, ante la extendida costumbre del concubinato, perseguía propiciar la celebración del matrimonio entre los concubinos por amor a los hijos, sucediendo esto principalmente en la Edad Media.

De las distintas formas de legitimación históricamente conocidas, la producida por subsiguiente matrimonio de los padres del hijo natural es la única que se ha conocido en el derecho mexicano, y es hasta

(32) Rojina Villegas, Rafael. - Ob. Cit. - Pág. 470.

el Código Civil de 1884 donde encontramos esta figura. Al efecto, el artículo 326 de dicho ordenamiento rezaba: "El único medio de legitimación es el subsiguiente matrimonio de los padres; y este produce sus efectos, aunque entre él y el nacimiento de los hijos haya habido otro matrimonio".

Este ordenamiento sólo permitía la legitimación a los hijos naturales, es decir, cuando hubieren sido concebidos en una fecha en que el matrimonio de los padres pudiera haberse celebrado, (que no hubiere -- impedimento por adulterio o incesto); por lo que, en una palabra, la legitimación no se permitía a los hijos adulterinos e incestuosos.

Lo anterior se desprende de los siguientes preceptos del Código que se comenta: Artículo 325 "Sólo pueden ser legitimados los hijos naturales", y el artículo 328 definía a estos hijos diciendo "Son hijos naturales los concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa"

Posteriormente, la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 permitió la legitimación de todos los hijos extramatrimoniales sin distinguir a los adulterinos e incestuosos. En su artículo 176 establecía "pueden ser legitimados todos los hijos habidos fuera de matrimonio; y el 186 señalaba "Todo hijo nacido fuera de matrimonio es natural". Igualmente se lo graba sólo por el subsiguiente matrimonio de los padres (artículo 177 -- L.S.R.F.)

Actualmente, nuestro Código Civil vigente la contempla como una institución civil que regula el cambio de situación jurídica de los hijos --

nacidos fuera de matrimonio, en virtud de la celebración posterior de éste por quienes lo engendraron, extendiéndola a todos los hijos habidos fuera de matrimonio sin distinción alguna. La palabra legitimación se emplea para designar los efectos producidos en relación con el hijo natural, por el matrimonio de sus padres, celebrado con posterioridad al hecho de su nacimiento.

Realmente, en mi opinión, en nuestro Código de 1928 el capítulo relativo a la legitimación no tiene razón de ser, toda vez que simplemente con el reconocimiento que los padres hagan de sus hijos habidos fuera de sus matrimonio, éstos adquieren todos sus derechos y obligaciones inherentes a los legítimos, tales como el derecho de llevar el apellido de sus progenitores; el derecho a obtener alimentos y; el de percibir la porción hereditaria que establezca la ley. Por lo que, participando de la opinión del maestro Antonio de Ibarrola cabe preguntarse que ventajas puede traerle a un hijo que sus padres lo legitimen. (33)

Mediante la legitimación, la filiación llamada tradicionalmente ilegítima se transforma en legítima. Esta transformación —dice Velarde— se hace por la influencia de dos factores que son: la naturaleza y la ley; la primera crea la prole; la segunda la legitima y legaliza. En este sentido de legitimación, como sostienen muchos autores, es una ficción por la que los hijos considerados ilegítimos se suponen nacidos den-

(33) De Ibarrola, Antonio. - Ob. Cit. - Pág. 331.

tro de matrimonio; pero agrega que como toda ficción supone términos hábiles o sea que los padres hubieren podido casarse al tiempo de la concepción, pues de otra manera no sería una ficción, sino una concesión realmente violenta del derecho, porque no puede haber ley ni autoridad que a su juicio, pueda otorgar la condición de hijos legítimos cuando la naturaleza es opuesta a ello. (34)

La tesis de que la legitimación es una ficción en virtud de la cual se considera que ha nacido de matrimonio a quien ha nacido fuera de él, es generalmente admitida, y en lo particular nosotros también participamos esa opinión.

Nuestro Código vigente no define sino indirectamente la legitimación al decir que "el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos antes de su celebración" (artículo 354). Y enseguida el 355 establece: para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante el, haciéndolo en todo caso ambos padres junta o separadamente".

Cabe nuevamente preguntarse al respecto, de que derecho va a gozar el hijo legitimado, que le va a conceder la legitimación, materialmente hablando.

(34) De Pina, Rafael. - Derecho Civil Mexicano: Introducción, Personas y Familia. - Edit. Porrúa, S. A. - Méx., 1972. - Págs. 359 y 361.

En el caso que el hijo haya sido reconocido por el padre, si en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no necesita reconocimiento expreso de éste, para que la legitimación surta sus efectos legales. Tampoco se necesita el reconocimiento del padre, si ya se expresó su nombre en el acta de nacimiento del hijo (art. 356).

El beneficio de la legitimación no corresponde solamente a los hijos que están vivos al efectuarse el matrimonio, sino que se extiende, igualmente que a éstos, a los que hayan fallecido antes de ese momento, si dejaron descendientes, y a los no nacidos, si el padre, al casarse, declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquella estuviera encinta.

Los hijos legitimados adquieren todos sus derechos (no sabemos cuales derechos) como tales desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento sea posterior, lo que significa que tiene efectos retroactivos. (35)

(35) De Pina, Rafael. - Ob. Cit. - Pág. 361.

3.6) CONTENIDO DEL ESTADO CIVIL DEL HIJO HABIDO FUERA DE MATRIMONIO.

a) APELLIDOS.

Los apellidos, junto con el nombre, identifican al ser humano. Son aquellos manifestación de una relación de filiación, y siendo ésta trascendente en tantos aspectos, se explica igualmente la trascendencia que puede implicar el derecho al uso de los apellidos. Se trata de un derecho de la personalidad.

Y es que los apellidos son el elemento más visible, notorio y característico de la relación familiar.

Marcel Planiol y Georges Ripert definen al apellido diciendo que éste no es propio de una persona determinada, sino común a todos los miembros de la familia que desciende, por la línea masculina, del mismo autor. Es el elemento hereditario del nombre, que indica la filiación; por ello se llama también "nombre patronímico" o "nombre de familia". Corresponde al "gentilium" romano. (36)

El Código Civil vigente, en su artículo 58 establece "el acta de nacimiento se levantará..... contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y APELLIDOS que le correspondan.....", y en la fracción III del citado artículo dice "En los

(36) Marcel, Planiol y Georges Ripert. - Tratado elemental de Derecho Civil. - Tomo I, Introducción, Familia, Matrimonio. - Edit. Cajica, S. A., Puebla, Pue.. - Pág. 228.

casos de los artículos 60 y 77 de éste Código el Juez pondrá el APELLIDO paterno de los progenitores o los dos apellidos del que lo reconozca".

Cuando el hijo habido fuera de matrimonio no ha sido reconocido por sus progenitores o alguno de ellos, carece de todo derecho respecto de éstos.

Sin embargo, el artículo 360 del Código Civil establece "la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad". El derecho al apellido lo establece el artículo 389, fracción I del mismo ordenamiento, al efecto prescribe "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". y Siendo el apellido, como señala el autor español Oltra Moltó - Enrique, un derecho de la personalidad, constituye un contenido del estado civil.

b) NACIONALIDAD.

En nuestro Derecho mexicano no tenemos ningún problema en cuanto a la nacionalidad de los hijos habidos fuera de matrimonio, ya sea que estén reconocidos o no, o que sean de matrimonio, pues basta que éstos hayan nacido dentro de territorio nacional para que sean mexicanos por nacimiento, independientemente de que esté o no establecida su filiación.

La nacionalidad de los padres sí influye en la de los hijos habidos fuera de matrimonio, pero cuando se trate de situaciones ocurridas fuera del País, es decir, cuando el hijo nazca en el extranjero; aquí sí va a influir la nacionalidad de sus padres pero siempre y cuando esté plenamente establecida su filiación.

Existe un tercer sistema para atribuirle nacionalidad a éstos hijos (independientemente sean hijos de matrimonio o no), que es el caso cuando se nace a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes, no importando igualmente la nacionalidad de los padres, éstos serán mexicanos.

Lo anterior se desprende de los artículos 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y lo. de la Ley de Nacionalidad y Naturalización. Ambos preceptos dicen:

a) Son mexicanos por nacimiento:

I. - Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;

II. - Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana;

III. - Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes. (37)

(37) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. - Colección - Porrúa. - 55a. Edición, Méx. - Y Manual del Extranjero, por Carlos A. Echánove Trujillo. - Edit. Porrúa, 19a. Edición.

c) PATRIA POTESTAD.

Al entender del jurista español De Diego, la patria potestad es "el deber y el derecho que a los padres corresponde proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos". (38)

El maestro Antonio de Ibarrola, en su tratado de Derecho de Familia dice que actualmente se podría definir lo que hoy se llama patria potestad como "una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad".

Otros autores sostienen que la patria potestad comprenden una serie de derechos y obligaciones correlativos para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarle alimentos, etc. (39)

En nuestro Derecho Positivo, el artículo 413 del Código Civil vigente señala quienes deben de ejercer la patria potestad diciendo... "Se ejerce sobre las personas y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores..."

(38) Cit. por Luis Muñoz. - Derecho Civil Mexicano. - Ob. Cit. - Pág. 439

(39) Amparo directo 2078/74, 15 de agosto de 1975, unanimidad. - Cit. - por Antonio de Ibarrola. - Pág. 359.

En cuanto a las personas que la deben de ejercer, lo establece el artículo 415 del mismo ordenamiento. Dicho precepto dice así "cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

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 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. (art. 380). 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, (art. 381).

Cuando por cualquiera circunstancia dejase de ejercer la patria potestad alguno de los padres en los casos previstos anteriormente, entrará a ejercerla el otro. A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los abuelos paternos y los maternos en el orden que determine el Juez de lo Familiar (art. 418).

Al respecto, en esto difiere a la forma del ejercicio de la patria potestad de los hijos de matrimonio, pues la ley es explícita en este sentido de en que orden se debe de ejercer en dichos hijos, estableciendo en primer lugar a los padres, a falta de estos por los abuelos paternos y en

su defecto por los maternos, sin dejar a consideración lo anterior al Juez de lo Familiar.

3.7) DERECHOS DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO

a) DERECHO A ALIMENTOS.

Marcel Planiol y Georges Ripert, en su tratado de Derecho Civil - consideran la obligación alimentaria como un efecto de parentesco por con - sanguinidad o afinidad; sostienen que esta se deriva del parentesco y no - del matrimonio, lo que se demuestra con la circunstancia de que existe - entre personas que están unidos por el lazo de parentesco extramatrimo-- nial.

Definición. - Los mismos autores la definen diciendo que "se lla-- ma obligación alimentaria al deber impuesto a una persona de proporcio - nar alimentos a otra, es decir, las sumas necesarias para que viva". - - Esta obligación supone necesariamente que una de estas personas (el - - acreedor alimentario) está necesitada y que la otra (el deudor) se halla en posibilidades de proporcionarle lo necesario. Ordinariamente este deber es recíproco. (40)

En nuestro Derecho Positivo, los alimentos comprenden la comi- da, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Res- pecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos ne- cesarios para la educación primaria del acreedor y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circuns--

(40) Marcel Planiol y Georges Ripert. - Ob. Cit. - Pág. 354.

tancias especiales.

El derecho a alimentos en los hijos habidos fuera de matrimonio se alcanza una vez establecida la filiación, es decir, con el correspondiente reconocimiento por parte de alguno o ambos progenitores. Al efecto, el artículo 389 del Código Civil establece "el hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tienen derecho:

I. -

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

b) DERECHO HEREDITARIO.

Estudiaremos, como antecedente, los requisitos exigidos en los Códigos de 1870 y 1884, para que el hijo habido fuera de matrimonio tuviera derecho a heredar. En estos Códigos se hacía la diferenciación odiosa y denigrante entre hijos legítimos (habidos en matrimonio), legitimados (por subsecuente matrimonio de los padres), adulterinos, incestuosos y simplemente naturales. Los hijos adulterinos e incestuosos se distinguían así de los simplemente naturales, llamando "espurios" a los primeros. Exigia el Código de 1870, que tanto los hijos espurios como los naturales, para tener derecho a heredar, deberían ser reconocidos.

"Si quedaren sólo hijos naturales o sólo espurios, unos y otros legalmente reconocidos, sucederán en la misma forma que los legítimos".

Este precepto partía de la base de que no había hijos legítimos o legitimados y que el autor de la herencia dejó hijos naturales o espurios reconocidos.

Cuando concurrían hijos naturales, y espurios, con legítimos y legitimados, el Código hacía una verdadera graduación para fijar las partes de los hijos espurios y de los naturales, disminuyendo un tanto de la porción, que correspondería al hijo legítimo.

El artículo 383 del Código de 1870 exigía el requisito del reconocimiento para tener derecho a heredar a los hijos naturales y espurios.

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

I. - A llevar el apellido del que lo reconoce;

II. - A ser alimentado por éste;

III. - A percibir la porción hereditaria que le señala la ley".

En el Código de 1884 también se exigía el requisito del reconocimiento o designación. Decía el artículo 3592:

"Si quedaren sólo hijos naturales o sólo hijos espurios, legalmente reconocidos o designados, sucederán en la misma forma que los legítimos".

En cambio, en el Código de 1870 se decía: "unos y otros legalmente reconocidos. Debe interpretarse el artículo 3592 en el sentido de que para los hijos naturales se exigía reconocimiento, y para los hijos espurios se requería sólo la designación, pues según dicho artículo los hijos espurios no se reconocían, sino sólo se designaban.

El artículo 3596 del mismo Código de 84 estatúa:

"Cuando concurren descendientes legitimados con naturales reconocidos, la división se hará deduciendo de la porción que correspondería a los naturales si se hiciera por partes iguales, un tercio que acrecerá a la divisible entre los legítimos".

Además, en el artículo 356 del propio Código de 1884 decía:

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

I. - A llevar el apellido del que lo reconoce;

II. - A ser alimentado por éste;

III. - A percibir la porción hereditaria que le señala la ley en caso de intestado y la pensión alimenticia que establece el artículo 3324". (41)

La Ley de Relaciones Familiares viene a derogar de manera expresa la división de hijos incestuosos, adulterinos y naturales y consagra el término general de hijos naturales para los habidos fuera de matrimonio. No obstante que el propósito de esta Ley fue mejorar la situación de los hijos naturales y a la vez suprimir aquellas diferencias denigrantes, nuevamente por una redacción impropia, el artículo relativo al reconocimiento dijo:

"El hijo natural reconocido sólo tiene derecho a llevar el apellido del que lo reconoce".

(41) Rojina Villegas, Rafael. - Derecho Civil Mexicano. - Tomo IV. - Sucesiones. - Quinta Edición. - Méx. 1981. - Págs. 442 a 444.

Al emplear la ley los términos "sólo tiene derecho", se quiso interpretar que se derogaban las disposiciones que en materia hereditaria concedían al hijo natural reconocido una porción en la herencia. Por ese motivo se hicieron estudios de interpretación de ese artículo y el Licenciado Luis Cabrera, en el año de 1926, en un trabajo publicado en la Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de México, demostró desde todos los puntos de vista, que la Ley de Relaciones Familiares no pudo derogar ni suprimir el derecho del hijo reconocido; tanto para exigir alimentos, como para reclamar la porción alimentaria. En cuanto a lo primero, porque en el capítulo relativo a alimentos se regula el deber de los padres de alimentar a los hijos sin hacer distinción; en cuanto a la porción hereditaria, porque los artículos referentes a la sucesión legítima no quedaron derogadas por la Ley de Relaciones Familiares; y como esta ley siguió el sistema de derogación expresa, evidentemente que por esa razón, y por el deseo de mejorar la situación de los hijos naturales, no pudo desconocer un derecho que desde el Código de 1870 se había venido consagrando para esta clase de hijos. (42)

Actualmente, en el Código Civil vigente el problema se elimina, en virtud de que ya no encontramos en el capítulo referente a la sucesión de los descendientes, mención alguna respecto de los hijos llamados en

(42) Rojina Villegas, Rafael. - Ob. Cit. - (sucesiones). - Pág. 445.

las legislaciones anteriores "naturales". Tampoco hay disposición alguna que reduzca la parte del hijo habido fuera de matrimonio para acrecer la del habido en el.

El Código Civil vigente, respecto a la herencia ha equiparado la situación de los hijos habido fuera de matrimonio con la de los habidos dentro de éste; pero siempre y cuando se demuestre plenamente la filiación respecto del padre y de la madre. Es decir, para el padre la filiación se prueba por el reconocimiento o por sentencia que declare la paternidad; y para la madre por el mero hecho del nacimiento.

Partamos de una base, según lo establecido en el artículo 1313 del Código vigente; "todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privada de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes":

Enseguida hace mención de diferentes situaciones por la que se puede perder esa capacidad, pero sin mencionar en ningún momento el hecho de ser hijo habido fuera de matrimonio.

Además de este sistema general del Código para heredar los descendientes, que favorece los derechos de los hijos habidos fuera de matrimonio, comprobada su filiación, otras disposiciones nos vienen a ratificar la intención del legislador: en el artículo 1607 simplemente se habla de la herencia de los hijos; todos adquieren por partes iguales, sin

hacer distinción entre estas dos clases de filiación.

El artículo 1602 menciona quienes tienen derecho a heredar por sucesión legítima: 1. - Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y en ciertos casos la concubina; 2. - A falta de los anteriores, la Beneficencia Pública.

Fijémonos que al decir los descendientes no hace ninguna distinción de los mismos, por lo que se deduce que podrán o tendrán igual derecho los hijos de matrimonio y los hijos que no lo son.

En el artículo 1608 se habla de la herencia de los descendientes que heredan por cabeza o por estirpes, sin hacer tampoco distinción entre ambas filiaciones.

Además, un artículo consagrado especialmente para la herencia de la concubina, de sus hijos, que necesariamente son fuera de matrimonio, de la posible concurrencia de los hijos de la concubina con los que el autor hubiera tenido con otra mujer, nos demuestra que también el legislador de 1928 ha reconocido el derecho de heredar de los hijos habidos fuera de matrimonio, sin clasificarlos en incestuosos, adúlterinos o simplemente en naturales y si reducir la porción hereditaria, aún cuando concurren con hijos de matrimonio.

Sin embargo, para que se tenga derecho a la herencia por parte de este tipo de hijos se requiere como requisito el acreditamiento de la filiación.

El artículo 360 del Código Civil vigente establece: "La filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad".

Este artículo es fundamental para resolver el problema de la sucesión. En los Códigos anteriores con toda claridad se exigía que los hijos naturales deberían ser reconocidos para tener derecho a heredar. Lógicamente no se aceptaba, fuera del reconocimiento, que la filiación se comprobara por sentencia que declarara la paternidad. Ni tampoco respecto de la madre se podría justificar o acreditar el derecho demostrando el parto o nacimiento. Es decir, aun cuando el hijo hubiera obtenido sentencia declaratoria de la paternidad, o bien, si se trataba de heredar a la madre, aunque se demostrara plenamente la filiación acreditando el hecho del nacimiento, no bastaba esta prueba, porque la ley exigía el reconocimiento o la designación de los hijos espurios.

Como el Código en vigor no exige el reconocimiento por lo que al derecho de heredar de estos hijos se refiere, lógicamente acepta que éste depende de la filiación; que el reconocimiento es una forma de acreditar la filiación, pero a falta del mismo, la sentencia que declare la paternidad o la prueba del parto, acreditan el derecho hereditario del hijo respecto al padre o madre, respectivamente.

El Código en vigor acepta también que el reconocimiento, aun cuando se demuestre que no existe filiación, atribuye derechos hereditarios.

Sin embargo, se presenta un problema de interpretación respecto del artículo 389 que señala los efectos del reconocimiento; este precepto es igual al de los Códigos de 1870 y 1884, y dice así:

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

- I. - A llevar el apellido del que lo reconoce;
- II. - A ser alimentado por éste;
- III. - A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

El artículo no tiene más función que decir cuales son los efectos del reconocimiento, y no ha querido decir que sólo el hijo reconocido tiene derecho a la porción hereditaria o que el precepto qui era declarar los derechos de los hijos reconocidos, pero de ahí no se deduce que sólo ellos tienen ese derecho. Si así lo dijera diría "solamente el hijo reconocido tendrá derecho a heredar.

El determinar los derechos del hijo no reconocido no es la finalidad del artículo 389: sus derechos se ven señalados en distintos capítulos: en el de alimentos se dispone que los padres tienen el deber de alimentar a sus hijos en el capítulo referente a la herencia de los descendientes, se dice que los hijos tienen el derecho de heredar a sus

padres, y por tanto, no es del artículo 389, de donde vamos a derivar, a contrario sensu, si los hijos habidos fuera de matrimonio tienen derecho a heredar.

c) DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

El derecho a la Seguridad Social de los hijos habidos fuera de matrimonio ha sido poco tocado, por lo que es conveniente hacer mención de éste.

Existen dos leyes fundamentales que se encargan de regular la seguridad social: la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Podemos definir a la Seguridad Social como "aquella rama del Derecho que tiene por finalidad garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo. (43)

La Ley del Seguro Social prevee una serie de prestaciones para los asegurados, beneficiarios, así como aquéllas personas que de una forma u otra alcanzan sus beneficios en virtud del parentesco que tengan con el asegurado, y que como veremos, entre ellos se encuentran los hijos habidos fuera de matrimonio.

(43) Compilación de Legislación sobre Menores. - Instituto Nacional de Protección a la Infancia. - 1975. Méx., D. F. - Pág. 55

El capítulo III del título segundo de la Ley citada regula el seguro de riesgo de trabajo diciendo que este consiste en los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo.

El artículo 71 de dicho capítulo, en su fracción I establece que si el riesgo de trabajo trae como consecuencia la muerte del asegurado, se pagará una cantidad igual a dos meses del salario promedio del grupo de cotización correspondiente al asegurado en la fecha de su fallecimiento. Enseguida establece "este pago se hará a la persona, preferentemente familiar del asegurado, que presente copia del acta de defunción y la cuenta original de los gastos del funeral".

Lo anterior nos da a entender que puede ser cualquier persona - incluyendo obviamente a los hijos, sin hacer distinción de los habidos de matrimonio o los habidos fuera de éste.

En la fracción IV de dicho numeral, igualmente, sin hacer ninguna distinción entre los hijos, establece que a cada uno de los huérfanos que lo sean de padre o madre, menores de 16 años, se les entregará una pensión equivalente al 20% de lo que hubiera correspondido al asegurado tratándose de incapacidad total de éste.

En caso de enfermedad, igualmente la ley protege a los hijos habidos fuera de matrimonio, pues en su artículo 92 estatuye:

"Quedan amparados por esta del seguro social:

Fracción V. - Los hijos menores de 16 años de los asegurados y

de los pensionados".

Al no hacer distinción, se infiere que incluye a los hijos habidos fuera de matrimonio.

Esta protección se traduce en prestaciones en especie que consiste en asistencia médico-quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sea necesaria, desde el comienzo de la enfermedad y durante 52 semanas.

Existe una Ley especial aplicada a los trabajadores al servicio del Estado, llamada "Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado", la cual tiene los mismos fines: la seguridad social.

Esta ley, en su artículo primero establece, "Esta ley se aplicará:

Fracción IV. - A los familiares derechohabientes tanto de los trabajadores como de los pensionistas.

Artículo 22 "en caso de enfermedad no profesional, el trabajador y pensionista tendrán derecho a las siguientes prestaciones: asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sean necesarios".

Artículo 23 "también tendrán derecho a los servicios que señala el artículo 22 en caso de enfermedad los familiares del trabajador y del pensionista que enseguida se enumeran:

II. - Los hijos menores de 18 años.

Cabe hacer notar que aquí, esta ley también no hace distinción de los hijos habidos fuera de matrimonio.

El artículo 33 de la misma ley señala el seguro relativo a accidentes del trabajo y enfermedades profesionales diciendo:

"Cuando el trabajador fallezca a consecuencia de un riesgo profesional, los derechohabientes señalados en el artículo 89 y en el orden que establece, gozarán por un año de una pensión íntegra, equivalente al 100% del sueldo o sueldos que hubiese percibido el trabajador en el momento de ocurrir el fallecimiento, disminuyendo dicha pensión en un 10% el segundo año y así sucesivamente en los subsecuentes hasta llegar a la mitad de la pensión original."

El artículo 89 citado dice "El orden para gozar de las pensiones a que se refiere este capítulo será el siguiente:

I.- Esposa superviviente e hijos menores de 18 años, ya sean legítimos, naturales reconocidos o adoptivos".

Aquí, la ley sí especifica que los dos tipos de filiación podrán gozar de ese derecho, pero encontramos que el legislador, en esta materia no ha podido erradicar el término "hijos naturales", muy deprimente en la actualidad.

Cabe hacer notar que en esta ley existe una disposición que algunos estiman lesiona los derechos de los hijos habidos fuera de matrimonio, e inclusive a los habidos en él.

Es el artículo 54 que dice: en los casos de pensión o jubilación o de incapacidad total permanente, se entregará al trabajador el total de los depósitos que tenga a su favor en el fondo. En caso de muerte del tra

bajador, dicha entrega se hará a sus beneficiarios, en el orden de prelación siguiente:

II. - La viuda, el viudo y los hijos que dependan económicamente del trabajador en el momento de su muerte.

Lo cual quiere decir, que si un hijo, ya sea de matrimonio o no, no depende de éste económicamente, no gozará de ese derecho.

De ahí en fuera podemos afirmar que los hijos habidos fuera de matrimonio gozan de una buena posición por lo que a la seguridad social se refiere, igualándose al respecto con los habidos de matrimonio.

CAPITULO QUINTO

LA FILIACION COMO UN SOLO HECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGISLATIVO.

Actualmente, nuestro Código Civil regula a la filiación en su Título Séptimo, Libro Primero, instituíndola "De la paternidad y filiación", tomando como base los dos tipos de filiación, es decir, ya se trate de hijos de matrimonio o no.

Divide al Título séptimo en cuatro capítulos, distribuidos en la siguiente forma: el capítulo I trata de "Los hijos de matrimonio"; el II "De las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio"; el III "De la legitimación"; el IV "Del reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio"; y por último el V. que trata sobre la adopción.

Creemos que uno de los aspectos más importantes en la transformación del Derecho Familiar, es la evolución que ha tenido la legislación sobre la filiación, y, en particular, sobre la habida fuera de matrimonio. Así lo dejan ver los grandes cambios operados en esta materia desde el Código Civil de 1870 hasta el de 1928, pues se ha llegado al grado de equiparar a los hijos nacidos fuera de matrimonio con los habidos dentro de el, para darles a los primeros un trato más justo y digno.

Como un paso más en esta evolución, y en relación a la filiación, es necesario que el Código Civil vigente establezca una regulación diferente a la actual y trate a la filiación como un todo único y como lo que -

es, una liga de carácter fisiológico entre un hijo y sus progenitores independientemente de que se produzca dentro o fuera del matrimonio, regulación única, como un solo hecho, con supresión de la absurda e injustificada distinción entre filiación habida de matrimonio y habida fuera de éste, distinción que se traduce en la regulación que por separado se hace de -- las mismas. (1)

En efecto, es posible regular en nuestro Código Civil vigente la filiación como un solo hecho, se dé dentro o fuera de matrimonio, estableciendo por tanto las mismas reglas sobre presunción de paternidad, investigación de la misma, acciones de contradicción o reclamación. Únicamente se distinguiría por ser físicamente diversa la paternidad de la maternidad y sus reglas correspondientes, pero en ambos casos son las mismas, deriven o no de matrimonio.

Fundándonos en este criterio, que nos parece además de revolucionario, justo, y en esa virtud, proponemos un articulado que contendría como subtítulos, además de las "Disposiciones Generales", lo referente a la determinación de la paternidad y maternidad, reconocimiento voluntario de la paternidad o maternidad, desconocimiento de la paternidad, etc., pero toda la filiación como un hecho único suprimiéndose por las razones

(1) Aguilar Gutiérrez, Antonio. - Bases para un anteproyecto de Código Civil Uniforme para toda la República (Parte general, Derecho de la personalidad y Derecho de Familia. U.N.A.M. - Instituto de Derecho Comparado, Méx., 1967. - Págs. 11 y 51.

que con posterioridad mencionaremos lo referente a la "legitimación".

El articulado propuesto es el siguiente:

TITULO SEPTIMO

De la filiacion

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 324. - La filiación de una persona no puede ser materia de convenio entre las partes, ni quedar sujeta a transacción o compromiso de árbitros.

Sin embargo, puede haber transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación, legalmente adquirida, pudieran deducirse, sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo importen la adquisición de estado.

Determinación de la paternidad y maternidad.

Art. 325. - Con relación a la madre, la filiación resulta del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre la filiación deriva del matrimonio, del concubinato, del reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Presunción de paternidad.

Art. 326. - El marido o el concubino son padres del hijo concebido durante el matrimonio o el concubinato.

Art. 327. - Se presumen hijos de los cónyuges.

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

II. - Los hijos nacidos dentro de los trescientos 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.

Art. 328. - Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

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

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

Art. 329. - Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio -- fuere declarado nulo contrajera nuevas nupcias dentro del plazo de viudez o divorcio, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes:

I. - Se presume que es hijo del primer marido si nace dentro de -- los trescientos días siguientes a la celebración de su matrimonio y antes de que transcurran ciento ochenta días de la celebración del siguiente;

II. - Se presume que el hijo es del segundo marido si nace des- -- pués de ciento ochenta días a partir de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días -- posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye.

III. - El hijo se presume de padre desconocido si nace antes de -- ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después - de trescientos días de la disolución del primero.

Art. 330. - Contra las presunciones establecidas en los artículos anteriores no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente - - imposible al marido o al concubino tener acceso carnal con su mujer en - los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al - nacimiento.

Reconocimiento voluntario de la paternidad.

Art. 331. - Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad -- exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

Art. 332. - El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin la autorización del que o de 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.

Art. 333. - 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.

Art. 334.- Puede reconocerse al hijo que no ha nacido y al que ha -
muerto si ha dejado descendencia.

Art. 335.- Los padres pueden reconocer a un hijo conjunta o separada
mente. El reconocimiento por uno de los padres produce efectos respecto de
él y no respecto del otro progenitor.

Art. 336.- El reconocimiento no es revocable por él que lo hizo, y si
se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque no se tiene por revocado
el reconocimiento.

Art. 337.- El reconocimiento de un hijo de padre o madre desconoci -
dos deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I.- En la partida del 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.

Art. 338.- Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a -
un hijo, podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la perso-
na con quien fué habido, pero esa declaración solo surtirá efectos presuncio-
nales que admitirán prueba en contrario.

Art. 339.- Para que se tenga por establecida esa paternidad o materni-
dad, sólo se hará por medio del reconocimiento voluntario del mismo o una
declaración judicial de la paternidad, en donde será oído el presunto padre,
o madre.

Art. 340.- El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con anuencia expresa de éste.

De Desconocimiento de la paternidad.

Art. 341.- El marido o concubinario no podrá desconocer a un hijo alegando adulterio o relaciones con otro hombre de la madre aunque ésta declare que no es hijo de su esposo o concubinario a no ser que demuestre que durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa o concubina.

Art. 342.- El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

Art.- 343.- El hijo nacido antes de que hayan transcurrido ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio o iniciación del concubinato se considera hijo del marido o concubino si éstos no desconocen su paternidad. El desconocimiento no puede tener lugar en los casos siguientes:

I. - Cuando el marido o concubinario hayan conocido el estado de embarazo antes del matrimonio, o iniciación del concubinato;

II. - Si concurrieron al levantamiento del acta de nacimiento o autorizara a alguna persona para que lo hiciera en su nombre;

III. - Si reconociera expresamente como suyo al hijo de su mujer;

IV. - Si el hijo no nació capaz de vivir.

Art. 344. - No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido, o concubinario, mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio o concubinato.

Art. 345. - Pueden ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad:

I. - El marido o concubinario;

II. - El tutor del marido o del concubinario en el caso de que éstos se encuentren en estado de interdicción;

III. - Los herederos del marido o concubinario, pero siempre que estos hubieren comenzado la demanda, y que se trate de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o iniciación del concubinato, a menos que el marido o concubinario se encontraran al tiempo de morir en estado de demencia, tuvieran o no tutor, pues en este caso los herederos podrían contradecir la paternidad aunque el marido o concubinario hubieren comenzado la demanda;

IV. - La persona a quien perjudique la filiación cuando se trate --

del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio o concubinato.

Art. 346. - La acción a que se refiere el artículo anterior se ejercerá en el plazo improrrogable de sesenta días que se contarán:

I. - Para el marido o concubino, desde la fecha del nacimiento si están presentes, desde el día en que llegaron al lugar si estuvieron ausentes o desde el día en que descubrieron el fraude si se les ocultó el embarazo. Si el marido o concubino estuvieran bajo estado de interdicción, desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento;

II. - Para los herederos del marido o concubinario, desde el día en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo, en la posesión de la herencia.

Reclamación de la filiación e investigación de la paternidad.

Art. 347. - Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio o concubinato podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

Art. 348. - En el juicio de contradicción de la paternidad serán oídos la madre y el hijo, a quien si fuere menor, se proveerá de un tutor interino.

Art. 349. - La investigación de la paternidad de los hijos nacidos de padre desconocido 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 encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;

III. - Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;

IV. - Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Investigación de la maternidad.

Art. 350. - Está permitido al hijo nacido de madre desconocida y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

Art. 351. - También el hijo podrá investigar la maternidad, cuando ésta se deduzca de una sentencia civil o criminal.

Reglas comunes a ambas investigaciones.

Art. 351. - 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.

Art. 352. - 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 a intentar la acción al cumplir la mayor edad. (2)

Art. 353. - La acción que compete al hijo para reclamar su estado es imprescriptible para él y sus descendientes.

Art. 354. - Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que trata el artículo anterior:

I. - Si el hijo ha muerto antes de cumplir veintidós años;

II. - Si el hijo cayó en demencia antes de cumplir los veintidos - - años y murió después en el mismo estado.

Art. 355. - Los herederos podrán continuar la acción intentada por el hijo, a no ser que éste se hubiere desistido formalmente de ella o nada hubiere promovido judicialmente durante un año, contado desde la última diligencia.

También podrán contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condición de hijo nacido de matrimonio.

Art. 356. - Los acreedores, legatarios y donatarios tendrán los - mismos derechos que a los herederos conceden los artículos anteriores si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles.

(2) Aguilar Gutiérrez, Antonio. - Bases para un anteproyecto de Código Civil. - Ob. Cit. - Pág. 144.

Art. 357. - Las acciones civiles que se intenten contra el hijo por los bienes que ha adquirido durante su estado de hijo nacido de matrimonio, aunque después resulte no serlo, se sujetarán a las reglas comunes para la prescripción.

Art. 358. - La posesión del hijo nacido de matrimonio no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada, la cual admitirá los recursos que den las leyes en los juicios de mayor interés.

Prueba de la filiación.

Art. 359. - La filiación de una persona se comprueba con la partida de su nacimiento.

Art. 360. - A falta de acta de nacimiento o si esta fuera defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo, de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo siguiente.

Art. 361. - Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre y por la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. - Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste;

II. - Que el padre lo haya tratado como hijo suyo proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;

III. - Que el presunto padre tenga la edad exigida por la ley para -

contraer matrimonio. (3)

Art. 362. - En defecto de la posesión de estado de hijo, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible sino hubiere un principio de - - prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos cier--tos que se consideren bastantes graves para determinar su admisión.

Si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado de éste, deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase.

(3) Aguilar Gutiérrez, Antonio. - Ob. Cit. - Pág. 145 y 146.

Nota: Los artículos citados fueron tomados del Código Civil vigente, haciéndose las reformas conforme a lo propuesto, cambiándose, además, el orden de los subtítulos.

CAPITULO SEXTO

LA SUPRESION DE LA LEGITIMACION, PASO DEFINITIVO EN LA IGUALDAD DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO CON LOS HABIDOS EN EL.

Ya en el capítulo IV de este trabajo estudiamos lo relativo de esta figura jurídica, por lo que ahora nos concretaremos a estudiar la conveniencia de desaparecer dicha institución.

Tomando en cuenta la meta que se ha trazado nuestro legislador en el sentido de borrar toda diferencia entre estas dos filiaciones, creemos que la institución de la legitimación, más que beneficiar a los hijos habidos fuera de matrimonio los perjudica, pues dicha figura sólo es una rémora del pasado que no se compagina con las ideas modernas que establecen de manera absoluta la igualdad de los hijos, independientemente de cual sea su origen.

Ello no significa en forma alguna un ataque al matrimonio, pues debemos aceptar que el matrimonio es la más elevada y respetable fuente de la familia, aunque no de la sociedad, pero que debe de contar con todo el apoyo de la ley; pero su presencia o ausencia sólo debe afectar a las personas de los cónyuges y de ninguna manera a los hijos que no pueden considerarse responsables de que los padres vivan en unión libre sin haber contraído matrimonio o simplemente haya venido éste al mundo sin siquiera vivir sus padres juntos.

Pensamos, y así lo manifiesta el autor Antonio Aguilar Gutiérrez en su obra: Bases para un anteproyecto de Código Civil Uniforme para toda la República, que mantener la legitimación equivale a considerar todo lo contrario, es decir, a admitir que un hijo mientras no sea "legitimado" y tiene la calidad de hijo "natural", término que aun usa el artículo 77 del Código Civil vigente al referirse a éstos, se encuentra en un segundo plano, es decir, en una situación inferior respecto de los hijos llamados "legítimos"; es admitir también, y así se desprende, que al contraer sus padres matrimonio y "legitimarlo", alcanza por este sólo hecho un rango mayor, lo que no es verdad, pues el hijo tiene dignidad de persona por el solo hecho de su nacimiento y los únicos que si alcanzan mayor dignidad por casarse son los padres, que dejan de ser amasios para convertirse en esposos.

Veamos lo que dice el Código Civil al respecto en sus artículos 354 y 355. El primero dice "El matrimonio subsecuente de los padres hace que tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración".

El segundo de los citados señala: "Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerle expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante el, haciendo en todo caso el reconocimiento a ambos padres, junta o separadamente".

Los hijos, desde que fueron traídos al mundo, y aunque hubieren nacido de unión no marital, merecen como se ha repetido, la consideración y el respeto a que tiene derecho toda persona y los mismos derechos que los llamados hijos "legítimos", y no debe admitirse que la consideración social que merecen puede aumentar o disminuir según que sus padres estén o no casados, como lo asienta el artículo 354 de nuestro Código. En consecuencia, debemos llevar a cabo el principio revolucionario de la igualdad absoluta de los hijos frente a la ley y la sociedad y erradicar instituciones que, como la legitimación, no tiene razón de ser en el Derecho Moderno.

C O N C L U S I O N E S

I. - No obstante lo declarado por el Legislador mexicano en la -
exposición de motivos del Código Civil de 1928, en el sentido de que: "se
comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los naci-
dos fuera de matrimonio", y los propósitos que ha venido realizando a --
partir de entonces para erradicarla, hasta la fecha, en nuestro Derecho
Positivo continúan existiendo.

II. - En el ámbito del Derecho Comparado, nuestra Legislación,
en relación con las Legislaciones de otras Naciones, sin llegar a una - -
equiparación formal, concede a estos hijos cuya condición se haya esta --
blecido legalmente los derechos sucesorios, de alimentos y de apellidos
sin distinción alguna. Podemos distinguir cuatro grupos de Países según
se aproximen más o menos a la equiparación de estos hijos con los de --
matrimonio; en el primero podemos mencionar a Venezuela, Hungría y -
Polonia, quienes otorgan a estos un verdadero estado de filiación; en el -
segundo grupo podemos citar a México y Costa Rica; en el tercero se - -
encuentran Alemania y Francia que sólo les otorgan el derecho a alimen-
tos; y por último, podemos citar a España que sigue haciendo una clara
distinción discriminatoria entre los hijos fuera de matrimonio, ignoran-
do los derechos de éstos.

III. - Nuestro Código Civil vigente todavía denomina a estos hi-
jos como "NATURALES, ADULTERINOS E INCESTUOSOS", tal situación
se deja entrever en lo establecido en sus artículos siguientes:

"Artículo 77. - Si el padre o la madre de un hijo natural o ambos, lo presentan 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 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 respectiva".

Para el legislador siguen existiendo esos tipos de hijos, los "naturales", clasificándolos así mismo en "adulterinos e incestuosos", pero simplemente no se los dice en su acta de nacimiento.

"Artículo 62. - 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".

"Artículo 64. - Podrá reconocerse al hijo incestuoso. Los progenitores 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 legislador debe de erradicar definitivamente, no sólo en la legislación civil, sino en todos los ordenamientos legales, los términos de nigrantes de "hijos naturales, adulterinos e incestuosos", tan deprimentes en la actualidad, y, así, daremos un paso más hasta donde sea posi-

ble en la desaparición de toda diferencia.

Partiendo de las bases anteriores, nuestro Código hace una verdadera tabla de filiaciones, a saber: los habidos de matrimonio, fuera de matrimonio, y dividiendo a estos en reconocidos, no reconocidos, incestuosos y adulterinos (aunque no se les diga en su acta de nacimiento); y, los "legitimados".

IV. - En cuanto a la investigación de la paternidad, y aún cuando por omisión en el articulado propuesto no lo exprese, creo debe de ampliarse la acción para tal efecto.

El artículo 382 del Código Civil establece dicha acción en forma limitada, fijando taxativamente en las cuatro fracciones de que consta el artículo los únicos casos en que procede la indagación judicial de la paternidad, a saber: I. - En la hipótesis de raptó, estupro o violación, si la época del delito coincide con la de la concepción; II. - Cuando se encuentre el hijo en posesión de estado de hijo del presunto padre; III. - Cuando la concepción tuvo lugar cuando su madre hacía vida marital con quien se presume ser su padre.

Debemos estar conscientes que pueden ocurrir otros casos en que existiendo grandes posibilidades de paternidad, el presunto hijo carece de acción para establecer su filiación. Puede ser que el presunto padre obtenga por algún medio, ya sea seducción o engaño, relaciones sexuales con la madre con su consentimiento (aunque no vivan maritalmente) y durante ellas se produzca la concepción. Si dicha mujer es mayor -

de edad, no se tipificaría el delito de estupro, y por lo tanto no procedería la investigación de la paternidad, a pesar de que hubiera sido engañada y seducida, como también es el caso de la ruptura de una promesa de matrimonio o abuso de autoridad. Consideremos también el caso en que aún no existiendo seducción o engaño, se produjo la concepción por la libre voluntad del padre y la madre.

Por lo que considero que éstas hipótesis deben de ser contempladas por el artículo 382 del citado ordenamiento, y así darles una mayor oportunidad de saber quienes los trajeron al mundo.

V. - Como ya lo dejamos asentado en el Capítulo Quinto de este trabajo, la filiación debe ser regulada por el Código como un sólo hecho, ya sea que se produzca dentro o fuera de matrimonio, pues esto constituiría un paso más en la equiparación de ambas filiaciones. Para esto, - creo que el articulado propuesto en dicho Capítulo es lo más adecuado.

VI. - Se debe suprimir la figura de la "LEGITIMACION", pues - admitirla es aceptar que un hijo habido fuera de matrimonio, mientras - no sea legitimado, se encuentra en un segundo plano respecto a los "hijos legítimos".

Además de que verdaderamente, la legitimación no tiene razón - de ser en nuestro Derecho ya que el beneficio que les concede según ésta es ficticio, pues el derecho al apellido, a la herencia y a los alimentos - respecto de sus padres, se logran con el reconocimiento de estos, por lo que cabe preguntarse que ventajas puede traerle a un hijo que sus padres

lo legitimen.

No debe considerarse por ningún motivo que la consideración moral y social que merecen los hijos puede aumentar o disminuir según sus padres estén o no unidos por vínculo matrimonial, situación que única y exclusivamente debe de afectar a la persona de estos, que alcanzan mayor dignidad al celebrarlo ya que pasan de amasios a ser esposos.

BIBLIOGRAFIA

A.M. TERAN LOMAS ROBERTO.- Los hijos extramatrimoniales. Editora Argentina. Buenos Aires, 1954.

AGUILAR GUTIERREZ ANTONIO.- Bases para un anteproyecto del Código Civil Uniforme para toda la República (parte general, Derecho de la Personalidad y Derecho de Familia. U.N.A.M. - Instituto de Derecho Comparado., Méx., 1967.

ANALES DE JURISPRUDENCIA.- Indice General 1980. Derecho Familiar, Tomo III. Págs. 175 y 176.

FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO.- El Derecho Privado Romano - - como introducción a la cultura jurídica contemporánea.- 5a. Edic.- Edit. Esfinge, S. A.

GALINDO GARFIAS IGNACIO.- Derecho Civil, primer curso, parte general, Personas y Familia.- Edit. Porrúa, S. A., 1970.

IBARROLA ANTONIO DE.- Derecho de Familia, Primera Edic.- Edit. - - Porrúa, S. A., Méx., 1978.

INSTITUTO NACIONAL DE PROTECCION A LA INFANCIA.- Compilación de Legislación sobre Menores, 1975. Méx., D. F. - Pág. 55

JIMENEZ ASENJO.- Protección jurídico-policia de los Derechos Humanos, en el estudio de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas. Tomo III, Pamplona, 1969.

LECLERCQ JACQUES.- La Familia.- Barcelona, 1975.

MASA Y LERRAIN DE LA .- Reformas introducidas al Código Civil por - la ley número 10, 271, Santiago de Chile, 1953.

MUÑOZ LUIS.- Derecho Civil Mexicano, Tomo I. Edic. Modelo, Méx., D. F., 1971.

OLTRA MOLTO ENRIQUE.- El hijo ilegítimo no natural. Edit. Montecorvo, S. A. - Madrid, 1976. Págs. 52 a 55.

O.N.U. - Estudio sobre la discriminación contra las personas casadas fuera de matrimonio, Nueva York, 1967.

PINA RAFAEL DE. - Derecho Civil Mexicano: Introducción, Personas y Familia. - Edit. Porrúa, S. A., Méx. 1972.

PLANIOL MARCEL Y GEORGES RIPERT. - Tratado elemental de Derecho Civil, Tomo I; Introducción, Familia y Matrimonio. Edit. Cajica, S. A., Puebla, Pue.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. - Compendio de Derecho Civil I; Introducción, Personas y Familia, novena edic. - Edit. Porrúa, S. A. Méx, D.F.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. - Derecho Civil Mexicano, Tomo IV, - - Sucesiones . 5a. Edic. - Edit. Porrúa, S. A., Méx. 1981.

SANCHEZ MEDAL RAMON. - Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México. - Edit. Porrúa, S. A., Méx. 1979.

SILVA VENTURA SABINO. - Derecho Romano. Edit. Porrúa, segunda -- edic. - Méx., 1960.

TORO Y GISBERT DEL. - Pequeño Larousse Ilustrado, Edit. Larousse, 1964.

VID VEERDOT. - Declaración Universal de los Derechos del Hombre, - nacimiento y significación. - Traducción española, Bilbao, 1969.

U.N.A.M. - Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XXVIII, mayo-agosto, 1978, número 110. La filiación y la paternidad, por el Doctor - Ignacio Galindo Garfias.

LEYES Y REGLAMENTOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil de 1870 y Código Civil de 1884 del Distrito Federal y
Territorio de la Baja California.

Código Civil de 1928 para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código Civil Español de 1888.

Manual del Extranjero.