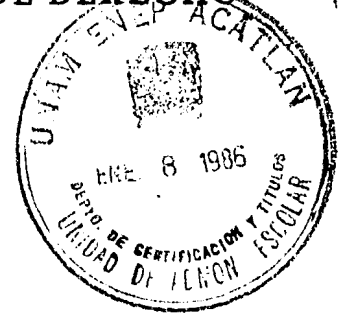




UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

FACULTAD DE DERECHO



**LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL
EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A**

LUIS MEJIA SALDAÑA

MEXICO, D. F.

1986



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 está 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.

I N D I C E

Págs.

PROLOGO	I
CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS	
- Derecho Romano	1
- Derecho Civil Francés	13
- Derecho Canónico	20
- Derecho Civil Español	29
CAPITULO II LA FAMILIA	
- Diversas definiciones	40
- Derecho de Familia	44
- Su desarrollo histórico	48
- El Derecho de Familia en México	54
CAPITULO III DE LA FILIACION	
- Concepto de parentesco	58
- Concepto de filiación	67
- Filiación respecto de la madre y del- padre	70
CAPITULO IV FILIACION MATRIMONIAL	
- Concepto de la filiación legítima	73
- Pruebas de la filiación legítima	76
- Legitimación	82
- Reconocimiento de los hijos fuera de- matrimonio	87

CAPITULO V FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

- Concepto de filiación extramatrimonial	94
- Derecho Civil Mexicano.....	
a). Código Civil de 1870	97
b). Código Civil de 1884	98
c). Ley sobre Relaciones Familiares de- 1917	99
d). Código Civil de 1928	101
- Necesidad de suprimir la legitimación- en nuestro derecho	103
CONCLUSIONES	108
BIBLIOGRAFIA	112

PROLOGO

El motivo de la presente tesis, es poner de manifiesto que aún cuando nuestro actual Código Civil, ha tenido un -- innegable avance respecto de las instituciones que integran el llamado Derecho de Familia, especialmente al tratar la filia-- ción de los hijos extramatrimoniales, ya que aniquila para -- siempre la nomenclatura y clasificación de los hijos, existen-- te en anteriores legislaciones reduciéndola a la de hijos legí-- timos y nacidos fuera de matrimonio, estableciendo para todos-- ellos sin ninguna diferencia, los mismos derechos para perci-- bir alimentos, para llevar los apellidos de sus progenitores y para heredar.

Sin embargo al analizar nuestro Código Civil nos en-- contramos que aún se conserva la institución jurídica denomina-- da legitimación, la cual resulta en la actualidad inútil, pues nada agrega a los derechos del hijo que por hipótesis legal de-- be ser previamente reconocido por los padres y esto último aca-- rrea como consecuencia que el hijo extramatrimonial obtenga -- exactamente los mismos derechos que el nacido de matrimonio.

CAPITULO I
ANTECEDENTES HISTORICOS

DERECHO ROMANO

La familia en el Derecho Romano, aparece como el conjunto de personas unidas por un pater familias, el cual tiene la patria potestad sobre todos sus integrantes, los cuales reciben el término de agnados; en este tipo de familia observamos un sistema estrictamente patriarcal, ya que sólo el parentesco por línea paterna es el que tiene validez.

La familia va a estar integrada por un pater familias quien es el jefe único, los descendientes se encontraban sometidos a su autoridad paternal y la mujer in manu tenía la condición análoga a la de una hija (loco filiae).

Las personas consideradas en la familia son de dos tipos según sean alieni juris o sui juris; las primeras estaban sometidas a la patria potestad de un pater familias y las segundas, o sea las sui juris dependían de sí mismas.

Es interesante para los fines propuestos en este estudio, que los romanos distinguieron dos tipos de parentesco: La Cognación y la Agnación.

Al respecto Eugéne Petit nos dice: "Los romanos distinguieron el parentesco natural o cognatio y el parentesco Civil o Agnatio.

1.- La Cognatio, es el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendientes de un autor común (línea colateral), sin distinción de sexo. Es por tanto, un parentesco que resulta de la misma naturaleza. En nuestro Derecho este parentesco es suficiente para constituir la familia, pero en Derecho Romano es completamente distinto. Los que su cualidad es sólo de cognados, no forman parte de la familia civil, hay que tener el título de agnados.

2.- La Agnatio, es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna o marital. Es muy difícil dar una definición de los agnados. Se puede decir que son los descendientes por vía de varones, de un jefe de familia común colocados bajo su autoridad, o que le estuvieren sometidos." (1)

La distinción que se ha hecho, en lo que concierne a parentesco entre agnados y cognados, va a traer como consecuencia principal el concepto mismo de la familia civil (la cual está reservada exclusivamente a los que están unidos por el parentesco de agnatio) y ésto repercute en las relaciones pater-

(1) Petit Eugéne.- Tratado Elemental de Derecho Romano, traducción de José Fernández González, Edit. Nacional, S., de R.L., México 1963, págs. 96 y 97.

no filiales, sobre todo por lo que se refiere a las categorías de hijos legítimos, spurii, vulgo concepti, liberi naturalis - (hijos de concubinato) e hijos de matrimonio sine connubio o - de contubernio.

De lo anteriormente expuesto, podemos observar que la familia romana estuvo sujeta desde sus comienzos a un Régimen-Patriarcal, el cual tenía como figura principal la soberanía - del padre, quien tiene como principales características las si- guientes: Es el único sui juris, los demás miembros están so- metidos a su poder y participan de la vida jurídica de Roma a- través de él, tienen poder sobre los bienes domésticos, actúa- como juez dentro de la domus, y desempeña las funciones de sa- cerdote en la religión del hogar, es el único que tiene un pa- trimonio ya que todas sus adquisiciones y las de los miembros- de su familia se concentraban en un patrimonio único.

A continuación se tratará de una manera general la -- patria potestad y nos referimos a sus fuentes, en virtud de -- que ellas nos darán un panorama sobre las relaciones paterno-- filiales en el Derecho Romano.

La patria postestad se concibe como el poder que el - pater familias ejerce sobre sus hijos (nietos) y este poder du- re hasta la muerte del propio pater familias.

Observamos dentro de la patria potestad, que ésta va a tener las siguientes características: El padre o el abuelo tenía un poder disciplinario casi ilimitado sobre los hijos, podía matarlo con causa justificada, o de lo contrario se exponía a diversas sanciones, ya que podía hacerlo objeto de venta; los hijos no podían ser titulares de derechos propios, pero posteriormente se les confió pequeños peculios (pedazo de tierra); Augusto permite que el hijo sea propietario de un "peculio castrense", el cual es ganado por actividades militares, posteriormente Constantino concede al Filius Familias (hijo de familia), la propiedad de los bienes adquiridos por la sucesión de su madre, sus abuelos etc. La patria potestad se convirtió en el período imperial, en una institución de derechos y obligaciones recíprocos reconociéndose la existencia de la relación padre e hijo y recíproco derecho de alimentos.

Como fuente principal de la patria potestad, tenemos el matrimonio, también llamado *justae nuptiae*.

Eugéne Petit, escribe acerca de esta institución: - - "Se llama *justae nuptiae* o *justum matrimonium*, al matrimonio legítimo conforme a las reglas del Derecho Civil de Roma". (2)

(2) Petit Eugéne.- Op. Cit. pág. 103

Una de las condiciones de validez del matrimonio es el *connubium* o capacidad de contraer matrimonio entre sí, es decir matrimonio válido por Derecho Civil, y las causas de su disolución podrían ser, indistintamente, la muerte de uno de los esposos, la pérdida del *connubium* y el divorcio. Esta última causa de disolución podía presentar dos formas, *bona gratia* o repudiación, según que ocurriera para ello la voluntad de los dos o uno de los cónyuges respectivamente.

Los hijos procreados dentro de legítimo matrimonio, gozan de la presunción de ser hijos del marido, confiriéndosele a éste la patria potestad de dichos hijos.

No obstante, esta presunción se encuentra sujeta a ciertas limitaciones; así, sólo si el hijo nace después de ciento ochenta días de contraído el matrimonio y antes de los trescientos de su disolución, se considerará procreado dentro de él.

Esto es una simple *presuntio juris*, cuyo objeto es únicamente facilitar la prueba y que por ello, admite demostración contraria.

Con respecto a los hijos concebidos en justas nupcias Eugéne Petit nos comenta: "Los hijos nacidos *ex justis nuptis* son hijos legítimos, *liberi justis*. Están bajo la autori-

dad de su padre o del abuelo paterno, siendo el padre alieni -
 juris. Forman parte de la familia civil del padre, a título -
 de agnados y toman también su nombre y condición social. En -
 cambio, entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de pa-
 rentesco natural, de cognación, en el primer grado, siendo en-
 tonces los hijos cognados de su madre en el segundo grado, in-
 manu y entonces es para ellos loco sororis (Gayo, III, 14)". -
 (3)

Eugéne Petit, respecto de la filiación manifiesta: --
 "La filiación legítima en relación a la madre es un hecho fá--
 cil de establecer, respecto del padre, la paternidad es incier-
 ta y se recurre a lo siguiente: La presunción de que el mari-
 do de la madre sea el padre. Esta presunción, no es impuesta-
 de manera absoluta y cesa cuando el hijo no ha sido concebido-
 durante el matrimonio o si por ausencia o enfermedad del mari-
 do ha sido imposible toda cohabitación con la mujer durante el
 período de la concepción".

"Para facilitar la solución de estas cuestiones, el -
 Derecho Romano fijó en trescientos días la duración más larga-
 del embarazo y la más corta en ciento ochenta días. De suerte
 que el hijo será justus, si nace en ciento ochenta y un días,-

(3) Petit Eugéne.- Op. Cit. págs. 107 y 108

lo más pronto, después y comprendido el del matrimonio, o el de trescientos y un días, a más tardar después y comprendido el de la disolución de las justae nuptiae". (4)

Las condiciones de validez del matrimonio romano eran:

- 1.- La pubertad de los esposos
- 2.- Su consentimiento
- 3.- El consentimiento del jefe de la familia
- 4.- El connubium

Cuando llega a faltar alguna de las condiciones apuntadas, el matrimonio era nulo y no producía por consiguiente, ningún efecto.

En cuanto a los hijos de estos matrimonios nulos, nacían sui juris y eran tratados como hijos nacidos de un caso accidental entre hombre y mujer. Carecían de padre cierto y se les denominó spurii o vulgo concepti, pero en cambio estaban unidos a la madre y a los parientes maternos por la cognatio.

(4) Petit Eugène.- Op. Cit. págs. 107 y 108

El matrimonio sine connubium, se presenta cuando una o ambas de las personas que lo celebran carecen del connubium; por ejemplo, entre un ciudadano romano y una peregrina o una latina o entre dos peregrinos. Esta unión no era ilícita y -- constituía un matrimonio válido, aún cuando no producía los -- efectos de las justae nuptiae.

En los casos de esta clase de matrimonio, los hijos -- eran cognados de la madre y de los parientes maternos, aunque -- nacían sui juris y casi siempre peregrinos.

Respecto del concubinato Eugéne Petit nos dice: "Los Romanos daban el nombre de concubinato a la unión de orden inferior, más duradera y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas". (5)

Fué bajo el reinado de Augusto, cuando el concubinato recibió su nombre y parece haber nacido de la desigualdad de -- las condiciones sociales imperantes.

Así pues se excluían del concubinato las uniones accid dentales o pasajeras y no había diferencia entre el concubinato y el matrimonio; solamente en la afectio maritalis, el con-

(5) Petit Eugéne.- Op. Cit. pág. 110

cubinato venía siendo un matrimonio aparente. Desde luego que no toda unión carnal por el simple hecho de serlo era considerado como concubinato, ya que sólo estaba permitido entre personas púberes y no parientes en el grado prohibido por el matrimonio; de igual manera, no se podía tener más de una concubina y únicamente no habiendo mujer legítima. El Derecho Romano excluía pues el concubinato las uniones pasajeras.

Por lo que se contrae a los hijos habidos de esa - - unión del concubinato, al principio, no existía diferencia de los otros hijos legítimos; pero eran considerados como si no tuviesen padre, conforme a la regla del Derecho Romano que no admitía padre fuera del matrimonio. Posteriormente se llegó a reconocer un lazo a lo menos natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato, que fueron llamados desde entonces hijos naturales.

Algunas Constituciones Imperiales, la primera de Constantino, permitieron al padre adquirir el poder paterno sobre ellos y darles también la cualidad de hijos legítimos. En lo que concierne a las relaciones patrimoniales, Valentiniano I, permitió dejarles una parte de los bienes; Justiniano concedió también a los hijos naturales un derecho de sucesión en los - - bienes del padre fallecido sin testamento.

Para terminar lo relativo al concubinato, éste perdu-

ra como institución legal después de Justiniano; posteriormente es repudiado y proscrito por algunos emperadores cristianos y finalmente esta institución es abolida en su totalidad, en el siglo nono por el emperador Basilio y sancionada la abolición por su hijo León.

De lo antes expuesto, resulta que los hijos nacidos de concubinato son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre y nacen sui juris.

Tenemos como otra forma de unión, el Contubernio como el Derecho Romano lo llamó y que va a ser la unión entre esclavos o entre una persona libre y un esclavo. Esta unión está desprovista de todo efecto civil y los hijos producto de esta relación siguen la condición de la madre.

Como podrá notarse en el Derecho Romano, la familia presenta matices muy distintos a los que actualmente se encuentran vigentes en las legislaciones de los países más avanzados, entre los cuales se encuentra México, pues precisamente el vínculo básico, que es el consanguíneo, era desdeñado por los romanos. Empero admitieron el concubinato que por raro que parezca, presenta mucha semejanza y casi las mismas características con que es admitido y sancionado por las legislaciones en vigor, México entre ellas.

DE LA LEGITIMACION

La legitimación en el sentido propio, indica ciertos medios por los cuales los emperadores cristianos, para favorecer las uniones regulares, permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato. (6)

La legitimación en el Derecho Romano se realizaba de las siguientes formas:

1.- El subsiguiente matrimonio del padre y de la madre. Para que los hijos pudieran ser legitimados, era preciso que hubieran nacido de personas entre las cuales era posible el matrimonio como consecuencia de la concepción.

2.- La Oblación a la Curia.- Esta forma permitía al padre que tuviera un hijo natural, legitimarlo, ofreciéndole en la Curia de su Villa natal, si era hijo, y siendo hija casándola con un Decurión.

3.- El Rescripto del Príncipe.- Justiniano decidió que estando muerta la madre, ausente con otro, el padre podía-

(6) Petit Eugéne.- Op. Cit. pág. 117

dirigirse al emperador pidiendo la legitimación de sus hijos naturales. Se concedía después de un examen, con tal de que el padre no tuviera hijos legítimos, produciendo los efectos completos. También tenía autorización el padre para solicitar esta legitimación en su testamento y los hijos de esta manera legitimados, después de su muerte, se hacían sus herederos.

DERECHO CIVIL FRANCÉS

Un concepto que en el Derecho Francés se tiene de la familia, nos lo dan Planiol y Ripert, al definirla en su sentido amplio como: "El conjunto de las personas que se hallan -- vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción". (7)

Considerados los derechos familiares dentro de la rama del Derecho Civil que les corresponde, podemos afirmar que tales derechos ocupan un lugar especial debido al fundamento natural más que jurídico que ostentan.

Cabe mencionar que el matrimonio es base legal para la constitución de la familia.

El matrimonio en la Legislación Romana, se había caracterizado por su consensualidad, distinguiéndose en Francia por su solemnidad. Este carácter solemne del matrimonio ha sido conservado, siendo el oficial del Registro Civil quien lo celebra, lo que significa que no sólo da fe del acto, como a

(7) Planiol Marcel y Ripert Georges.- Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traducción de Mario Díaz Cruz, La Habana 1927, pág. 7

primera vista parece ser, sino que además su celebración sólo puede tener verificativo en el lugar, día y hora que al efecto se señale de acuerdo con las formalidades prescritas por la ley.

La diferencia que se nota entre el matrimonio Civil y el Canónico es la de que, en tanto que el sacerdote no es más que un simple testigo de calidad y se concreta a otorgar la bendición nupcial, el oficial del Registro Civil, no sólo da fe del acuerdo de voluntades, sino que lo constituye declarando a los cónyuges "Unidos en nombre de la ley y de la sociedad".

LA FILIACION

Por lo que respecta a la filiación tomada en el sentido natural del término, es la descendencia en línea directa; comprende toda la serie de intermediarios que vinculan a una persona determinada con un antepasado, por más alejado que sea éste; pero en el lenguaje del Derecho, la palabra ha tomado un sentido mucho más estrecho y significa exclusivamente la relación inmediata del padre o la madre con el hijo. La relación de filiación toma los nombres de paternidad y maternidad según se le mire del lado del padre o de la madre. (8)

(8) Ripert Georges y Boulanger Jean, Tratado de Derecho Civil, Edit. La Ley, Buenos Aires 1963, T. II, Vol. I, pág. 465.

En cuanto a sus diferentes clases, la filiación puede ser: Legítima, Natural Simple, Natural, Adulterina, Incestuosa y Adoptiva.

La filiación es legítima cuando los padres del hijo en cuestión, se hayan casado entre sí. En rigor supone esta filiación que los hijos han sido concebidos durante el matrimonio de los padres, ya que el momento decisivo para calificarla es el de la concepción, no obstante lo cual, el hijo nacido durante el matrimonio de los padres se considera legítimo, aunque hubiese sido concebido antes de la unión matrimonial.

En el caso de que el padre y la madre se hayan casado después de haber nacido el hijo, éste puede legitimarse cumpliendo determinados requisitos; de suerte que, con algunas restricciones, se le asimila a los hijos legítimos. (9)

Por lo que respecta al hijo concebido durante el matrimonio, el Derecho Francés sienta en el artículo 312 el principio base de su doctrina, al consignar que: "El hijo concebido durante el matrimonio, tiene por padre al marido de la madre".

(9) Carbonnier Jean.- Derecho Civil, Edit. Bosh, Barcelona -- 1965, T. I, Vol. II, pág. 252.

Pero como fácilmente se observa, la cuestión queda aún sin decidir plenamente, porque lo que interesa es determinar si el hijo ha sido concebido durante el matrimonio.

El párrafo segundo del mismo artículo 312 nos dice -- que se estima concebido durante el matrimonio el hijo nacido -- después de los 180 días (período mínimo de gestación) siguientes a la celebración de aquel y antes de los 300 días (período máximo) siguientes a la disolución o a la declaración de nulidad del mismo.

También se considerarán hijos de matrimonio, a aquellos que nazcan antes de los 180 días después de que se ha celebrado el matrimonio, pero con la condición de que el marido no entable la acción de desconocimiento.

Fundándose este criterio legal en la presunción de -- que el hombre se casa con una mujer cuyo estado de embarazo es comprobable y hasta visible, como suele serlo si da a luz antes de los 180 días siguientes, debe conocer la situación de -- la esposa y tomar a su cargo la paternidad del hijo, mientras no contradiga la presunción mediante el ejercicio de la acción de desconocimiento.

Veamos ahora lo que ocurre con el hijo nacido después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, o a

la separación efectiva y judicial de los cónyuges en los casos de nulidad o de divorcio.

El artículo 315 del Código Civil Francés nos dice que la legitimidad del hijo nacido después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, podrá ser impugnada. El hijo no es pues, extramatrimonial o ilegítimo, y será preciso para ello de una acción de impugnación de legitimidad.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que el hijo nacido dentro del matrimonio es siempre legítimo mientras el padre no lo desconozca y el nacido después de extinguido aquel igualmente y sin limitación de tiempo, mientras el padre o sus herederos no desconozcan la legitimidad.

La filiación legítima trae consigo los siguientes beneficios: Llevar el nombre y la nacionalidad de sus padres, el derecho a ser alimentado y educado por los mismos, a percibir la parte correspondiente por herencia y además goza de los beneficios y obligaciones derivados de la patria potestad.

La filiación es natural cuando entre el padre y la madre no existe vínculo matrimonial. Hay una filiación natural simple siempre que los padres, aunque no estuvieren casados al tiempo de la concepción o del nacimiento, hubieren podido estarlo válidamente. La filiación natural legalmente probada --

produce efectos menos completos que la filiación legítima.

En cambio se habla de filiación adulterina, cuando -- uno de los progenitores estuviera casado con una tercera persona al tiempo de la concepción.

Finalmente, se dice que el hijo es incestuoso, cuando media entre sus padres un impedimento matrimonial de consanguinidad o afinidad.

La filiación adoptiva responde a una creación artificial, merced a un acto de voluntad privada al que la ley presta su sanción y que hace nacer un vínculo entre dos personas - extrañas (adopción ordinaria) o entre dos cónyuges y un adoptado ajeno a ellos (legitimación adoptiva).

LEGITIMACION

La legitimación es una institución merced a la que - un hijo natural (simple, incestuoso o adulterino), adquiere la calidad y las prerrogativas de los hijos legítimos.

El efecto fundamental de la legitimación, consiste en atribuir la calidad de hijo legítimo al que hasta entonces viviera ostentando la condición legal de natural.

En lo que atañe a los hijos incestuosos, sólo cabe la legitimación cuando el impedimento que media (parentesco de -- consanguinidad o afinidad) entre los padres, resulte susceptible de dispensa (por ejemplo entre tío y sobrina y con la condición de que esta dispensa se obtenga realmente). De ahí que se excluya la legitimidad de los incestuosos siempre que no -- quepa dispensa (por ejemplo entre padre e hija).

En lo que concierne a los hijos adulterinos, éstos -- pueden legitimarse cuando se encuentren en alguno de estos dos casos:

a) Que hayan sido desconocidos con éxito y por medio de sentencia firme, por el marido de la madre.

b) Que hayan sido concebidos, durante un período de separación judicial de los cónyuges y después de los 300 días siguientes a dicha separación.

DERECHO CANONICO

La religión, sobre todo la católica, siempre ha influido en la formación de los pueblos. Ha sido elemento determinante en la estructura moral, llegando a adquirir tal importancia que en muchas ocasiones regulaba aún la vida jurídica de éstos pueblos.

Con el transcurso del tiempo, esa influencia fué disminuyendo, pero ha dejado hasta nuestros días una huella profunda, siendo importante y hasta determinante, para algunos círculos, la opinión religiosa.

En cuanto al tema de nuestro trabajo, vemos que el Derecho Canónico delimitó claramente los diferentes supuestos que se presentan. Que en materia de filiación hace distinciones entre hijos nacidos de matrimonio e hijos nacidos fuera de él.

Los hijos dentro del Derecho Canónico pueden ser dentro del matrimonio válido, legítimos y legitimados; y de los habidos fuera de matrimonio pueden ser naturales, o espureos o quedar legitimados por rescripto.

El diccionario nos dice respecto de la palabra legíti

mo que es aquello "que es conforme a la ley, lo genuino". (10)

De ahí que se haya hecho una distinción de los hijos-conforme al derecho o acto que les dió origen.

El Derecho deriva importantes efectos con respecto a los hijos de matrimonio, por el sólo hecho de haber nacido dentro de él, así como los que le son inherentes, tales como los del parentesco. Y ésto lo viene a confirmar el Cánón 1113 en el que se lee:

"Los padres tienen gravísima obligación de procurar con todo empeño la educación de sus hijos, tanto la religiosa y moral como la física y de proveer también a su bien temporal".

Debido al hecho de que la generación se encuentra velada por la misma naturaleza, y sólo en ocasiones por el mero hecho del parto y la publicidad que suele acompañar al nacimiento, es fácil determinar la filiación con respecto a la madre y debido a la fidelidad conyugal, en el matrimonio se ha presentado desde antaño, que el padre es el marido de la madre.

(10) Diccionario Pequeño Larouse Ilustrado, Edit. Babel.

Es por ello que el legislador canónico ha recogido la presunción que sobre la paternidad tenían los romanos. Este principio ha sido adoptado por la mayoría de las naciones civilizadas y se enuncia diciendo: "Pater is est quem justae nuptiae demonstrant". Postulando que se basa en la misma razón y que ha sido apuntalado por una recia tradición jurídica que se ha venido pronunciando en el mismo sentido. Por ello pasó íntegra la fórmula al Derecho Canónico, de donde ha venido a plasmar en el Párr. 1 del C. 1115 de donde lo reproducimos:

"Pater is est quem justae demonstrant", cuyo significado viene a ser: "El matrimonio muestra quien es el padre".

El legislador al sancionar esta presunción, no deja de reconocer la posibilidad de la prueba en contrario, para evitar con ello la injusticia, que se podría producir con un presunto padre que jamás hubiera tenido relación sexual con su mujer o que ésta ha sido tan anterior, que no pueda darse el caso de que el nacido sea hijo suyo. Por ello dentro del Cánon que comentamos, se permite destruir la presunción al decir:

".... a no ser que se compruebe lo contrario con razones evidentes"

Otra presunción de capital importancia se encuentra

contenida en el Cánón 1115, que basada dentro de las leyes de la gestación, tomó los términos máximo y mínimo dentro de los cuales es factible que se origine el ser humano; considerando como punto de partida la concepción, el legislador señala un mínimo de seis meses por lo menos contados a partir de la fecha del nacimiento para que opere sobre el nacido la presunción de legitimidad que con anterioridad fija en el C. 1114 -- en donde dice:

"Son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo, siempre que a los padres en el momento en que fué concebido el hijo, no les estuviera prohibido el uso del matrimonio celebrado antes por haber hecho profesión religiosa solemne o por haber recibido órdenes sagradas".

Esta legitimidad enunciada por el Cánón antes transcrito a la que se hace referencia en el párrafo anterior y que se desprende del párr. 2 del C. 1115 que dice a continuación:

"Se presume que son legítimos los hijos nacidos seis meses por lo menos después del día de la celebración del matrimonio o dentro de los diez después de la disolución de la vida conyugal".

Estos plazos que señala el legislador, son dentro de los cuales se encuentran los límites del período de la gesta--

ción, sin embargo estos plazos no son del todo definitivos, ya que el Cánón 1115 establece la libertad probatoria para todos los casos en que la paternidad sea discutible.

En este sentido, el Código de Derecho Canónico se ha ya comprendido dentro de las legislaciones que establecen como primordial el encontrar la verdad en cada caso concreto sin ponerle limitaciones en cuanto a las pruebas que puedan ser aducidas.

También protege, como excepción frente al Cánón 1114- a los hijos concebidos durante el matrimonio putativo de los padres, definiendo a éste como el matrimonio inválido en el cual por lo menos procedió de buena fe.

Esto lo confirma el Cánón 1015 párrafo 4:

"Si por lo menos uno de los cónyuges ha procedido de buena fe al celebrar el matrimonio inválido éste se llama putativo hasta que ambos conozcan con certeza la nulidad".

DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO VALIDO

Bajo este rubro comprendemos no sólo a los hijos provenientes de relaciones extramatrimoniales, sino también aquellos que han nacido de matrimonio inválido, no putativo.

Esta clase de hijos se puede dividir en Naturales y -
Espúreos.

Son hijos naturales los habidos por los padres fuera-
de matrimonio, siempre y cuando a los progenitores no les estu-
viese vedado el matrimonio. (C. 1116)

Son hijos espúreos, aquellos a cuyos padres les esta-
ba vedado el uso del matrimonio celebrado por haber hecho pro-
fesión religiosa solemne o por haber recibido órdenes sagradas
o por anterior ligámen no disuelto.

Denomínanse adulterinos, aquéllos que provienen de --
unión extramatrimonial en la que alguno de los progenitores, o
ambos, estaban unidos en matrimonio con persona diferente a --
aquella con la que tuvieron el hijo.

Son sacrílegos los engendrados por aquellos que han -
hecho profesión religiosa solemne y dentro del plazo en que és
ta estaba vigente; así como los engendrados por los que hubie-
ren recibido órdenes sagradas.

Son incestuosos los hijos de personas entre las que -
existe lazo de parentesco de consanguinidad o de afinidad en -
grado prohibido (Cánones 1076 y 1077), y de los habidos entre-
personas unidas por parentesco espiritual, (Cánones 1079 y - -

768) o por parentesco civil, (Cánon 1080).

En el estado eclesiástico existen limitaciones a los hijos ilegítimos al tenor de los Cánones 232, Párr. 2, 331. -- 320 Párr. 3, 542 y 572; se limita el derecho a los ilegítimos para llegar a ser Cardenales, Obispos, Abades o Prelados Nulius, Superior mayor en religión clerical; empero se les puede admitir en el noviciado y pueden profesar en religión.

El hecho que el Código Canónico siga manteniendo en su reglamentación, disposiciones diferentes para los ilegítimos, se basa en que el matrimonio es antes y por sobre todo el único medio de fundar la familia y por ello debe ser protegido mediante las sanciones que establece en contra de los hijos habidos fuera de su institución.

Dada la santificación que del matrimonio hace la Iglesia, lleva a considerar deshonroso todo tipo de unión extramarital, calificando de ilegítimos los hijos que nacen de ellas. Hijo ilegítimo que por el hecho de su nacimiento ha quedado fuera de la familia. Y mientras se admita la institución familiar basada en el matrimonio, los hijos concebidos fuera del matrimonio estarán fuera de la familia. El hijo natural no tiene pues, derecho al estatuto familiar. Y no se diga como se afirma a menudo, que es castigado por la falta de sus padres; su estado de hijo natural no es un castigo, es un hecho

de la naturaleza; si sus padres no estaban casados, no se puede hacer que lo estuvieran; y no hay en ello castigo o tara para el hijo, como no lo hay en ser pobre porque los padres son pobres, o en estar enfermo porque los padres estaban enfermos cuando lo concibieron". (11)

"Admitir a los hijos naturales en la familia, colocarlos en la categoría de los hijos legítimos sería arruinar la institución fundamental del matrimonio, puesto que las mismas ventajas, las ventajas familiares, se obtendrían sin él por medio de uniones irregulares. Y entonces, ¿Por qué constreñirse a reglas y formalidades enojosas, si se puede obtener el mismo resultado prescindiendo de ellas?" (12)

DE LA LEGITIMACION POR SUBSECUENTE MATRIMONIO.

Ya de antaño el Emperador Constantino, expidió un Decreto, por el cual legitimaba a los hijos por el sólo hecho del matrimonio subsecuente de los padres.

La legitimación por matrimonio supone que los hijos que por ella son legitimados, fueron habidos por sus padres --

(11) Leclercq Jacques.- La Familia, Edit. Herder, Barcelona-1961, pág. 366.

(12) Geny L' Enfant Naturel et La Famille, pág. 120, citado por Leclercq, Id, pág. 366.

antes de la celebración del matrimonio.

Para que proceda la legitimación por subsecuente matrimonio, se requiere que los padres en el momento de la concepción del hijo no les estuviere vedado el matrimonio.

Lo anterior se desprende del Cánón 1116, en donde se lee:

"Por subsiguiente matrimonio, de los padres sea verdadero o putativo, tanto si se contrae, como si se convalida, -- aunque no llegue a consumarse, se legitima la prole, con tal -- de que los padres hayan sido hábiles para contraer matrimonio -- entre sí, en el tiempo en que aquella fué concebida, o durante su gestación o cuando ella nació".

Y afirmamos que son legítimos con base en el Cánón -- 1114 ya comentado.

LEGITIMACION POR RESCRIPTO

Los Rescriptos son los actos de la autoridad emanados a petición de los fieles. Generalmente los Rescriptos son solicitados por las personas interesadas, aunque también pueden solicitarlos otras personas a nombre de los interesados y aún sin el consentimiento de ellos.

DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Estudiar el Derecho Español en el presente estudio, - es conocer las raíces de nuestras normas, ya que fué la savia - que nutrió y marcó los principios de nuestro actual Derecho Ci - vil Mexicano. Es por ello que a continuación se hará un breve estudio de la situación que guarda la familia y en especial -- los hijos en el Derecho Civil Español.

José Castán Tobeñas, nos dice acerca del matrimonio - que: "En España, la ley de 18 de junio de 1870, estableció el - matrimonio civil como forma obligatoria para todos los españo - les, pero los Reales Decretos del 22 de enero y 9 de febrero - de 1875, restablecieron el matrimonio como forma normal, dejan - do el civil reducido a una forma excepcional o subsidiaria pa - ra los que no profesasen la religión católica. El mismo siste - ma en lo esencial pasó al Código Civil. Ultimamente la ley de 28 de junio de 1932 ha devuelto al matrimonio civil el carác - ter de forma matrimonial obligatoria, única reconocida por la - ley de la República". (13)

En lo concerniente a los hijos, el citado maestro nos

(13) Castán Tobeñas José.- Derecho Civil Español Común y Fo - ral, Edit. Reus, Madrid 1955, T.I., Vol. I, pág. 191.

dice los siguiente: "La relación de paternidad y filiación se deriva de la naturaleza (generación) o de la ficción de la Ley (adopción). A su vez la generación puede realizarse dentro - del vínculo legal del matrimonio (generación legítima) o fuera del mismo (generación ilegítima). Y como el Derecho autoriza, dentro de ciertas condiciones, la concesión de la cualidad de hijos legítimos a los nacidos fuera de matrimonio (legitima- - ción), resultan en definitiva, las siguientes especies de hi- - jos: legítimos, ilegítimos, legitimados y adoptivos". (14)

El Derecho Español al igual que el Mexicano, acepta - el concepto general de que los hijos procreados por los cónyuges durante su matrimonio son legítimos y en ciertos casos los que fueron concebidos antes de la celebración del matrimonio y nacidos después.

Llama ilegítimos a los engendrados por personas no li gadas por el vínculo matrimonial, dividiéndolos en naturales y no naturales, según que sus padres hubieran podido o no con- - traer matrimonio al tiempo de la concepción.

A su vez los hijos naturales, pueden ser reconocidos- por ambos padres o por uno de ellos solamente, de manera vo- -

(14) Castán Tobeñas José.- Op. Cit. págs. 225 y 226.

luntaria o por declaración judicial, pero en cuanto a los hijos ilegítimos no naturales, está prohibido el reconocimiento y en términos generales la acción judicial de la reclamación de la paternidad.

Son legitimados los hijos, originariamente naturales, que pasan a ser considerados como legítimos por subsiguiente matrimonio de los padres o por concesión real.

Finalmente se consideran adoptivos, aquellos hijos -- que no siéndolo por la sangre, adquieren la condición de tales, en virtud de un especial acto jurídico.

Ahora bien, para acreditar de manera inequívoca la filiación legítima se necesitan de las siguientes probanzas:

I. El matrimonio de los padres.

II. La concepción durante el matrimonio y

III. Filiación materna y paterna.

Dice Pacifi Mazoni que de estos hechos, sólo pueden probarse de modo directo y pleno, el matrimonio y la filiación materna, ya que el tiempo de la concepción no puede fijarse -- más que por aproximación y la paternidad es casi un misterio impenetrable a la ciencia y a la investigación jurídica.

En vista de esto último, las legislaciones establecen una doble presunción. En orden al tiempo de la concepción, se presumen hijos legítimos los nacidos dentro de cierto plazo -- que se ha fijado teniendo en cuenta la duración normal del -- embarazo, y en cuanto a la paternidad, la presunción de que el marido de la madre es el padre de los hijos concebidos durante el matrimonio.

En tales principios se inspira el Código Civil Español, en el cual está explícita la primera presunción e implícita la segunda, aunque es verdad que por excepcional que pueda tenerse por legítimos los hijos no concebidos durante el matrimonio, situación que da lugar a tres hipótesis.

La primera hipótesis es aquella cuando el hijo es concebido durante el matrimonio, al respecto el artículo 108 del Código Civil Español estatuye: "Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al -- de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos -- días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges". Fundándose esta regla en la opinión de los fisiólogos -- acerca de los límites extremos del embarazo.

Contra tal presunción de legitimidad, sólo admite el Código Civil Español la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento --

veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo; en vista de que descontando ciento veinte - - días de los trescientos, quedan sólo ciento ochenta para el nacimiento, el que ya caería fuera de la presunción de legitimidad. La ausencia también se considera causa de imposibilidad física del marido en los mismos términos en que lo es la impotencia, correspondiéndole en ese caso la carga de la prueba al marido o a sus herederos.

La segunda hipótesis se presenta cuando los hijos son concebidos antes del matrimonio y nacidos durante éste. Los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, en principio, tienen la consideración de naturales; pero el Código les atribuye, por excepción en algunos casos, el carácter de legítimos, pues dice el artículo 110 que: "Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriera alguna de estas circunstancias.

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

2.- Haber consentido estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz.

3.- Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente.

En la tercera hipótesis se trata de los hijos nacidos después de transcurridos los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges, - no tienen la cualidad de legítimos, con arreglo a la norma general del artículo 108; pero pueden adquirirla conforme a la disposición del artículo 111 que dice así: "El marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges; - pero el hijo y su madre tendrán también derecho para probar en este caso la paternidad del marido".

En el Derecho Histórico Español según Sánchez Román, - fué común la clasificación de la prole ilegítima en natural y espúrea, subdividiéndose ésta en adulterinos, incestuosos, sacrílegos, manceres y espúreos en sentido estricto, correspondiendo ésta última denominación a los hijos de prostituta, si ésta era soltera y el padre también lo era, y por último los nefarios o sea los incestuosos en grado no dispensable.

El Código Civil prescinde la anterior nomenclatura y establece sólo dos clases de hijos ilegítimos: los naturales y los que llama "hijos ilegítimos en quienes no concurra la con-

dición de naturales, [artículo 139).

Son hijos naturales, según el Código "Los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieron casarse sin dispensa o con ella".

Conforme al régimen del Código Civil Español, los hijos legítimos tienen los siguientes derechos:

- 1.- A llevar los apellidos del padre y de la madre.
- 2.- A recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes y en su caso, de sus hermanos.
- 3.- A la sucesión legítima y además los correspondientes derechos sucesorios, así como los que se derivan de la patria potestad y la tutela.

Los hijos por subsiguiente matrimonio gozan de los mismos derechos que los hijos legítimos (artículo 122). Pero a los legitimados por Concesión del Jefe del Estado se les otorgan sólo los siguientes:

- 1.- Llevar el apellido del padre o de la madre que hubiere solicitado la legitimación.
- 2.- Recibir alimentos de los mismos.

3.- Obtener la porción hereditaria correspondiente.

4.- Suceder abintestato, a falta de descendientes y de ascendientes legítimos.

Por lo que se refiere a los hijos naturales reconocidos, ostentan los siguientes derechos:

1.- Llevar el apellido del que le reconoce.

2.- Recibir alimentos del mismo.

3.- Percibir, en su caso la porción hereditaria que se determine en el Código.

4.- Los derechos derivados de la patria potestad.

Y los naturales no reconocidos sólo tienen derecho a reclamar el reconocimiento forzoso o declaración judicial de su filiación en los casos y tiempos permitidos por la ley.

Al respecto los artículo 139 y 140 del Código Civil nos dicen: los hijos ilegítimos no naturales, sólo tienen derecho a alimentos y se les puede nombrar tutor y protutor. Los alimentos son restringidos o sea los auxilios necesarios para la subsistencia del hijo y para costearles instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio. Esta obligación se transmite a los herederos mientras no lleguen a la

mayoría de edad o no desaparezca la incapacidad.

Por otra parte, este derecho de alimentos sólo puede ejercitarse en los casos siguientes:

1.- Si la paternidad o maternidad se infiere de una Sentencia firme, dictada en un proceso civil o oriminal.

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

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

Es importante hacer mención que hijos extramatrimoniales pueden ser reconocidos, al respecto el maestro Luis Fernández Clérigo nos dice: "El Código Civil Español consigna, en su artículo 129 que el hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre". Dedúcese de aquí que sólo los que tengan la condición de hijos naturales podrán ser reconocidos. Son hijos naturales, según el artículo 119 del mismo código, los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían contraer matrimonio con dispensa, o sin ella. Al tenor de estos preceptos, ni el hijo adulterino, ni el incestuoso pueden go-

zar del derecho de ser reconocidos por sus padres, es decir, de ser sujetos pasivos del reconocimiento. (15)

Por último y afin de concluir el presente análisis, - haré mención a la investigación de la paternidad.

En cuanto a la llamada investigación de la paternidad, el sistema del Código Civil Español es el siguiente: Hasta la época de la Revolución Francesa, fué libre en Europa la investigación de la paternidad, y esta corriente legislativa influjó con posterioridad al declarar la ley de 11 de mayo de 1888, que no admitiría la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando existiera escrito del padre en el que constara su voluntad indubitada de reconocer por suyo el hijo, deliberadamente expresada con ese fin o cuando medie posesión-de estado". (16)

En síntesis podemos decir que el régimen del Código Civil Español, en orden a la investigación de la paternidad, - presenta el siguiente cuadro:

(15) Fernández Clérigo Luis.- El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, Edit. UTHEA, 1947, pág. 217.

(16) Castán Tobeñas José.- Op. Cit. pág. 229.

1.- Respecto de la madre, acepta el sistema permisivo absoluto, pues se imponen a la madre las consecuencias de la filiación, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y de la identidad del hijo, por donde resulta que no se excluye ningún medio de prueba, ni se limita a la libre investigación de la maternidad.

2.- Respecto del padre, por el contrario acepta el Código un sistema mixto, bastante restrictivo, pues sólo admite el reconocimiento forzoso en los siguientes casos:

a).- Cuando el hijo se halle en posesión continua de estado de hijo natural, justificado por actos directos del padre o de su familia.

b).- Cuando exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad.

c).- En los casos de delitos de violación, estupro o rapto, el Código Penal impone el deber del reconocimiento de la prole.

CAPITULO II

LA FAMILIA

DIVERSAS DEFINICIONES

La familia es otra de las instituciones que originariamente no pertenecen al Derecho; éste no hace más que regularla. Ella en sí es una institución social sustantiva, objeto de estudio para el moralista, para el sociólogo, para el político, para el historiador.

Etimológicamente procede de la raíz vama (sanskrito), complejo de habitación, residencia, vestido, algo así como lugar y casa. (17)

La concepción de la familia nos la muestra a modo de conjunto de personas ligadas por el matrimonio o la filiación, o bien por individuos vinculados por lazos de consanguinidad o afinidad resultantes a su vez, de las relaciones matrimoniales o paternofiliales.

Es común hacer una distinción entre dos especies de familia:

La familia en su más amplio sentido, viene a ser el -

(17) Clemente de Diego Felipe.- Instituciones de Derecho Civil Español, Madrid 1950, pág. 338.

conjunto de personas que proceden de un progenitor o tronco común y que se hayan vinculados por el matrimonio, por la filiación legítima o natural o por la adopción (filiación civil).

En sentido estricto designa a los miembros de ésta, - que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Siendo ésta la aceptación primitiva de la voz latina "familia".

Para el maestro Jacques Leclercq: "La familia, es una institución natural que nace espontáneamente dondequiera que haya hombres. Esta es una institución natural que se impone a la colectividad no sólo de hecho sino que también de derecho. - De hecho porque resulta del curso espontáneo de la actividad humana; de derecho, porque la colectividad está obligada a respetar el orden natural. Así pues, el hombre tiene derecho natural a la familia, este derecho es absoluto y ningún poder humano puede atentar contra él". (18)

Rojina Villegas nos comenta al respecto que "La familia en su más amplio sentido comprende en general, a todos los que descienden de un antepasado común, para abarcar a los pa--

(18) Leclercq Jacques.- Op. Cit. pág. 32.

rientes en línea recta y en línea colateral, hasta determinado grado que el derecho en cada caso va precisando. Por ejemplo en el Código Civil de 1884, se reconocía el parentesco colateral hasta el octavo grado, en el Código vigente sólo hasta el cuarto grado para los efectos hereditarios.

La familia en sentido estricto comprende en realidad, sólo a los padres e hijos, entretanto éstos no se casan y constituyan una nueva familia.

En el parentesco por adopción, como el adoptado adquiere la situación jurídica de un hijo con todos los derechos y obligaciones de tal, queda incorporado a la familia del adoptante.

Concluye Rojina Villegas, que la familia en el Derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose, además de manera excepcional, el parentesco por adopción. (19)

Por último y a fin de redondear aún más el presente tema, haré mención al catedrático Galindo Garfias, quien nos

(19) Rojina Villegas Rafael.- Compendio de Derecho Civil, (Introducción, Personas y Familia), Edit. Porrúa, S.A., México, 1974, pág. 397.

define a la familia como: "Un núcleo de personas que como grupo social ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la generación". (20)

Del contenido de las transcripciones precedentes, podemos concluir que si bien, la familia en un principio surgió por necesidades biológicas de reproducción y de ayuda recíproca, en la actualidad va más allá de las simples motivaciones biológicas y económicas y en su desarrollo establece vínculos entre sus componentes ya sean éstos sentimentales, jurídicos, morales y de ayuda recíproca, etc.

También se concluye que el matrimonio y la filiación son pues las circunstancias esenciales determinantes de la familia, como así lo manifiesta el ilustre jurista Luis Fernández Clérigo, quien nos dice: "En todos los ámbitos del mundo conocido y en todas las legislaciones, siempre se ha considerado que el matrimonio es la base esencial de la familia". -- (21)

(20) Galindo Garfias Ignacio.- Derecho Civil, Edit. Porrúa, S.A., México, 1973, pág. 397

(21) Fernández Clérigo Luis, Op. Cit., pág. 7.

DERECHO DE FAMILIA

El maestro Rafael de Pina afirma que: "Llamase Derecho de Familia a aquella parte del Derecho Civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones de sus miembros".

También nos dice de Pina y citando al civilista argentino Díaz de Guijarro que: "El Derecho de Familia ha sido definido como el conjunto de normas que dentro del Código Civil y de las leyes reglamentarias regulan el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en este estado y sus efectos personales y patrimoniales".

Que familia y derecho de familia, son dos ideas distintas que naturalmente se complementan. La primera - dice Valverde -, es el hecho y su reglamentación jurídica el segundo. Ambas ideas representan a su juicio, modalidades de una misma esencia a través de su doble conceptualización, siendo de la competencia del Sociólogo Jurista la exposición de la primera, auxiliándose de los medios de conocimiento que la Historia le presta, correspondiendo exclusivamente a la Ciencia del Derecho desarrollar el segundo concepto; que la familia y el derecho de familia proclaman su soberanía, especializan su naturaleza y singularizan sus conceptos; que no obstante el decur-

so del tiempo, casi todos los pueblos, en el aspecto familiar, como se petrifican y se resisten a todo tipo de inovaciones, - sobre todo si provienen del Estado; pero que en la actualidad - moderna, este Estado ha venido a realizar muchas de las funcio - nes que eran exclusivas de la familia, pues el propio estado - tienen un interés supremo en que sus ciudadanos del futuro - - sean hombres útiles y no constituyan cargas gravosas para él, - "cualidad que no garantiza suficientemente la sóla interven - ción de sus familiares", y que ésta última orientación es la - que va ganando terreno e imponiéndose en la actualidad". (22)

Por su parte el ilustre profesor Jean Carbonier al -- respecto nos dice: "El Derecho de Familia, constituye una rama jurídica, si bien intensamente transitada de eticidad (enten-- diéndose la palabra ética en su más amplia acepción).

Nadie pone en duda, y es un hecho, que la coacción de la moral y las costumbres, resulta más eficaz que el procedi-- miento judicial en orden a la ejecución de las normas ius-fami - liares.

Respecto a la ubicación que tiene el Derecho de Fami - lia, tanto en el Derecho Público como en el Derecho privado, -

(22) De Pina Rafael.- Elementos del Derecho Civil Mexicano, - Edit. Porrúa, S.A., México 1963, págs. 300 y 301.

el maestro nos dice: "Tradicionalmente, el Derecho de Familia formaba parte del Derecho Civil hasta que las corrientes modernas lo han enclavado dentro del Derecho Público invocando el interés social de la población, al servicio del cual se encuentra la familia o el intervencionismo estatal a que se haya sometido. Sin embargo y sin pasar por alto esta concepción, el Derecho de Familia continúa siendo fundamentalmente una disciplina jurídico-privada y forma parte, por tanto del Derecho Civil, cuyo cometido consiste ante todo, en resolver los conflictos entre particulares". (23)

El maestro Galindo Garfias al tratar al Derecho de Familia nos dice que: "Es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar - entre sí, creando las relaciones conyugales y constituídas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes. Esas facultades y deberes de carácter asistencial, que nacen entre los parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etc.), tienen entre ascendientes y descendientes un aspecto de potestades y sujeciones establecidas para la protección de los hijos".

"El Derecho Civil, no puede desconocer que al márgen-

(23) Carbonier Jean.- Op. Cit. 12.

del matrimonio se produce con frecuencia dentro del grupo social, la unión de hecho entre un hombre y una mujer, cuyos hijos requieren el reconocimiento y la protección del derecho. De ahí, que en ciertos casos, cuando estas uniones extramatrimoniales tienen entre una mujer soltera y un hombre soltero, produzcan ciertos efectos jurídicos en favor de los concubinos y en favor de la prole que ha nacido de una unión".

El Derecho Civil reconoce el Concubinato atribuyéndole ciertas consecuencias particularmente de orden patrimonial (obligación de prestar alimentos, constitución y función del patrimonio de familia etc.).

Así pues el Derecho de Familia se ocupa:

Del matrimonio

Del concubinato

De la filiación y el parentesco

De la protección de los menores e incapacitados (Patria Potestad y Tutela).

Del patrimonio de la familia". (24)

(24) Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit.

SU DESARROLLO HISTORICO

En el presente tema a tratar empezaré por consignar - algunos datos históricos de la familia a fin de hacer más completo el presente estudio, dichos datos fueron tomados de la obra "Matrimonio por comportamiento" del Doctor Ortíz Urquidí y del Maestro Antonio de Ibarrola de su libro Derecho de Familia.

LA INDIA

Entre las primitivas costumbres de los pueblos que habitaban los Valles del Indo y del Ganges, recopiladas en el -- Mahabarata, que es la compilación más antigua de las viejas -- tradiciones indias, la costumbre reinante en cuanto al matrimonio se refiere, era la promiscuidad, como lo acredita uno de los textos de dicha recopilación. Y citando el Doctor Urquidí al Doctor Ricardo Uribe Escobar, expresa: "Hubo un tiempo en que no era delito el ser infiel al esposo, antes bien, era un deber. Las hembras de todas las clases son comunes..."

Pero cuando en la época teocrática del pueblo Hindú - los Brahamanes se adueñaron del poder político, impusieron a la India una legislación eminentemente religiosa en la que la poligamia era permitida, aún cuando con algunas restricciones.

Así un Brahamán o sacerdote, podía tener cuatro mujeres; un chatria o guerrero, tres; un vaisia, labrador o mercader, dos; y un sudra o esclavo, una.

HEBREOS

La ley Mosaica deja subsistir la poligamia como forma matrimonial, pero prohíbe que las uniones se realicen entre parientes próximos.

En el Antiguo Testamento, no se describen normas legales sobre el matrimonio; pero sí que las esposas podían comprarse a cambio de servicios, como sucedió en el caso de Jacob quien trabajó siete años a Labán para que le diera por esposa a su hija Raquel.

Se señala otra forma de matrimonio Judío como derivado del matrimonio por compra y que es el de la Khetuba consistente en la constitución por escrito de una dote otorgada por el marido en favor de la mujer, pero que aquel administraba libremente durante el matrimonio; mismo que al ser disuelto, bien por la muerte del marido o porque éste llegara a repudiar a su mujer, originaba que ésta entrara al pleno dominio de la dote, por lo cual se llegó a interpretar como una cláusula penal contra el divorcio, siendo el valor de dicha dote en la época del Talmud dos siglos después de J.C. (de doscientos de-

narios para una doncella y cien para una viuda).

Sea como sea, la familia entre los Judíos señala el comienzo del perfeccionamiento que adquiere en el cristianismo, ya que aunque practicaban la poligamia, la mujer tenía en el hogar un puesto de honor y la ley mosaica ordenaba honrar a la madre, también al padre, claro está y respetar a la mujer ajena.

EGIPTO

En Egipto el matrimonio fué siempre monógamo, salvo excepciones introducidas en favor del rey y de los príncipes durante las épocas feudales. En el matrimonio cada parte tenía derechos definidos en los que no intervenían restricciones impuestas por las respectivas familias. El contrato de matrimonio, por otra parte, fué sumamente estricto. Existió la propiedad conyugal en la que el hombre gozó de las dos terceras partes y la mujer del resto; la familia sin hijos, era muy bien visto que los adoptasen. La adopción traía consigo el derecho de heredar.

GRECIA

En Grecia la familia era más que una asociación natural; una asociación religiosa en la que la mujer perdía la religión de su familia para adquirir la de la familia del marido.

Tenía, pues un lugar secundario en el hogar.

El matrimonio fué en un principio obligatorio a fin de lograr la continuidad de la familia y del culto doméstico; pero cuando como consecuencia de la natural sobrepoblación así originada, se impuso la limitación de la natalidad y apareció la crisis del matrimonio, surgió el concubinato como una costumbre general que por cierto no causó escándalo ni produjo -- sorpresa.

ROMA

Como anteriormente se manifestó, por el matrimonio se adquiría en Roma la manus o potestad marital y ésta podía ser de tres modos: por la confarreatio, por la coemptio y por el usus.

Por razón de la calidad de las personas que celebran su matrimonio en Roma, éste podía ser de cinco clases a saber: Las justas nupcias, las injustas nupcias, el concubinato, el contubernio y el estupro, siendo la primera de estas uniones la única que daba a los hijos la calidad de liberi justii y que hacia nacer la patria potestad.

CHINA

Cuentan los anales Chinos que en el comienzo, los hombres no diferían en nada de los animales en su manera de vivir, erraban por los bosques y las mujeres eran comunes, los niños nunca conocieron a sus padres, sino tan sólo a sus madres.

Fue el emperador Fouhi, quien abolió esta promiscuidad e instituyó el matrimonio. Era común que los esposos se conocieran en la noche de bodas, no tomándose por lo tanto en cuenta su libre elección. Como consecuencia se abrió el camino a la poligamia entre los chinos y se pusieron en vigor inclusive leyes que protegían a las concubinas y a los hijos de éstas, quienes conforme a alguna de ellas, tuvieron los mismos derechos que los de la esposa legítima. Era el concubinato un privilegio de las clases ricas. En el centro y norte de Asia, la poligamia antes de la introducción del cristianismo, era una excepción. Concluyó Mao con el concubinato de los ricos.

No cabe duda alguna que la importancia de la familia y la del grupo más amplio de los parientes descendientes de un tronco común, fue reconocida en China en todas las leyes concernientes a herencias, adopción, matrimonio y divorcio. El padre el miembro más activo del grupo, fué invariablemente reconocido como cabeza de la familia o del grupo familiar, con amplia autoridad sobre sus demás miembros y con facultades du-

rante toda su vida para disponer de su propiedad. Después de la muerte del padre, la patria potestad pasa a la madre. Por el matrimonio, la mujer salía de la autoridad de su propia familia y recaía en la familia de su esposo, a la cual pasaban sus bienes salvo los de uso personalísimo.

EL DEPECHO DE FAMILIA EN MEXICO

El matrimonio en el México Precolonial y en el Colonial.

En esta parte de su tesis doctoral, el Maestro Ortíz Urquidi, hace una serie de relatos y citas. Así, refiere que los Españoles introdujeron en México sus costumbres, religión y leyes; que el Concilio de Trento (1545-1563), tuvo vigencia en México, aunque no de una manera absoluta e inalterable, -- puesto que resultaba imprudente e impolítico tratar de imponer a los indígenas y hombres de aquellas razas los "mismos moldes", en que se había venido vaciando una civilización de siglos. "Era forzoso (agrega), ir administrando a los neófitos los sacramentos del catolicismo, y si en cada uno de éstos se ofrecían dificultades de muy penoso vencimiento, éstas aumentaban todavía más al tratar del matrimonio, por el carácter básico que esta institución tiene en la vida de los pueblos". -- Añade Ortíz Urquidi" de ahí que por lo menos en los primeros tiempos de la Colonia se reconoció como legal y se tuvo como válido el matrimonio celebrado consensualmente por los indios, por cierto que porque así se los enseñaron los propios misioneros, entre tanto eran gradual y definitivamente incorporados a la civilización cristiana".

Continúa manifestando el Doctor Urquidi que: En el-

siglo XVI se realizó la conquista de México. La cristianización del pueblo de México duró aproximadamente un siglo; del año 1521 a 1635. El Concilio de Trento funcionó a mediados del siglo XVI, de 1545 a 1563. Cuando llegaron los españoles a México se encontraron con la poligamia entre los indios, quienes al ser cristianizados tenían que abandonar la poligamia y ser monógamos y les enseñaron los misioneros a los indios la forma de serlo, pero al mismo tiempo les indicaron esa manera de casarse, anterior al Concilio de Trento, entre los fieles, consistente en convivir, tener trato sexual continuado con deber de fidelidad y un tratamiento de igualdad en el matrimonio; no se necesitaba la bendición del cura, no se necesitaba ceremonia de ninguna naturaleza. En toda la vastedad del territorio nacional, en la raza indígena, ese matrimonio se celebraba sin formalidad de ninguna naturaleza, por el puro consentimiento manifestado por la convivencia, por el trato recíproco sexual; bastaba con que se uniera hombre y mujer para que la unión se convirtiera en matrimonio y en matrimonio eclesiástico, en matrimonio canónico, cristiano, válido. Pero las costumbres del matrimonio, que es perfecto cuando se ha consumado, es decir, cuando ha habido yacimiento carnal entre el hombre y la mujer, esas costumbres enseñadas por los misioneros son todavía las que nuestro pueblo practica. Hay un porcentaje muy grande de los llamados concubinatos, amasiatos, en el pueblo de México. Pero no es por malas costumbres o malos hábitos, es porque a eso fueron enseñados. El misionero no --

enseñó al indio a casarse con las formalidades del Concilio de Trento que todavía existía. Le decían: "si quieres a tal mujer, llévatela"; porque recordarían los señores Ministros que en el Derecho Canónico no se necesitaba el consentimiento de los padres para la validez del matrimonio. Así era en el Derecho Francés que se ha difundido por el mundo y es una de las cosas que se puso en el Código de Napoléon. Cuando hablan de amasiato y lo desprecian, no se dan cuenta que esa fue la enseñanza de los Franciscanos.

Sin embargo, esa costumbre del matrimonio consensual antetridentino no ha desaparecido entre nosotros, como tampoco en algunos otros países, como entre los americanos y sobre todo entre los escoceses. En el Estado de Nueva York y otros de la Unión Americana, por ejemplo, se llevan a la mujer y después registran la unión mediante una manifestación, y si no la registran, el matrimonio es, de todos modos válido. Esto ha pasado en México, siempre en las costumbres de nuestro pobre pueblo; se llevan a la muchacha a su casa y viven como marido y mujer. Nosotros con mucho desprecio les llamamos amasios, amancebados, pero los frailes les enseñaron a eso y ellos no han sabido de las formalidades del Concilio de Trento para los pueblos civilizados, cultos, con recursos o cuando menos con ciertos elementos económicos.

Y vino la Reforma de Trento, porque contra el matri-

monio consensual en Europa, se levantaban voces de protesta -- por los grandes escándalos que había. Lutero, entre otros, -- fue de los que más rudamente los atacó. De manera que fue así hasta dicho Concilio, cuando se establecieron esas formalida-- des. Pero en pueblos tan pobres como éste de América, que no tiene muchos años de vida, en donde las gentes no tienen con -- que cubrirse sus carnes, cualquier gasto por insignificante -- que sea, ya está fuera de sus posibilidades. Trasladarse a -- doscientos kilómetros de distancia para ir a una parroquia a -- celebrar su matrimonio, ya les es gravosísimo; comprar trajes -- nuevos para asistir a la ceremonia, no lo pueden hacer y pagar derechos, mucho menos.

CAPITULO III
DE LA FILIACION

CONCEPTO DE PARENTESCO

El maestro Ignacio Galindo Garfias, respecto del parentesco nos dice que: "El nexó jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado, se denomina parentesco". (25)

Como se podrá deducir del concepto anteriormente transcrito, el maestro Galindo Garfias incluye en su definición las tres formas del parentesco (por consanguinidad, por afinidad y por adopción), que trata nuestro actual Código Civil en su artículo 292, que terminantemente establece: "La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil". Por parentesco civil se entiende desde luego, el parentesco por adopción.

Por lo que se concluye que fuera de estas formas nunca ni nadie podrá tener otra forma de parentesco que las permitidas por la ley; y que el parentesco no es sino la adscripción de una persona a una determinada familia.

Rojina Villegas nos dice respecto del parentesco: "El

(25) Galindo Garfias Ignacio. Op. Cit. pág. 414.

parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto-- que es una situación permanente que se establece entre dos o - más personas por virtud de la consanguinidad del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho". (26)

Planiol define el parentesco como: "La relación que - existe entre dos personas de las cuales una desciende de la -- otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo o que - - descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos. - Al lado de este parentesco real, que es un hecho natural y que se deriva del nacimiento, la ley admite un parentesco ficticio, establecido por un contrato particular llamado adopción. El - parentesco adoptivo es una imitación del parentesco real". (27)

Podemos considerar que el parentesco es un estado jurídico derivado de una situación jurídica permanente entre dos o más personas, condicionada a la aplicabilidad de todo un estatuto de derecho para que sean susceptibles de producirse de manera renovada y continua, diversas y múltiples consecuencias, siendo principalmente, la creación de derechos y obligaciones.

(26) Rojina Villegas Rafael, Op. Cit., pág. 257.

(27) Planiol Marcel.- Tratado Elemental de Derecho Civil, (Introducción, personas y familia), traducción de José Ma. Cajica Jr., Puebla, México, pág. 283.

El parentesco en cualquiera de sus formas, debe estar declarado y reconocido expresamente por la ley, no obstante -- puede pensarse que las relaciones o vínculos derivados de la -- sangre son impuestos por la naturaleza misma, ya que en la medida que el derecho reconozca la existencia y validez, de esos vínculos consanguíneos naturales, habrá parentesco para los -- efectos de la ley. Por esta razón, se ha establecido en los -- códigos una limitación en los grados de parentesco. Tanto en el parentesco por afinidad como por adopción, es la ley la -- única que establece y determina quienes son los sujetos que -- quedan vinculados por la relación parental y cuales los actos-jurídicos, ya sea el matrimonio o la adopción que deban realizarse para que se produzcan las consecuencias de derecho, fundamentalmente la creación y establecimiento, tanto de derechos como de obligaciones.

Como se dijo anteriormente tres son las formas de parentesco que nuestro derecho contempla.

- 1.- Consanguíneo.
- 2.- Por afinidad.
- 3.- Por adopción.

El parentesco de consanguinidad lo define el artículo 293 del Código Civil vigente que a la letra dice: "El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que des--cienden de un mismo progenitor".

Para establecer el parentesco consanguíneo debe partirse del hecho natural de la generación, es decir, el punto de partida es la filiación. Si ésta ha sido comprobada, quedará establecida la línea de parentesco con los ascendientes y parientes colaterales de la madre y del padre si éste es conocido (28)

El artículo 296 nos dice que: "Cada generación forma un grado y la serie de grados constituye lo que se llama la línea de parentesco".

Esta línea de parentesco consanguíneo va a tener una primera división, ya que el artículo 297 del multicitado Código señala: "La línea es recta o transversal; la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común".

Debemos notar que en la línea recta ningún Código limita el alcance de la relación jurídica, no importando cual sea el número de generaciones, quedando sólo a la duración de la vida misma del hombre, establecer una limitación de hecho.

(28) Galindo Garfias Ignacio. Op. Cit. pág. 416

La línea recta sufre, a su vez, una división al establecer el artículo 298: "La línea recta es ascendente o descendente; ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende".

Finalmente los artículos 299 y 300 se refieren a la forma en que deben contarse los grados de este tipo de parentesco, el primero señala que: "En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor"; y el segundo nos dice: "En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor a tronco común".

El parentesco por afinidad lo define el artículo 294 del Código Civil como: "el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón".

La fuente del parentesco por afinidad va a ser el matrimonio, ya que al realizarse éste, va a existir un vínculo -

de parentesco entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro (yerno, nuera, cuñado,). Este tipo de parentesco se conoce en el lenguaje corriente como "parentesco político".

En nuestro Derecho, esta forma de parentesco produce sólo ciertas consecuencias, ya que no da lugar al derecho de alimentos que reconocen otras legislaciones, como en el Francés, entre yerno o nuera y suegros o de manera general, entre afines de primer grado en línea directa.

Tampoco da derecho a heredar, ya que el ordenamiento 1603 de nuestro Código, claramente especifica que: "El parentesco de afinidad no da derecho de heredar". Como única consecuencia jurídica importante de señalar en nuestra legislación debemos puntualizar que el matrimonio no puede celebrarse entre parientes por afinidad de línea recta, ni tampoco reconoce parentesco alguno por afinidad en el concubinato, ya que lo condiciona expresamente al matrimonio, como lo vimos al mencionar el artículo 294 en el principio del presente inciso.

En síntesis la afinidad, hace entrar a uno de los cónyuges en la familia del otro cónyuge, pero sin producir todos los efectos del parentesco consanguíneo.

Respecto de la adopción, el maestro Galindo Garfias nos dice que se va a denominar parentesco civil, cuando una persona por acto de voluntad dentro de un procedimiento esta-

blecido por la ley, declara su propósito de considerar como hijo suyo a menor o incapacitado, tiene lugar la adopción, nace así una relación paterno filial que aunque ficticia, es reconocida por el Derecho.

En el Código Civil vigente, el parentesco por adopción es el resultado de un acto jurídico, que para algunos autores constituye un contrato. Para Planiol; "La adopción es un contrato solemne sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultaría de la filiación legítima". (29)

Para Rojina Villegas, "La adopción es un acto jurídico mixto, ya que en él interviene uno o varios particulares, y uno o varios funcionarios del Estado". (30)

En nuestro Derecho la adopción, se encuentra regulada en los artículos del 390 al 410 del Código Civil, tiene como principales consecuencias equiparar todo el conjunto de derechos y obligaciones que establece la filiación legítima entre padre e hijo, al adoptante y al adoptado, además crea un impedimento entre las partes para contraer matrimonio tal y como lo estipula el artículo 157, el cual subsiste mientras dure el

(29) Planiol Marcel. Op. Cit. pág. 220

(30) Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. pág. 264

parentesco por este concepto el cual no se extiende a los parientes del adoptante, ni a los del adoptado y da derecho a los alimentos en forma recíproca.

Las principales consecuencias jurídicas del parentesco son las siguientes:

En el parentesco consanguíneo tenemos:

1. Crea el derecho y la obligación de alimentos, según los artículos 301, 303 y 304 del Código Civil vigente.

2. Origina el derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria, bajo determinados supuestos, artículos 1590, 1501 y 1602 del Código Civil.

3. Crea determinadas incapacidades en el matrimonio y en la tutela legítima constituye la base para el nombramiento de tutor.

4. Origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contraen sólo entre padres e hijos, abuelos y nietos en su caso.

La afinidad produce los siguientes efectos:

El parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna, es impedimento para la celebración del matrimonio (artículo 156 fracción IV del C.C.). Este impedimento sólo puede tener lugar cuando el matrimonio anterior que ha dado origen al parentesco por afinidad, ha sido disuelto por muerte, por divorcio o por nulidad.

A fin de hacer más completo el presente estudio sobre el parentesco, haré mención al parentesco espiritual que aunque no lo contemplan nuestras leyes, dentro del Estado Eclesiástico sí tiene gran relevancia.

En el Código de Derecho Canónico, encontramos que existe el parentesco religioso, por ejemplo, el capítulo IV, referente al bautismo, nos habla de los padrinos, y el Cánón 768 dice textualmente: "Sólamente el bautizante y el padrino contraen por el bautismo parentesco espiritual con el bautizado". De la misma forma el capítulo IV, nos habla de la confirmación y el Cánón 797 dice: "De la confirmación válidamente administrada nace también parentesco espiritual entre el confirmado y el padrino, en virtud del cual éste tiene obligación de considerar a aquel como confiado perpetuamente a su cuidado y de procurar su educación cristiana". Encontramos pues, que la iglesia reconoce el parentesco espiritual, pero la ley como anteriormente se dijo, no reconoce más parentesco que los antes mencionados.

CONCEPTO DE FILIACION

Etimologicamente considerando, el vocablo "filiación", proviene del término latino "filatio", que a su vez proviene de "filius" hijo. Por lo que vemos que entraña una relación de una persona "padre" con otra que es su hijo.

La filiación de acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es: "La procedencia de los hijos respecto de los padres y trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos recíprocos, dando origen a la patria potestad". (31)

Según Sánchez Román, filiación es: "Un estado civil del hijo con relación a su padre o a su madre, de donde se derivan dos estados recíprocos, maternidad y paternidad; la paternidad es el estado civil del padre respecto del hijo engendrado por él. La maternidad es el estado civil de la madre -- respecto de los hijos dados a luz". (32)

Bonnecase define: "La filiación legítima es el lazo que une al hijo con sus padres, cuando están casados en el momento de su concepción o de su nacimiento. La filiación natu-

(31) Semanario Judicial de la Federación. T. XXV, pág. 817.

(32) Sánchez Román Felipe. Derecho Civil. Vol. II, pág. 952 Madrid.

ral es el lazo que une al hijo con su padre o con su madre o con ambos cuando no están casados entre sí en el momento de su nacimiento". (33)

Fernández Clérigo nos dice que: "El hecho físico de la generación origina el hecho jurídico de la filiación, pero ésta a su vez, produce un conjunto de relaciones que reciben el nombre de parentesco, de las cuales se derivan múltiples y complejos derechos y obligaciones de atención y cuidado, respeto y obediencia, asistencia mutua y beneficios sucesorios, que a tanto alcanza el parentesco por filiación". (34)

Según los autores referidos y en términos exclusivamente jurídicos, el concepto de filiación se refiere a la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo, y se le va a dar el nombre de paternidad o maternidad, cuando se le considera con referencia al padre o la madre.

También vamos a ver que el término filiación lo podemos contemplar en dos sentidos: Uno amplio y el otro restringido. Cuando hablamos en un sentido amplio, la filiación comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y des

(33) Bonnecase Julien. Elementos de Derecho Civil, traducción de José Ma. Cajica Jr., México 1945, Vol. III, T. I, pág 581.

(34) Fernández Clérigo Luis, Op., Cit., pág. 179.

cendientes sin limitación de grado, es decir entre personas -- que descienden las unas de otras; y en un sentido restringido-- la filiación es la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo, por lo tanto va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico.

FILIACION RESPECTO DE LA MADRE Y DEL PADRE

Al tratar el presente tema, primeramente hablaremos de la maternidad y la paternidad desde el punto de vista material, o sea de los medios de que se vale el Derecho para señalar y en su caso demostrar, que tal o cual individuo es padre o madre de un ser que se ha concebido.

El maestro Fueyo Laneri, nos dice a este respecto que: "La procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho natural 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 inexorable.

El Derecho, sin embargo, no extrae siempre un efecto jurídico de ese acontecimiento, por lo difícil que es comprobar tanto la paternidad como la maternidad, sobre todo la primera, porque aún 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 o no ligados por matrimonio, hecho previo que adquiere carácter esencial". (35)

(35) Fueyo Laneri Fernando. Derecho Civil. Santiago de Chile 1959 T. VI., Derecho de Familia, Vol. III, pags 303 y 304.

De lo anteriormente transcrito se concluye que a toda persona, corresponde una cierta filiación aún cuando no sea posible conocer ésta, ya sea porque se carezca de pruebas para acreditar su filiación o bien porque las que se tengan sean -- insuficientes.

Así vemos que los elementos constitutivos de la filiación, se van a integrar de distinta manera, según que se trate de establecerla respecto de la madre o en relación con el padre.

Para establecer la filiación respecto de la madre se han señalado dos elementos que la hacen indubitable.

Como primer elemento vamos a tener el hecho del parto, el cual nos permite conocer la filiación en forma directa o indirecta y además establecer que una cierta mujer es la madre de una persona.

Como segundo elemento, tenemos la identificación entre el ser que se da a luz en el parto y el que después pretende serlo.

En cuanto a la filiación respecto del padre, ésta no puede ser conocida en forma directa, como sucede con la de la madre, porque las relaciones sexuales que hayan podido existir

entre un varón y una mujer y que han dado como consecuencia el nacimiento de un ser, se han llevado a cabo en la intimidad y solamente a través de una presunción puede afirmarse que el embarazo de la mujer es obra de un determinado hombre.

Por lo tanto en lo que concierne a la prueba de la paternidad, el legislador ha tenido que valerse de presunciones, ya que en relación a la paternidad la certidumbre cede su sitio a la incertidumbre.

Así el Derecho ha querido resolver el presente problema mediante la presunción legal de que "el padre del hijo es el marido de la madre".

CAPITULO IV
FILIACION MATRIMONIAL

CONCEPTO DE LA FILIACION LEGITIMIA

Entendemos por filiación legítima, el vínculo jurídico, que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres.

Colin y Capitant, fijan la filiación legítima del hijo, en el hecho de: "Haber nacido de relaciones sexuales de -- dos esposos. Para poder establecer esta filiación, es preciso poder demostrar, primero, que se ha nacido de una mujer casada; este hecho es el de la maternidad legítima; segundo, que haya sido engendrado por el marido de esta mujer, y este hecho es -- el de la paternidad legítima". (36)

De lo anteriormente transcrito, podemos concluir que -- para hablar de filiación legítima es menester que haya un matrimonio previo a la concepción de un ser, ya que de otra forma el hijo concebido antes del matrimonio puede considerarse, -- según los casos, como legitimado o bien, puede el marido impugnarlo, es decir, desconocer la paternidad para que no le pueda ser imputado.

El Código Civil, en su título séptimo que denomina: -

(36) Colin Ambroise y Capitant Henry. Curso Elemental de Derecho Civil, Edit. Reus, Madrid, 1952, pág. 550.

"De la paternidad y filiación", considera en su capítulo 1o., - a los hijos de matrimonio; establece presunciones de donde se deriva su legitimidad, apegándose en cuanto a los principios a la tradición romana.

Se confirma lo anterior de la lectura del artículo -- 324 del Código Civil vigente que reza:

"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".

Ahora bien, la presunción anterior la puede impugnar - el marido, tomando como base la falta de acceso carnal con su - mujer. En tal sentido se pronuncia el artículo 325 que a la - letra 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".

PRUEBAS DE LA FILIACION LEGITIMA

La filiación es legítima cuando el padre y la madre -- del niño han constituido una familia por el matrimonio y el hi-- jo ha sido concebido o por lo menos ha nacido durante ese ma-- trimonio.

Nuestro Código Civil, en su capítulo II del título -- séptimo, libro primero, trata lo relativo a la prueba de la fi-- liación de los hijos nacidos de matrimonio y en su artículo -- 340 dispone que: "La filiación de los hijos nacidos de matrimo-- nio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres".

Las actas del Registro Civil son la prueba de dos he-- chos: El matrimonio de los padres y que una persona es hijo de ambos cónyuges.

Mediante las actas del Registro Civil, se prueba pri-- meramente el matrimonio de los padres y segundo que el hijo -- fué concebido durante el matrimonio de los mismos, siendo im-- portante también la prueba de la identidad del hijo ya que por medio de ésto se va a conocer la filiación de una persona que-- pretende ser hijo de una cierta mujer o de un cierto hombre.

El artículo 39 del mismo ordenamiento legal dispone:-

"El estado civil se comprueba con las constancias relativas -- del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba -- es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente -- exceptuados por la ley".

Como se podrá deducir de los artículos expuestos, el medio idóneo para determinar la filiación de un hijo de matrimonio, es la presentación de las actas de matrimonio y de nacimiento.

Lo que viene a confirmar que las actas que sean expedidas por el Registro Civil, harán prueba plena mientras no se demuestre su falsedad o se declare su nulidad por falta de requisitos de forma o de fondo, además de ser títulos que producen efectos que pueden oponerse a todo el mundo, inclusive al padre.

El tratadista español Luis Fernández Clérigo, al respecto manifiesta: "La prueba más concluyente de la filiación matrimonial es la inscripción del nacimiento del hijo en el Registro del Estado Civil, estableciendo en ella tal condición. La inscripción del hijo en concepto de matrimonial le confiere un estado, una posición en la familia y en la sociedad, que sólo puede destruirse destruyendo el título en que consta, nadie puede atribuirse un estado distinto del que nace de ese título, nadie puede desconocer el estado que ese título proclama. Es-

ta es la eficacia de esa pública y auténtica demostración, a la que el profesor Cicu, ha denominado, certeramente, título de estado". (37)

En dado caso de que faltare el acta de nacimiento la filiación se podrá probar, atendiendo a lo dispuesto por los artículos 40 y 341, el artículo primeramente mencionado nos dice que: "Cuando no hayan existido registros, se hayan perdido- estuvieren ilegibles o faltaren las hojas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumentos o testigos", y el 341 que a la letra dice: "A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba -- que la ley autorice, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión".

Ahora bien, como ya se expuso a falta de acta de nacimiento, la filiación podrá demostrarse por la posesión de estado de hijo legítimo o en su defecto se puede acreditar por - -

(37) Fernández Clérigo Luis. Op. Cit., pág. 195.

otros medios de prueba, incluso por testigos pero no serán admisibles si no hubiese un principio de prueba por escrito o indicios de presunciones graves que relacionadas con la prueba testimonial puedan llevar al juez a una convicción respecto a la filiación legítima.

Para acreditar la posesión de estado de hijo legítimo de conformidad con el artículo 343 del Código Civil es necesario que el individuo en cuestión sea reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad además, deberá concurrir 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 a hijo nacido en su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

III. Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361.

La posesión de estado consiste en la existencia, con referencia a la situación familiar de una persona determinada (status familiar), de aquéllos tres elementos que se denominan

NOMEN, TRACTUS, FAMA, es decir en llevar el nombre de la familia, en que sea tratado como miembro de ella y en que ello haya ocurrido durante un determinado espacio de tiempo, que haya creado a su vez una situación de convencimiento general, que se conoce socialmente con la palabra fama.

Al respecto el maestro Rojina Villegas, nos comenta: - "En nuestros Códigos Civiles no se exigen los tres elementos clásicos de la posesión de estado, sino simplemente dos. El artículo 343 de nuestro ordenamiento legal exige que para que se acredite la posesión de estado, es necesario que siempre se haya acreditado la fama o sea que el individuo sea reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad.

Cumpliendo con este requisito de tener la fama de hijo legítimo, basta según el precepto, alguna de las circunstancias que enumera, es decir no se requieren todas, sino con una sola que se apruebe, queda acreditada la posesión de estado. - O sea la posesión de estado se justificará con la fama más el nombre, o bien la fama más el trato". (38)

En conclusión la posesión de estado se trata de una prueba subsidiaria con respecto a sus padres y sólo va a proce

(38) Rojina Villegas Rafael. Op. Cit., pág. 453.

der cuando se carezca de las correspondientes actas o cuando éstas fueren falsas, defectuosas o incompletas.

El Código Civil vigente, permite la certificación del estado de hijo matrimonial o legítimo. No sólo cuando existe un principio de prueba por escrito que provenga de ambos padres conjunta o separadamente, sino cuando concurren vehementes o fundadas presunciones, resultantes de hechos ciertos para determinar la admisión de otras pruebas.

A este respecto el artículo 342 manifiesta: "Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer y ambas hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a estos hijos haber nacido de matrimonio por sólo la falta de presentación del acta del enlace de sus padres, siempre que se prueba que tienen la posesión de estado de hijos de ellos o que, por los medios de prueba que autoriza el artículo 341, se demuestre la filiación y no esté contradicha por el acta de nacimiento".

LEGITIMACION

Julien Bonnacase nos dice respecto de la legitimación que es: "Una institución en virtud de la cual se confiere a un hijo los beneficios de la filiación legítima aún cuando sus padres no hayan sido casados en el momento de la concepción". - -

(39)

El maestro Rafael de Pina nos comenta que: "La legitimación es una Institución Civil, que regula el cambio de situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio, en virtud de la celebración de éste, por quienes los engendraron". -

(40)

De lo anterior, se desprende que la legitimación va a tener lugar, por el subsecuente matrimonio de los padres y además logra la igualdad del hijo legitimado con el hijo legítimo.

A continuación, haré mención brevemente a la evolución histórica que ha tenido la legitimación dentro de los Códigos Civiles para el Distrito Federal.

(39) Bonnacase Julien. Op. Cit., pág. 575.

(40) De Pina Rafael. Op. Cit., pág. 355

El Código Civil de 1884, establecía que sólo podían ser legitimados los hijos extramatrimoniales naturales. Su artículo 328 establecía que podrían legitimarse a "Los concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse aunque fuera con dispensa". El artículo 176 de la Ley sobre Relaciones Familiares, disponía que podían ser legitimados todos los hijos habidos fuera de matrimonio, no establecía circunstancias sino que por el contrario abarcaba a todos los hijos no nacidos en matrimonio, y en su artículo 183 expresaba "Todo hijo nacido fuera de matrimonio es natural".

Por lo que se refiere al acto de la legitimación, tanto el Código Civil de 1884, como la ley sobre Relaciones Familiares, refiriéndose a los hijos, estatuyen que: "Los padres deben reconocerle expresamente antes de la celebración del matrimonio, o en el acto mismo de celebrarlo, o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente".

En nuestro actual Código se contempla también que la única forma de legitimar a los hijos, va a ser el subsecuente matrimonio de los padres y el reconocimiento que éstos hagan de los hijos, ya sea antes de celebrar el matrimonio, en el acto mismo en que se celebre o después de haberse efectuado. Con ello se persiguen dos fines, el primero es elevar a los hijos extramatrimoniales a la categoría de los legítimos, y como

segundo fin va a ser el de fomentar el matrimonio dentro de -- las uniones libres.

Y así lo señala el artículo 354 del Código Civil vigente al decir que: "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración"; debiendo aclarar que no basta la celebración de dicho matrimonio, sino que por el contrario la ley establece que los hijos deben ser reconocidos conjunta o -- separadamente por los padres, antes de la celebración del ma-- trimonio, en el acto mismo en que se celebre o después de ha-- berse efectuado.

Por último, la ley haciendo extensiva su acción tute-- lar a los hijos que al tiempo de celebrarse el matrimonio ha-- yan fallecido, les concede el derecho de poder ser legitimados si dejaron descendientes e igual derecho concede a los no nacidos; si al casarse el padre hace la declaración de reconocer -- al hijo de quien la mujer está encinta o que lo reconoce si -- ella lo estuviera, pero prolongando aún más todavía los dere-- chos del hijo legitimado, la ley considera que tales derechos -- aprovecha a sus descendientes.

Los hijos legitimados tienen los mismos derechos que -- los legítimos y los adquieren desde el día en que se celebró -- el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento sea pos-- terior.

Antes de dar por concluido el presente tema y a fin de redondear un poco más la legitimación, haré mención a ese gran tratadista español VALVERDE, mencionado por el maestro Rafael de Pina, el cual considera a la legitimación como una ficción; al respecto nos dice: "Mediante la legitimación, la filiación tradicionalmente llamada ilegítima se transforma en legítima. Esta transformación 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 entiende el maestro citado que no hay inconveniente en reconocer que la legitimación, como sostienen muchos autores, es una ficción por la que los hijos considerados ilegítimos se suponen nacidos dentro de matrimonio, pero agrega que como toda ficción supone términos hábiles, o sea -- que los padres hubieran podido casarse al tiempo de la concepción, pues de otro modo no sería una ficción, sino una concepción realmente violenta del Derecho, porque no puede haber -- ley ni autoridad, a su juicio que pueda otorgar la condición de hijos legítimos cuando la naturaleza es opuesta a ello.

Sobre el particular, Galindo Garfias expone: "La legitimación es una forma creada por el Derecho para favorecer a los hijos naturales, permitiéndoles mejorar su situación jurídica, de manera que quien ha nacido o ha sido concebido antes-

del matrimonio, y es por tanto considerado hasta entonces, como hijo extramatrimonial, se convierte por disposición de los preceptos legales antes citados, sin necesidad de una declaración expresa de los padres (aparte del reconocimiento), en hijo nacido dentro del matrimonio". (41)

(41) Ignacio Galindo Garfias, Op. Cit., pags. 611 y 612.

RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO

Hasta el momento, nos hemos ocupado de la filiación matrimonial y aún de la legitimación por el subsiguiente matrimonio de los padres; se ha partido de un hecho cierto que es la celebración del matrimonio.

Contando con él y tomando en cuenta los plazos de gestación máximo y mínimo, se han podido fijar presunciones de legitimidad que sólo mediante determinadas pruebas cabe combatir, y aún suposiciones de paternidad que pueden más fácilmente desvanecerse por el ejercicio de las acciones de desconocimiento, pero al entrar en la filiación extramatrimonial, que llaman -- ilegítima la mayor parte de las legislaciones, esas presunciones faltan y es preciso recurrir a las declaraciones de voluntad de los padres, para reconocer a los hijos, a las investigaciones de orden procesal, para que una vez que sea esclarecida la situación, dictar sentencia en una relación paterno filial-objeto de controversia.

El Derecho Mexicano está incluido dentro de las legislaciones que permiten sean reconocidos todos los hijos extramatrimoniales, sin distinción de ningún género, a diferencia de otras legislaciones como la Española, que solamente permiten -- sean reconocidos los hijos que tengan la condición de naturales, no siendo aptos para el reconocimiento los simplemente -- ilegítimos.

Habrá que recordar para evitar confusiones, que la -- mayor parte de las legislaciones diferencian a los hijos extra matrimoniales, dividiéndolos en dos grandes grupos: los llamados hijos naturales y los demás que no tienen esa condición y -- que algunos tratadistas han designado con esa odiosa palabra -- de ilegítimos.

Se consideran hijos naturales a los nacidos de padres que al tiempo de la concepción, estaban en aptitud legal para -- contraer matrimonio entre sí aunque fuese mediante dispensa. -- Y denominanse ilegítimos a todos los nacidos de personas que -- al tiempo de la concepción del hijo no podían contraer matrimo -- nio entre sí, ni aún mediante dispensa.

En nuestra legislación, se encuentra contenida, la Re -- glamentaci n del reconocimiento de los hijos extramatrimonia -- les en los artículos 360 al 389 del Código Civil.

El artículo 360 nos dice que: "La filiación de los -- hijos nacidos fuera de matrimonio, resulta con relación a la -- madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre, s  -- lo se establece por el reconocimiento voluntario o por una -- sentencia que declare la paternidad".

Al comentar el presente artículo, nos damos cuenta -- que si no se excluye totalmente el reconocimiento por parte de

la madre, si disminuye su trascendencia en cuanto que establece la filiación por el sólo hecho del nacimiento.

Respecto del padre, sólo se establece por reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, la cual en cualquier caso, podrá investigarse en juicio en el que para demostrarla se admiten todos los medios de prueba que la ley autoriza.

El reconocimiento lo pueden llevar a cabo los padres conjunta o separadamente y los efectos que produzca dicho reconocimiento, únicamente surtirán respecto de aquel que lo lleve a cabo.

Es importante aclarar que cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquella pueda ser identificada, además de que las palabras que contengan revelación alguna se testarán de oficio.

Por otra parte, podrá reconocerse al hijo que no ha nacido pero ha sido concebido y al que ha muerto siempre y cuando haya dejado descendencia.

Una de las prohibiciones más importantes en materia -

de reconocimiento, es la relativa a que el cónyuge que durante el matrimonio reconoce algún hijo habido con persona distinta del otro esposo, y el cual haya sido concebido antes del matrimonio, no podrá llevar a la casa conyugal al hijo extraño, sin el consentimiento del otro cónyuge.

En materia de reconocimiento nuestra ley vigente señala un límite de edad para poder reconocer a un hijo y que va a ser la misma exigida para contraer matrimonio, al respecto el artículo 361 de nuestra ley nos dice: "Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido".

Otra cuestión relacionada con los hijos que puedan -- ser reconocidos, es la concerniente a si es preciso o no su -- consentimiento. La solución a esta disyuntiva nos la da el Código Civil en su artículo 375 al manifestar que: "El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor sin el de su tutor si lo tiene o el del tutor que el juez le nombrara especialmente para el caso".

Ahora bien, en el supuesto de que un menor fuera reconocido por alguien que no fuera su padre, este menor puede impugnar el reconocimiento cuando llegue a la mayoría de edad y el término para deducir esta acción será de dos años, que comenzará a correr, desde que el hijo sea mayor de edad; si an--

tes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió.

Lo único en que no se podrá impugnar el reconocimiento será cuando se trata de privar de su herencia al menor reconocido.

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

En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil.

Por acta especial ante el mismo Juez.

Por escritura pública.

Por testamento

Por confesión judicial directa y expresa

Al analizar el primer modo de reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, vemos que éste se lleva a cabo al presentar al hijo ante el Oficial de Registro Civil, dentro del término que la ley señala para levantar un acta de nacimiento, es decir quince días al padre y cuarenta a la madre, siguientes a la fecha en que ocurrió el alumbramiento.

Se va a llevar el reconocimiento por acta especial ante mismo juez, cuando no se presenta al hijo dentro del térmi-

no legal o cuando habiéndolo presentado no se hizo su reconocimiento en el acta correspondiente.

El reconocimiento por escritura pública, es aquel que se realiza ante Notario Público, ya sea por el padre o por la madre, a fin de otorgar un acta para llevar a cabo el reconocimiento.

El maestro Manuel Albaladejo García, respecto del reconocimiento por testamento, nos dice: "Por definición, el -- testamento se caracteriza precisamente como un acto jurídico - unilateral, personalísimo, revocable y libre por virtud del -- cual una persona capaz instituye herederos o legatarios, o declara y cumple deberes con trascendencia jurídica para después de su muerte. De esta manera puede el testamento otorgarse para reconocer a un hijo, porque evidentemente se está cumpliendo con un deber que produce consecuencias jurídicas, consistentes en crear derechos y obligaciones entre el hijo y el testador, no sólo para después de su muerte, sino incluso durante - su vida". (42).

De la definición que se mencionó con anterioridad, -- nos encontramos con que un testador puede revocar su testamen-

(42) Albaladejo García Manuel. El reconocimiento de la Filiación Natural. Editorial Bosch, Barcelona 1954. págs. - 120 y 121.

to, pero si en ese testamento reconoció a un hijo, la revocación no opera respecto del reconocimiento hecho.

El Código Civil consigna en el artículo 367 el principio concerniente a la naturaleza irrevocable del reconocimiento, estableciendo como única excepción cuando se trata del reconocimiento efectuado por un menor de edad, éste podrá revocarlo, si se prueba que sufrió engaño al hacerlo, y estará - - asistido de acción o posibilidad de realizar la revocación hasta cuatro años después de haber llegado a la mayor edad.

Por último, trataré el reconocimiento por confesión directa y expresa, la cual consiste en absolver posiciones ante el juez bajo protesta de decir verdad. Por lo tanto, esta confesión no puede hacerse en cualquier juicio, ya que dicha confesión debe estar relacionada directamente con los puntos controvertidos.

Para terminar el presente, haré referencia a los efectos que produce el reconocimiento respecto del hijo reconocido ya sea por el padre, por la madre o por ambos.

Tendrá el hijo reconocido, el derecho de llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca, además de ser alimentado por las personas que lo reconozcan y a percibir la porción hereditaria que le correspondan y a los alimentos que le fije la ley.

CAPITULO V

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

CONCEPTO DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

Se entiende por filiación natural o extramatrimonial, al vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio.

Este vínculo tradicionalmente se ha clasificado en dos formas:

1.- Como relación jurídica lícita, se presenta cuando los padres del hijo natural no tenían ningún impedimento para contraer matrimonio.

2.- Como relación jurídica ilícita, ésta relación se refiere a los hijos incestuosos y adulterinos; se trata de aquellos habidos de padres que no podían haber contraído matrimonio, por la existencia de un matrimonio anterior o bien por la proximidad de su parentesco.

Los juristas franceses Ripert y Boulanger nos dice que: "La filiación es natural simple, cuando el niño es hijo de padres que no estaban casados, pero podían haberse casado válidamente en el momento de la concepción".

Y al comentar sobre la filiación adulterina y la incestuosa, nos dicen que la primera es: "Cuando uno de los padres-

del niño estaba casado con una tercera persona en el momento de la concepción. Y la segunda, o sea la incestuosa, es cuando los padres del niño son parientes o afines entre sí en un grado lo suficientemente cercano como para que el matrimonio les esté prohibido". (43)

Desde luego que los preceptos relativos a la legislación del matrimonio, contenido en el título V del libro I del Código Civil Francés, han sufrido distintas modificaciones a partir del año de 1804.

En su aspecto meramente evolutivo, la legislación del matrimonio ha sido objeto de respeto y consideración, ya que la restauración dejó que subsistiera la reglamentación laica del matrimonio, no obstante su tendencia religiosa, que llegó inclusive a abolir el divorcio.

Es hasta fines del siglo XIX y a principios del actual cuando aparecen nuevas leyes que modifican las primitivas, debido posiblemente al descenso de los matrimonios, hecho éste que ocurrió por diversas causas morales unas, y materiales otras. Este estado de cosas contribuyó para que por -

(43) Ripert Georges y Boulanger Jean, Op. Cit., pág. 465

razón natural surgiera el concubinato bajo el nombre de unión libre. Posteriormente se trató de corregir esta situación, - pero se hizo en forma lenta y cautelosa que no dejó de presentar graves inconvenientes prácticos; con el transcurso del -- tiempo se ha creído que sólo una separación más profunda y de finitiva entre el matrimonio y la unión libre, resolverá este problema, que entraña un verdadero peligro social.

DERECHO CIVIL MEXICANO

a).- CODIGO CIVIL DE 1870

El Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California, estableció los siguientes lineamientos: - Que la ley civil "es igual para todos, sin distinción de personas ni de sexo, más que en los casos especialmente declarados"; que cuando el hijo no fuera legítimo, sólo se asentaría el nombre del padre o de la madre, siempre que éstos lo solicitaren por sí o a través de un apoderado especial y que se haría constar la petición respectiva; que si los padres del hijo ilegítimo no solicitaren que se designaren sus nombres, se asentaría que el presentado es hijo de padres no conocidos; y que si uno sólo de los padres lo pidiere, entonces se asentaría el nombre de éste y no el del otro; que sólo podrían ser legitimados los hijos naturales; que se consideraban hijos naturales aquellos concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa, que se prohibía absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La prohibición es absoluta, tanto en favor como en contra del hijo; que la obligación contraída de proporcionar alimentos, no constituía por sí misma prueba, ni aún presunción de paternidad o maternidad, y que tampoco podía estimarse como argumento y fundamento para investigar éstas.

Del contenido de las transcripciones precedentes, podemos fácilmente colegir que el régimen legal imperante en el -- Distrito Federal y Territorio de la Baja California, durante el período comprendido entre el año de 1871 y hasta mediados del año de 1884, presentó las siguientes características: Subsistencia de la nomenclatura de los hijos habidos fuera de matrimonio; tratamiento para éstos desigual e ilegal, en relación con los llamados hijos legítimos, incompatible con los -- principios de igualdad "para todos", proclamada en el artículo 10. de dicho Código de 13 de Diciembre de 1870; imposibilidad legal para los hijos extramatrimoniales (nominados en aquel ordenamiento legal como naturales o espurios), para obtener alimentos y poder heredar a sus progenitores, imposibilidad que se derivaba de la prohibición absoluta para investigar la paternidad "tanto en favor como en contra del hijo"; imposibilidad legal para que dichos hijos extramatrimoniales llevaran el nombre de sus padres, pues si éstos no lo pedían" se asentará que el presentado es hijo de padres no conocidos".

b).- CODIGO CIVIL DE 1884.

Este Código comenzó a regir el 10. de Junio de 1884 y estuvo en vigor hasta que se promulgó el que actualmente nos rige, pero derogado en la materia que se estudia por el artículo 9 de las disposiciones varias o transitorias de la Ley sobre Relaciones Familiares de 12 de Abril de 1917, este Código

go siguió el mismo camino del Código de 1870 y continuó con la misma clasificación de los hijos en legítimos, ilegítimos, naturales adulterinos y espurios; desigualdad en el tratamiento para unos y otros; prohibición de llevar el nombre de sus progenitores a los ilegítimos, cuando no prestaran su conformidad dichos progenitores; definición de hijos naturales y legitimación de éstos por el subsiguiente matrimonio de los padres; prohibición absoluta de la investigación de la paternidad de los hijos habidos fuera de matrimonio, tanto en favor como en contra del hijo, con la salvedad de que sí podrían reclamar la paternidad en los casos de rapto o violación, cuando la época del delito coincida con la concepción, podrán los tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad; designación de hijos naturales y espurios y modo de efectuar el reconocimiento de éstos; imposibilidad legal para obtener alimentos y para aspirar a la herencia, emanada de la prohibición absoluta de investigar la paternidad; de modo que el Código citado, no introdujo ninguna modalidad que suavizara los rigores plasmados en la legislación que abrogó.

c).- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

Esta ley fué expedida por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, el 9 de Abril de 1917 y en la citada ley se introdujeron substanciales reformas y nuevos conceptos jurídicos acer-

ca del matrimonio, divorcio, alimentos, paternidad y filiación de los hijos legítimos y de los hijos naturales, etc.

Del contexto de la exposición de motivos de la Ley sobre Relaciones Familiares, se advierte que era necesaria la expedición de leyes para establecer la familia sobre bases más racionales y justas; que como consecuencia forzosa de la promulgación de la Ley del Divorcio, también era imprescindible regular las relaciones concernientes a la paternidad y filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, tutela; que asimismo se juzgaba indispensable reformar las reglas relativas a la legitimación de los hijos naturales y al reconocimiento de éstos; que por lo que se refiere a paternidad y filiación se consideraba justo suprimir la clasificación de hijos espurios.

Sin embargo, esas ideas tan liberales y progresistas se vieron truncadas y desprovistas de las necesarias consecuencias jurídicas relativas a los hijos naturales, tales como proporcionarles siquiera alimentos, porque se pensó que era suficiente que llevaran el apellido de sus progenitores. En materia de alimentos, la referida ley estableció que la aseguración podrá consistir en hipoteca, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos. Sin embargo, sólo reguló esa materia para los hijos legítimos o legitimados ignorando en tan importante aspecto a los hijos natura-

les, a quienes como ya se dejó asentado, sólo concedió el derecho de llevar los nombres de sus progenitores.

Respecto de la filiación definió esta ley que: "Todo hijo nacido fuera de matrimonio es natural". No obstante, -- prohibió la investigación de la paternidad y de la maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, a lo que, como ya se dijo consideró naturales, imprimiendo a esa prohibición el carácter de absoluta, "tanto en favor como en contra del hijo".

d).- CODIGO CIVIL DE 1928.

A continuación mencionaré los lineamientos generales del Código Civil que actualmente nos rige y el cual pugnó y postuló, por el equiparamiento de la capacidad jurídica del -- hombre y la mujer, además de aniquilar para siempre, la monstruosa afrenta consistente en la nomenclatura y clasificación de los hijos, existente en anteriores legislaciones, reduciéndola a la de hijos legítimos y nacidos fuera de matrimonio, -- estableciendo para ellos, sin ninguna diferenciación, los mismos derechos para percibir alimentos, para llevar los nombres de sus progenitores y para heredar, estimuló y amplió los casos de investigación de la paternidad; instauró el concubinato y la presunción legal en favor de los hijos producto del -- mismo, reconociendo que el concubinato es un modo peculiar en

la formación de la familia entre las clases populares, dotando a la concubina y a los hijos emanados de aquél, de muchos derechos, como por ejemplo la participación de la concubina - en la herencia legítima.

NECESIDAD DE SUPRIMIR DEL CODIGO CIVIL LA LEGITIMACION

Una vez que se han analizado los Códigos Civiles de 1870, 1884, la ley sobre Relaciones Familiares de 1917 y el Código Civil de 1928 que actualmente nos rige, nos percatamos de que privó en el ánimo del legislador, la elaboración de un Código Civil en el que campeara un espíritu orientado hacia la remediación de antiguas injusticias, consagradas no solamente por la ley sino también por la costumbre.

Recordemos que en los Códigos de 1870 y 1884, predominó el interés individual sobre el colectivo y sobre todo, en materia familiar sólo era legalmente protegida la unión surgida del matrimonio y la prole habida en éste. Pero al parecer en el nuevo Código Civil, esta orientación se modificó sustancialmente, como explicaremos.

Ya nos dice el legislador de 1926 en la exposición de motivos lo siguiente:

Las Revoluciones Sociales del presente siglo, han provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social y han echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular.

Nuestro actual Código Civil, producto de las necesida

des económicas y jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que, aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad.

Como puede apreciarse del párrafo transcrito, fué el propósito del legislador de 1828 no propiamente crear un Código, pero sí lo que él mismo llama un Código Privado Social.

La idea de socializar el Derecho se manifestó prácticamente en las legislaciones de todos los países. Nuestra propia Constitución de 1917 es un ejemplo evidente de ello, pues en ella se consagran por primera vez en la historia, al lado de las garantías individuales, las sociales, como son las que aparecen en los artículos 27 y 123 constitucionales.

Es evidente que uno de los propósitos del legislador fué el de modificar las instituciones que consagradas por la costumbre daban lugar a profundas injusticias, y al respecto continúa diciendo el legislador en la exposición de motivos.

"La idea de solidaridad arraiga cada vez más en las conciencias y encauza por nuevos derroteros las ideas de li-

bertad e igualdad".

Es preciso socializar el Derecho, porque como dice un publicista: "Una socialización del Derecho, será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las otras actividades en oposición con el individuo egoista, haciendo nacer así un tipo de hombre más elevado, el hombre social".

"Socializar el Derecho significa extender la del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción, ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre de otra".

Por lo que respecta a las personas, el legislador en la exposición de motivos relacionada con el libro primero denominado "De las Personas", hace referencia concreta a los hijos en estos términos:

"Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente-

porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa -- tienen; se ampliaron los casos de investigación de paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir.

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

Ahora bien, de los antecedentes de nuestro Código Civil en vigor, antes apuntados, resulta el propósito del legislador de hacer una equiparación total de los hijos. Por ello nos extraña que haya incluido en el título séptimo del libro primero, un capítulo, el Tercero que intitula "De la legitimación".

Como se podrá notar el sólo título del capítulo repugna a la idea expresada en la exposición de motivos, pues obviamente sólo requiere de legitimación aquello que no es legítimo, es decir que es ilegítimo.

Por otra parte, pudiera ser que tal reglamentación de la legitimación se justificará si de ella pudiera derivarse -- para los hijos algún beneficio, pero si analizamos con cuida-

do las consecuencias prácticas que la legitimación puede producir en favor de la prole, vamos a encontrar que ninguna se produce que no pudiera ganarse el simple reconocimiento de los hijos.

De esta manera en realidad a través de la legitimación, que por cierto requiere del previo reconocimiento no se logra ningún beneficio para el hijo y se perpetúa una institución en costumbres que hoy debieran ser superados.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Antiguamente solía clasificarse a los hijos a partir de criterios infamantes. Hoy por fortuna, esta situación ha sido superada y los hijos son clasificados atendiendo a razones prácticas de orden jurídico, que no lesionan la dignidad de la prole.

SEGUNDA.- Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, no hace una clasificación expresa de los hijos, sin embargo de su articulado se desprenden los siguientes tipos: Hijos de matrimonio, hijos nacidos fuera de matrimonio, hijos legitimados e hijos adoptivos.

TERCERA.- El Derecho Canónico, sigue manteniendo en su reglamentación, disposiciones diferentes para los ilegítimos y se basa en que el matrimonio es antes y por sobre todo, el único medio de fundar la familia. Así también de la santificación que del matrimonio hace la Iglesia, lleva a considerar deshonroso todo tipo de unión extramatrimonial, calificando de ilegítimos a los hijos que nacen de ella.

CUARTA.- La diferencia que se nota entre el matrimonio Civil y el Canónico es la de que, en tanto que el sacerdote no es más que un simple testigo de calidad y se concreta -

a otorgar la bendición nupcial, el Oficial del Registro Civil, no sólo da fe del acuerdo de voluntades, sino que lo constituye declarando a los cónyuges " Unidos en nombre de la Ley y de la Sociedad".

QUINTA.- El Derecho Mexicano, está incluido dentro de las legislaciones que permiten sean reconocidos todos los hijos extramatrimoniales, sin distinción de ningún género y este reconocimiento lo pueden llevar a cabo los padres conjunta o separadamente y los efectos que produzca dicho reconocimiento; únicamente surtirá respecto de aquel que lo lleva a cabo.

SEXTA.- Los efectos fundamentales que se producen a favor del hijo reconocido, son en el aspecto moral el de llevar el apellido de quien lo reconoce y en el pecuniario el de percibir alimentos y la porción hereditaria correspondiente.

SEPTIMA.- Entendemos por filiación legítima el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. Para poder establecer esta filiación es preciso demostrar:

a).- El matrimonio de los padres.

b).- La concepción en tiempo hábil.

OCTAVA.- Se entiende por filiación natural o extramau

rimonial, al vínculo que une al hijo con sus progenitores -- que no se han unido en matrimonio.

NOVENA.- El concubinato no es una institución que se enfrenta al matrimonio, ni sustituta, ni competidora de éste, pues, por los claros términos que aparecen de su definición, tienen por supuesto básico que el concubinario y la concubina permanezcan libres de matrimonio durante el concubinato, es decir es una unión con todos los caracteres del matrimonio, entre dos solteros o dos viudos, o soltero y viuda, o viudo y soltera, o divorciados, pero nunca que estén ligados durante el concubinato por matrimonio contraído con otra persona, - - pues ésto equivaldría a admitir como legal el adulterio y la poligamia.

DECIMA.- La legitimación resulta actualmente desfasada, ya que su inclusión dentro del Código Civil, carece de justificación por que el sólo hecho de que se admita la posibilidad de legitimar a los hijos, es de por sí menospreciatoria para los hijos nacidos fuera de matrimonio, pues obviamente sólo se puede legitimar lo que es ilegítimo, lo legítimo no lo requiere.

DECIMA PRIMERA.- Por lo tanto, el conservar esta figura dentro de nuestro ordenamiento civil, es mantener un añejo criterio lesivamente discriminatorio para el hijo extrama

rimonial.

DECIMA SEGUNDA.- Por lo que se propone que para que el articulado sea congruente con el espíritu que expresa el legislador de 1928 en la exposición de motivos al anunciar el "borrar la odiosa diferencia", entre hijos habidos de matrimonio y los engendrados fuera de él, se derogue de plano, el capítulo III, del Título Séptimo del Libro Primero, intitulado "De la Legitimación".

BIBLIOGRAFIA

- Albaladejo García, Manuel. El reconocimiento de la Filiación. Editorial Bosch, Barcelona 1954.
- Bonnecase Julien. Elementos de Derecho Civil, traducción de José Ma. Cajica Jr., Volumen III, México 1945.
- Carbonnier Jean. Derecho Civil, Editorial Bosch, Volumen II, Barcelona 1965.
- Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral, - Editorial Reus. Volumen I, Madrid 1955.
- Clemente de Diego, Felipe. Instituciones de Derecho Civil Español, Madrid 1950.
- De Pina, Rafael. Elementos del Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México 1963.
- Fernández Clérigo, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, Editorial Uthea, México 1947.
- Fueyo Laneri, Fernando. Derecho Civil, Tomo VI, Volumen III, Santiago de Chile 1959.
- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México 1973.
- Leclercq Jacques. La Familia Editorial Herder, Barcelona 1961.
- Ortiz Urquidi, Raúl "Matrimonio por comportamiento", Tesis Doctoral.

Petit Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional, S., de R.L., México 1963.

Planiol Marcel y Ripert Georges Tratado Práctico de Derecho - Civil Francés, Traducción de Mario Díaz Cruz, La Habana 1927.

Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, (Introducción: Personas y familia), traducción de José Ma. Cajica Jr., Puebla, México.

Ripert Georges y Boulanger Jean. Tratado de Derecho Civil, Editorial la Ley, Tomo II, Volumen I, Buenos Aires, 1963.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, (Introducción: Personas y familia), Editorial Porrúa, S.A., - - México 1974.

Sánchez Román, Felipe. Derecho Civil, Volumen II, Madrid.

CODIGO CANONICO

CODIGO CIVIL DE 1870

CODIGO CIVIL DE 1884

CODIGO CIVIL DE 1928

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.