

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

La Filiación de los Hijos Naturales

T E S I S

que para obtener el título de
Licenciado en Derecho
presenta

ANTONIO WOLF RUEDA

México, D. F.

1963



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*A mi madre Zenayda Rueda Vda. de Wolf,
como expresión de mi cariño, respeto y gra-
titud por tanto que le debo.*

I N D I C E

	Pdg.
Introducción.	9
TITULO PRIMERO	
<i>LA FILIACION EN LA ANTIGUEDAD</i>	
Capítulo Primero.—BREVE CONSIDERACION HISTORICO SOCIOLOGICA	11
Capítulo Segundo.—LA FILIACION EN GRECIA	13
TITULO SEGUNDO	
<i>ANTECEDENTES LATINO-EUROPEOS DE LA FILIACION EN NUESTRO DERECHO</i>	
Capítulo Primero.—LA FILIACION EN EL DERECHO ROMANO	19
Capítulo Segundo.—LA FILIACION EN EL DERECHO FRANCES	31
Capítulo Tercero.—LA FILIACION EN EL DERECHO ESPAÑOL	45
TITULO TERCERO	
<i>NATURALEZA JURIDICA DE LA FILIACION</i>	
Capítulo Primero.—EL DERECHO PUBLICO, EL PRIVADO Y EL SOCIAL	53
Capítulo Segundo.—EL DERECHO DE FAMILIA EN EL REGIMEN CIVIL	69
Capítulo Tercero.—LA FILIACION COMO RAMA DEL DERECHO DE FAMILIA	81
Sección I.—CONCEPTO DE FILIACION Y CLASIFICACION DE ESTA	81
Sección II.—ENCUADRAMIENTO DE LA FILIACION EN EL DERECHO DE FAMILIA	86
TITULO CUARTO	
<i>LA FILIACION EN NUESTRO DERECHO HECHA EXCEPCION DE LA NATURAL</i>	
Capítulo Primero.—LA FILIACION DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO	87
Capítulo Segundo.—LA FILIACION LEGITIMADA	97
Capítulo Tercero.—LA FILIACION CIVIL	101

TITULO QUINTO

<i>LA FILIACION NATURAL</i>	107
Capítulo Primero.—LA FILIACION NATURAL CONFORME A NUESTRO DERECHO POSITIVO	107
Capítulo Segundo.—DIFERENCIAS LEGALES ENTRE LOS HIJOS DE MATRIMONIO Y LOS NATURALES	123
Capítulo Tercero.—LA FILIACION NATURAL EN EL DERECHO COMPARADO	139
CONCLUSIONES	169
BIBLIOGRAFIA	171

INTRODUCCION

El tema que tengo a honra someter a la consideración de los señores sinodales, a fin de cumplir con el requisito indispensable para obtener el título de Licenciado en Derecho, no reviste novedad alguna, ya que en su aspecto doctrinal desde los tiempos de la antigua Roma, fue tratado ampliamente por diversos autores, lo cual ha contribuido a que mi modesto trabajo resulte una exposición pobre y carente de originalidad; pero muy a pesar de todo ello, me parece una tarea en extremo interesante: observar tanto los matices de singular relieve que presenta el Derecho de familia, como su progreso alcanzado en los momentos actuales respecto a la filiación natural.

Mientras algunas legislaciones cambian de una manera precipitada la faz de la institución familiar, otras aunque con pasos lentos marchan haciendo pruebas vacilantes, por razón de que los problemas que la comunidad doméstica presenta, no se resuelven de inmediato en sus múltiples aspectos, sino es menester una intervención metódica que regule serenamente sus consecuencias legales, sin apartarse escandalizada del hecho natural de la generación en la vida humana, ya que los problemas que corresponden al ámbito jurídico, se solucionan a medida que el Derecho se perfecciona con la evolución de sus preceptos, demarcándose también con ello el adelanto que se produce en relación con los problemas que se suscitan en el seno familiar, puesto que solamente la trascendencia que adquieren tanto los actos como los hechos jurídicos, justifica la razón de regularlos en forma satisfactoria.

Las diferencias legales que en ciertos aspectos todavía guardan la descendencia legítima y la natural, no revestían mayor relevancia en épocas del pasado,

cuya idiosincracia social, llena de prejuicios propios de aquella etapa, constituyó para el legislador un obstáculo insuperable, por lo que hasta la fecha permanece en pie la oprobiosa clasificación de hijos naturales en el Derecho mexicano.

Actitud que no merece asentimiento, menos porque no equiparó totalmente los derechos entre ambas descendencias; situación engendrada al impulso de una organización social fundamentalmente reaccionaria, que resumió preocupaciones tradicionales con objeto de rendir exagerado culto a la familia legítima, cuyo prestigio y reposo se trató de defender sacrificando indisputables derechos de otros hijos, que nunca deben ser responsables de su condición, por considerarse que no hubo ocasión de que ellos eligieran su origen.

En atención exclusiva al hecho material del nacimiento, los hijos están ubicados en iguales situaciones por la naturaleza ante quienes los engendraron, puesto que no es mérito ni culpa personal del hijo proceder o no de matrimonio, por lo cual en materia de filiación debería preponderar inflexiblemente el conocido principio que dice: "donde existe la misma relación de hecho, debe surgir la misma protección del derecho"; por ello resulta injustificado tomar al matrimonio como base exclusiva para clasificar la condición de los hijos.

Me he atrevido a plantear el viejo problema de tan vital importancia, porque se trata de extinguir las diferencias legales entre los hijos naturales y los procedentes de matrimonio, desde luego sin pretender que mis sugerencias sobre el particular de la más adecuada solución al problema; pero dejo expuesto mi punto de vista con la esperanza de que en un futuro no muy lejano, nuestro derecho patrio proscriba de sus textos legales la degradación de hijos naturales, y adopte para éstos un trato mejor en beneficio de nuestras futuras generaciones, sobre cuyos hombros descansa el bienestar de la patria.

A. W. R.

TITULO PRIMERO

LA FILLACION EN LA ANTIGUEDAD

CAPITULO PRIMERO

BREVE CONSIDERACION HISTORICO SOCIOLOGICA

Según las hipótesis mejor fundadas de los sociólogos, la promiscuidad primitiva fue la forma rudimentaria de la organización social de la familia en las primeras comunidades, con la natural consecuencia de que dicha organización se estableció en la maternidad; de manera que en las comunidades de la antigüedad existió en principio una promiscuidad en cuanto a determinar la paternidad en las relaciones sexuales de varón con hembra núbil, por lo que la estructura de la familia se organizó exclusivamente sobre el nexo inmediato del hijo y su progenitora, fundándose en la evidencia del hecho material del alumbramiento. Tal promiscuidad hacía imposible determinar la paternidad, y de ahí provino la supuesta etapa del matriarcado. Sin embargo, algunas opiniones referentes a la materia, consideran que la citada promiscuidad era solamente relativa, puesto que ciertos instintos del género humano pudieron haber impelido al hombre a permanecer unido con la mujer, por lo menos hasta la fecha del nacimiento; esta hipótesis no ha logrado una comprobación efectiva.

El tabú, antigua norma de texto prohibitivo derivada de mitos tolémicos, impuso a los hombres de la antigüedad el deber de buscar la unión sexual con mu-

eres ajenas al propio clan; pero con la exogamia aún continuó imperando el sistema de filiación uterina.

El fenómeno de la dominación en la vida gregaria consiguó el hecho de la guerra, a merced del cual el vencedor adquiría como botín todo género de bienes, tanto animales como mujeres arrebatadas del enemigo; efecto que marcó el comienzo de la monogamia, al consolidarse la jefatura de la familia, con potestad que somete bajo su autoridad en igual condición de dependencia a la madre y a sus hijos, formalizándose consuetudinariamente el ejercicio de un poder absoluto con mixtura de potestad paterna y marital. Esta hipótesis parece haberse comprobado en todos los pueblos nómadas o sedentarios primitivos, como dato histórico de la fase patriarcal en la comunidad doméstica de la antigüedad.

Una vez consolidada definitivamente en el marido una forma de pertenencia que ejercía el hombre sobre su mujer, ésta se encontró totalmente sometida a la potestad del marido y reconoció en él la voluntad como elemento esencial, para establecer la filiación paterna en su prole; fase en que no se conocía aún la importante función del consentimiento, como libre acuerdo de voluntades entre los contrayentes para realizar la unión sexual regular, en contraposición de las formas primitivas de unión sexual permanente que por raptó o compra se organizaron. (1)

La monogamia se consagra definitivamente en el matrimonio por compra, en virtud del cual el marido adquiere un verdadero derecho de propiedad sobre la mujer, quien de este modo se encontraba totalmente sometida a la potestad marital. Así se reglamentó respecto a la paternidad, por cuanto resulta bien conocida la situación concreta que se guardaba en relación con el consorcio doméstico, la condición de hijo.

(1).—Luis Recasens Siches.—"TRATADO GENERAL DE SOCIOLOGÍA".—IV edición de Porrúa, S. A.—Capítulo XXV.—Página 471.—México.—1961.

CAPITULO SEGUNDO

LA FILIACION EN GRECIA

Empezaremos por decir que de intento excluimos en esta exposición a los demás pueblos de la antigüedad y sólo nos ocuparemos de Grecia, en razón de que, en rigor, éste es el único pueblo de aquella época que a través de sus ideas diseminadas en la península Itálica, ejerció influencia en el Derecho romano y por tanto en todas las legislaciones que, como la nuestra, reconocen su remoto origen en el Derecho de Roma. Y se afirma lo anterior, porque como lo sostiene la mayoría de los historiadores y es innegable, si bien es cierto que el pueblo de juristas y soldados conquistó militarmente a Grecia, ésta fue, indiscutiblemente la conquistadora de aquélla en el mundo de las ideas.

Los cánones de la pequeña iglesia doméstica griega establecieron la base teológica en las primeras reglas concernientes a la filiación, las que desde inmemoriales tiempos estaban perpetuadas por antiguas creencias referentes a los muertos, cuyo culto convirtió al difunto en dios protector de la familia.

En Grecia los ritos místicos se heredaban por descendencia de varón, de manera que el padre transmitía al hijo el culto religioso por generación, estableciéndose un vínculo cuasijurídico entre el ascendiente y el descendiente.

Los hijos emancipados se excluían del culto paterno; el acto de la adopción obligaba a participar del culto religioso de la familia en la que se incorporaba el adoptado, de manera que la filiación o derecho de parentesco, no se regulaba por costumbres generadas es-

pontáneamente, sino por el lazo que establecía la religión doméstica, puesto que el hecho del nacimiento no vinculaba familiarmente.

La epición o familia griega se constituía por un grupo de personas a las que la religión doméstica permitía invocar en el hogar a sus antepasados comunes; la familia se fundaba en normas religiosas que obligaban al jefe de la familia a declarar al recién nacido como hijo suyo, en caso de no tener motivos suficientes para repudiarlo como miembro de su familia, ya que el hecho material del nacimiento constituía un vínculo meramente físico en relación con la progenitora.

La confesión voluntaria de la paternidad confería al hijo el derecho al culto doméstico; ella constituía la única prueba de la filiación paterna. La filiación materna no se establecía aún en el sistema griego.

En la antigüedad griega el padre era sacerdote de la pequeña iglesia doméstica, y depositario de los ritos místicos del culto familiar; tenía la facultad de hacerse respetar, su autoridad paterna se identificaba con la potestad marital, cuyos supuestos condicionantes los fundamentaba el culto doméstico.

El hijo nacido del concubinato no se colocaba bajo la autoridad paterna; entre el padre y el hijo no existían obligaciones paternofiliales recíprocas, pues como se ha dicho, el hecho real de la procedencia no confería por sí solo algún derecho familiar, sino merced a las primitivas normas de la religión doméstica se establecía la filiación en la familia griega.

Fustel de Coulanges, que hizo un estudio de las instituciones de Grecia, comenta el aspecto etimológico del vocablo "*pater*", y sostiene que tenía idéntico significado en las lenguas sánscrita, griega y latina, de donde infiere que los antepasados de los indostánicos, helenos y romanos vivieron en el Asia Central y que el significado de esa palabra en la técnica jurídica o guisa religiosa no era afín al vocablo paternidad, pues ésta se expresaba con la palabra "*genitor*".

La voz "*pater*" era usada en el lenguaje religioso

para referirse a los dioses, y con ella se invocaba a Neptuno, Apolo, Baco, Vulcano, Plutón, etc., a quienes los hombres de aquella época nunca consideraron seguramente como a su padre. Asimismo el título de "*mater*" se dió también a Minerva, Diana, Vesta, etc., deidades mitológicas que en la mística griega se les reputaba como diosas vírgenes.

En la literatura griega el término se usó para aplicarlo a cuantos se quisiera honrar; en el léxico jurídico se daba la designación de "*pater*" al hombre que no dependía de otro y que ejercía autoridad sobre una familia. Así el esclavo usaba ese término para referirse a su amo, significando además del poder de autoridad que se ejercía sobre él, la dignidad majestuosa, hasta que el término se aplicó al padre de familia, tomando paulatinamente su acepción corriente. Esta breve referencia es suficiente para darnos una idea del poder que el padre ha ejercitado durante mucho tiempo en la familia, así como el origen del sentimiento de veneración que se le asoció como pontífice y soberano en la pequeña iglesia doméstica.

El deber del padre era perpetuar la familia y en torno de este deber derivaba una serie de derechos, citándose entre ellos, por ejemplo, el de a su arbitrio reconocer o rechazar al hijo cuando naciera; pero por inicua o bárbara que nos parezca esta facultad primitiva consignada en las instituciones de la familia helénica, no está en contradicción con los principios en que la familia se funda.

A efecto de establecer la filiación paterna, las normas religiosas prevenían, como elemento esencial, la solemnidad del acto por el que el jefe de la familia manifestaba su voluntad de transmitir el culto doméstico al que nacía en su hogar, lo cual producía efectos de reconocimiento del hijo; de otra manera el descendiente no era pariente de su progenitor, ni existía medio suficiente para acreditar el vínculo paternofilial.

En el estado de naturaleza se supone al hombre libre e inconstante, por lo cual no hubo de ser fácil es-

tablecer normas eficaces de solidaridad en que el núcleo comunitario aceptase la obediencia para instituir la autoridad. Con tal propósito surge entonces necesariamente la fe como algo más potente que la fuerza física, incapaz de subordinar los instintos del hombre primitivo a la razón; así una antigua creencia religiosa impuso la obligación de cumplir con el deber de honrar a los padres. (2)

De manera que el culto del antepasado organizó a la familia desde la primera tribu, hasta la polis griega; el patriotismo del griego devino del sentimiento religioso primitivo, en que se amaba a la patria porque en ella se amaba a los dioses protectores, erigidos en lo remoto de los antepasados; después no se amó a la patria por su religión ni por sus dioses, sino por sus instituciones.

El archonte en Grecia ejercía un imperio absoluto en todo cuanto fuese inherente a la familia. El Estado no tenía límites en su actividad, porque solamente a través de él podría cumplir sus fines el individuo. Todo cuanto contribuyera al fomento de los intereses humanos constituía una función política. En tal virtud el ente público podía regular hasta los actos más mínimos de la vida humana en cualquiera de sus aspectos, por cuanto que la existencia del Estado solamente se justificó por el fin que garantizaba, sin que se delimitara el área del Derecho privado, que el Estado estuviese obligado a respetar.

El Estado y el individuo integraban una sola personalidad sin lindes en el área de asuntos públicos y privados; el concepto diferenciador de las relaciones públicas y privadas no tuvo desarrollo en Grecia; la democracia ateniense solamente contribuyó a la formación de los derechos públicos, mas no a la teoría de los derechos civiles.

La reflexión se ocupó del examen de los medios

(2).—Fustel de Coulanges.—"LA CIUDAD ANTIGUA".—Editorial Madrid.—2a. Edición.—Traducción de M. Ciges Aparicio.—Libro Segundo.—De la página 47 a la 100.—Madrid.—1931.

que asegurasen el bienestar individual; se postergaron, en consecuencia los aspectos que se referían al bienestar público; el individuo concentró en sí toda la atención que antes absorbía el Estado; se pensó en que también existen fines del individuo inconexos al bienestar social, fundándose en el principio de que si bien el hombre pertenece a la sociedad política, debe ser solamente en parte, porque la otra que integra el alma debe estar libre de la imposición coactiva del Estado. (3)

A través de estas ideas que influyen considerablemente en el campo de la libertad individual aplicada en la teoría jurídica pero sin que hayan constituido una verdadera concepción de los derechos individuales, la citada opinión se propagó apoyada en el hecho de que el gobierno del pueblo griego pasó a manos de una metrópoli extranjera, y con ello se marcó el principio de la decadencia del publicismo, el debilitamiento del patriotismo y, como su lógica consecuencia, la separación de individuo y Estado, siendo así como el individuo se vió forzado a desplegar sus actividades en materias indiferentes a la sociedad política.

Finalmente, con el desarrollo del cristianismo se escinde el culto doméstico del orden jurídico normativo; la familia se organiza eliminando las formalidades de la religión antigua; los códigos admiten nuevas reglas que aniquilan la autoridad absoluta que la religión doméstica había concedido al padre de antaño, conservando solamente para éste las obligaciones y derechos que derivan de la potestad paterna, y que el nuevo Derecho otorgó para atender las necesidades del hijo dentro del régimen civil.

Desde la última etapa de la antigüedad, la institución del matrimonio culminó en la forma consensual, ya que se ha presentado desde entonces hasta nuestros días como una libre manifestación de la voluntad del hombre y de la mujer, que se unen para constituir un

(3).—Guillermo Oncken.—"HISTORIA UNIVERSAL".—Tomo V de la página 110 a la 309.—Nueva edición ilustrada de Montaner y Simón.—Barcelona.—1917.

estado permanente de vida con el fin de ayudarse a soportar el peso de ésta y perpetuar la especie, y que es justamente el concepto del matrimonio moderno. (4)

(4).—Raúl Ortiz-Urquidí.—“MATRIMONIO POR COMPORTAMIENTO”.
Capítulo II.—Página 96.—Editorial Stylo.—1a. edición.—México.—
1955.

TITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES LATINO-EUROPEOS DE LA FILIACION EN NUESTRO DERECHO

CAPITULO PRIMERO *LA FILIACION EN EL DERECHO ROMANO*

En razón del ascendiente románico que existe en materia de filiación en las distintas legislaciones de los pueblos de occidente, es menester referirse en el presente trabajo, aun cuando sea a grandes rasgos, a las fuentes históricas de dichas legislaciones.

En la antigua Roma las relaciones familiares entrañaban poderes de unas personas sobre otras, que limitaban la autonomía de éstas, y concedían a aquéllas la facultad más o menos amplia de servirse de ellas en propio interés; las relaciones familiares trascendían a la persona y a su patrimonio, de donde se ha seguido la existencia de un Derecho de familia puro que rige los poderes familiares de carácter escuetamente personal, y otro Derecho de familia en cuanto a bienes, que regula relaciones familiares de contenido patrimonial.

La familia entraña tres clases de poderes a los cuales corresponden respectivamente tres órdenes de relaciones jurídicas patrimoniales, a saber: la relación matrimonial, la paternofilial y la tutelar. De manera que son tres también las instituciones que integran el Derecho de familia: el matrimonio, la patria potestad y la tutela.

La familia se constituyó en Roma por personas desiguales y necesitadas de auxilio solidario, cuyas diferencias de naturaleza se reflejan en las relaciones jurí-

dicas que las unen; ella se distingue de la sociedad representada por el Estado, en que en éste todos gozan por principio de la misma libertad civil, que tiene su reverso en la sumisión de todos por igual a los derechos públicos.

El desarrollo de las relaciones jurídicas de naturaleza privatista, correspondió al genio eminentemente práctico del jurista romano, quien clasificó a las personas desde el punto de vista de sus atributos, a efecto de determinar la situación concreta que se guarda ya en relación con la comunidad doméstica o ya en relación con la sociedad política. La primera concierne al estado familiar en el cual se asume distintas calidades en el seno doméstico, bien se trate de la condición de "*liberi naturalis*", bien de la de "*paterfamilias*", etc. La segunda situación se refiere al estado denominado político, que determinaba las calidades de ciudadano romano o de peregrino.

Los supuestos básicos que configuran la filiación son la "*coemptio*" y la "*confarreatio*" en el Derecho Civil Romano, donde originariamente a la palabra familia se le daba un significado patrimonial, como sinónimo de casa, aludiendo con ella al conjunto de bienes que constituían el fundamento de la economía doméstica, con inclusión primordial de los esclavos entre las "*res mancipi*"; de manera que en su origen primitivo la casa se designaba en sentido material, pero pasa luego a denotar el grupo de personas que la integran, es decir, la familia "*agnaticia*", que significa el conjunto de personas unidas por el mismo vínculo de patria potestad.

"*Agnados*": son todos los individuos que conviven bajo la misma patria potestad, o a lo menos convivirían de perdurar su ascendiente común. La consanguinidad no bastaba para que existiera agnación, puesto que la madre no era pariente agnaticia de sus propios hijos a título de maternidad; lo es únicamente si el matrimonio la sujeta a la "*manus mariti*" o sea la potestad marital, ya que la comunidad del poder paterno la une

jurídicamente a sus propios hijos, asignándole entre ellos el lugar civil de hermana; de manera que ocupa una situación de subordinación semejante a la de una hija, denominada "*loco filiae*". En consecuencia, los hijos de una hija no son "*agnados*" de su abuelo materno, porque están bajo la patria potestad del padre o del abuelo paterno; este vínculo los sustrae de la familia de aquél.

Puede existir agnación sin parentesco de sangre, puesto que hay actos jurídicos como el matrimonio, que al contraerse por la hija, ésta pasa a depender del poder doméstico de su marido, o de quien ejerza la patria potestad sobre él; al cambiar de poder doméstico la hija, cambia de familia agnaticia, figura denominada "*in manus conventio*". Acontece lo mismo con la "*aditio in adptionem*", y también en el caso de que el "*homo sui juris*" se haga adoptar por otro, forma denominada "*arrogatio*".

La "*domus*" en sentido jurídico significa la comunidad de la casa, y el nexo que mantiene esta comunidad es el parentesco "*per virilem sexum*", cuya base formal reside en la relación jurídica de patria potestad, que como ya hemos visto puede originarse artificialmente; pero también puede extinguirse en vida por medios jurídicos, como son la "*emancipatio*" y el "*mancipium*", forma de "*cápitis diminutio*" mínima que consigna el Derecho clásico.

La familia cognaticia es representada genuinamente por la madre, en esta familia el vínculo se configura por el hecho de la procedencia real y verdadera, o sea la comunidad de sangre que deviene del linaje; concepto contrario al de agnación, en el que ha de ser el padre el fundamento de su constitución, y su base es una relación escuetamente jurídica, a diferencia de la cognatio que se funda en un vínculo natural que no puede crearse ni extinguirse artificialmente, como acontece en la agnación; pero se advierte que esa relación artificial produjo derechos en la relación natu-

familias. Esta incapacidad fue suavizándose paulatinamente a lo largo de la época imperial, hasta derogarse para facilitar al *filius-familias* la adquisición de los bienes que componían el *peculio castrense*, y por cuya virtud los bienes que el hijo adquiría como soldado, lo hacía para sí, en propiedad plena y libre administración; podía disponer de los bienes en vida y por testamento; pero si moría intestado pasaban al padre por derecho propio.

Las normas del *peculio castrense* se extendieron hasta comprender los bienes que adquiría el hijo en un cargo público como funcionario, abogado o sacerdote, constituyéndose así el *peculio cuasi castrense*.

El *filius-familias* se diferenciaba del esclavo en que no obstante su incapacidad para poseer derechos activos, se le consideraba persona libre por cuanto que podía contraer obligaciones. Tenía capacidad patrimonial pasiva, pero no activa, porque podía obligarse personalmente y no adquiría para sí; se le podía demandar y condenar judicialmente sin esperar que abandonara la patria potestad. En los casos civiles carecía de capacidad para comparecer como parte activa, y solamente desempeñaba la posición de demandado.

La acción noxal consistía en que en vez de acusar al hijo por su conducta ilícita, la acción se dirigía contra el padre en los juicios civiles.

Con anterioridad se había constituido respecto a un número reducido de bienes pertenecientes al padre, de los que el hijo estaba autorizado para disponer solamente con objeto de dar cumplimiento a sus obligaciones contraídas, hasta donde alcanzaran los bienes afectados, lo que se denominaba *peculio profecticio*.

A partir del emperador Constantino, la legislación tiende a permitir al hijo toda clase de adquisición: al principio respecto a la herencia de la madre, "*bona materni generis*", y finalmente el hijo adquiere sin distinción con tal que los bienes no procedan del padre. De este modo se fue sentando el concepto de la "*bona adventicia*", que comprendía todos los bienes que el hijo

adquiría sin ser "*ex re patris*", ni en calidad de castrense o de cuasi castrense; la propiedad de los bienes adventicios correspondía al hijo y no al padre, quien solamente tenía el derecho de disfrute y administración.

En la época imperial, la patria potestad presenta fisonomías muy distinta al poder absoluto del antiguo Derecho civil; se reducía a una suma de prerrogativas naturales de disciplina y dirección que la ley confería al padre, basándolas en el ascendiente personal de que goza éste sobre el hijo.

Como las relaciones paterno-filiales están basadas en el derecho de patria potestad, es necesario recurrir a sus fuentes, señalándose como la principal el matrimonio. Modestino en su definición acerca de éste, dice: "Es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos". (5)

En el antiguo Derecho romano el matrimonio implicaba la "*manus*", poder en virtud del cual la mujer pasaba a formar parte de la casa del marido; su forma primitiva fue la "*coemptio*", en que quedaba sometida a la potestad del marido. Así se explica la institución tradicional de la compra de la novia, en que el paterfamilias entrega a su hija en casamiento.

Otra forma ritual de celebración del matrimonio fue la "*confarreatio*", consistente en un sacrificio ofrecido a Júpiter, con determinadas ceremonias y palabras solemnes: "*certa verba*". Por tal medio se consagraba formalmente la comunidad de ritos y de vida entre los cónyuges, haciendo entrar a la mujer en la "*manus mariti*" por ser exigencia inexcusable.

Al lado de la "*coemptio*" y la "*confarreatio*" se admitía una forma complementaria de casamiento, el de "*usus*", por el que el marido podía adquirir la "*manus mariti*" sin necesidad de que mediara forma alguna de celebración, sino por el simple transcurso inin-

(5).—Eugène Petit.—"TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO"—Capítulo I.—Pág. 103.—Traducción de Manuel Rodríguez Curasco.—Editor Araujo.—9a. edición.—Buenos Aires.—1940.

terruptido de vida común. No era una simple relación de hecho, sino una verdadera relación jurídica reconocida por la ley y revestida con los efectos propios de las auténticas uniones matrimoniales.

La idea que inspiró la "*usucapion*" como modo de adquirir la propiedad, determina esta nueva modalidad de matrimonio, en que posiblemente haya contribuido la añeja opinión que ve en la hija un objeto patrimonial perteneciente al padre, por lo que pareció natural que no hubiese inconveniente alguno en que por el transcurso ininterrumpido de un año de vida en común, se sancionara la "*usucapion*" de la mujer considerada ya objeto de venta. Tal vez pudiera relacionarse esta clase de casamiento, con el antiguo matrimonio por raptó.

En estos casos la "*manus mariti*" se producía por "*usus*", en virtud del cual nacía un legítimo matrimonio válido ante el Derecho civil, con los mismos efectos similares a los que producía la "*justa nuptiae*" en relación con los hijos ya que siguen al padre "*patris condicionem sequuntur*", esto es, que entran en su patria potestad y adquieren la ciudadanía romana, siendo hijos agnaticios y miembros de la casa de su progenitor.

En el Derecho justinianeo, lo normal fue que el matrimonio se celebrara mediante simple declaración consensual, sin sujeción a formalidad alguna ("*consensus facit nuptias*", decían) pero siempre que la intención concorde sea contraer de presente una comunidad conyugal, para lo cual el consentimiento ha de ir aparejado con un principio de ejecución, que dé comienzo y efectividad a la convivencia: "*deductio in domum*".

Durante la época imperial cayeron en desuso las estipulaciones "*sponsalicias*" en los contratos esponsalicios, así como toda huella de la primitiva compra nupcial, pues bastó el simple acuerdo de voluntades; mientras que en el Derecho helénico se mantuvo en vigor con toda vitalidad, la antiquísima alhrra sponsalicia: suma de dinero que el contrayente debe entregar en ma-

no, para que sea válida la celebración del contrato de esponsales, análogo a la compra de la novia. (6)

La ley confería al marido la patria potestad sobre los hijos procreados dentro de legítimo matrimonio. La presunción jurídica de que los hijos nacidos durante el matrimonio son hijos del marido, facilita la prueba de la paternidad: "*pater est, quen nuptiae demonstrat*". Tal presunción, sin embargo, se sujeta en el Derecho romano a dos limitaciones:

I.—Sólo se considera procreado dentro de matrimonio al hijo que nazca después de los 182 días de contraído aquél, "*septimo mense*" y antes de los 300 días de su disolución.

II.—Se trata de una simple "*presuntio juris*", cuyo objeto es únicamente facilitar la prueba, y que por ello admite demostración contraria.

En cuanto a la maternidad legítima es hecho fácil de demostrar; pero respecto a la paternidad es un hecho incierto y se presume que el marido de la madre sea el padre. Esta presunción no se imponía de manera absoluta; cesaba cuando el hijo no había sido concebido durante los periodos citados, o si por ausencia o enfermedad del marido fuere imposible la cópula carnal con la esposa durante el período de la concepción.

Los elementos de validez del "*justum matrimonium*" son:

I.—Que ambos contrayentes posean el *jus conubi*;

II.—La pubertad de ambos contrayentes, y

III.—El consentimiento de las partes y del paterfamilias.

La falta de alguno de los elementos de validez enunciados, hacía nulo el matrimonio y éste no producía ningún efecto legal, puesto que los hijos procreados eran tratados como habidos de accidente, no se les reconocía paternidad cierta y se les clasificaba con la

(6).—Rodolfo Sohm.—"INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO".—Traducción de Wenceslao Roces.—1a. edición de Gráfica Panamericana.—Páginas de la 281 a la 284.—México.—1951.

denominación de "*spuri*" o "*vulgo concepti*"; en cambio, si se vinculaba con la madre y los parientes maternos por cognación.

El "*connubium*" es la capacidad legal para contraer justas nupcias, de manera que el matrimonio "*sine connubium*" es el que se celebraba entre personas que no tenían ambas o una de ellas el *jus connubium*, como acontecía entre peregrinos, latinos, o algunos de éstos y ciudadanas romanas. El matrimonio por carecer del "*just connubi*", era válida y nunca ilícito; pero no producía los efectos de las justas nupcias, puesto que los hijos se vinculaban a la familia cognaticia por exclusiva filiación uterina.

En la época de Augusto, la legislación imperial reconoció una especie de matrimonio, que aunque de condición jurídica inferior, producía efectos legales. Se basaba en una comunidad mutua de vida, como forma de unión legítima de hombre y mujer, denominado por los romanos "*concubinatum*" y que por su continuidad se distinguía de las demás uniones transitorias que se consideraban ilícitas. Se hizo una excepción en favor del concubinato, el cual era permitido entre personas púberes y no parientes en grado prohibido para el matrimonio; de manera que el concubinato en Roma consistía en una unión regular que sin embargo, no podía tener la categoría de justas nupcias por motivos de moralidad pública.

La concubina no recibe el nombre del "*uxor*", ni comparte jurídicamente el rango y posición social del marido; como tampoco sus hijos, a quienes conforme a la técnica se denominan "*liberi naturalis*".

El concubinato es incompatible con un matrimonio existente, tiene carácter monogámico, y no podía coexistir con alguna relación de análoga naturaleza. El concubinato romano no puede confundirse con el concubinato del Derecho moderno, que es una unión irregular y extra legal.

A partir del imperio de Constantino, se reconoció un lazo natural entre el progenitor y el "*liberi natura-*

lis", a virtud del cual surtía efectos la obligación alimenticia. Anteriormente los hijos nacidos fuera de matrimonio, incluyendo los de concubinato, no caían bajo la patria potestad de su progenitor; jurídicamente sólo estaban unidos en parentesco a la madre, careciendo de paternidad legalmente cierta; sin embargo, podían equipararse a los nacidos dentro de matrimonio, mediante legitimación "*per subsequens matrimonium*" o "*per rescriptum principis*".

Cuando se concedía la ciudadanía a un peregrino, se le otorgaba la patria potestad sobre sus hijos; también cuando había equivocación sobre la cualidad de alguno de los cónyuges, sobre la creencia de que entre ellos hubiese conubium, al probarse la buena fe, el matrimonio se convertía en justas nupcias.

Las injustas nupcias eran las que se contraían entre personas que por razón de su nacionalidad carecían del jus conubi; desapareció esta calificación matrimonial cuando el derecho de ciudadanía fue otorgado en todo el imperio.

En Roma existió un tipo de unión permanente de hombre y mujer y de mero hecho, desprovista de todo efecto civil, en la que el hijo sigue la condición de la madre. Esta forma de unión es el contubernio, que consistía en la unión regular y continua entre dos esclavos, o entre dos personas de las cuales una era esclava.

La Ley Julia de Adulteris calificaba de stuprum y castigaba todo comercio carnal de jóvenes o viudas fuera de justas nupcias; el "*stuprum*" era cualquier unión de un hombre con una mujer, que no podía calificarse entre las uniones anteriores.

La legitimación aparece a partir del Bajo Imperio, como consecuencia de la idea de que las justas nupcias sólo eran honrosas para los padres y los hijos. Los emperadores cristianos permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales. Se estableció que los hijos no podían ser legitimados sin su voluntad, porque dada su condición de "*sui juris*", el pa-

rimonio del hijo era absorbido por el del padre, bajo cuya autoridad caía a virtud de la legitimación; la excepción de la regla sólo se daba cuando el hijo era demasiado joven, pues en este caso bastaba con que no hubiera contradicción, y cuando se constituía la dote para efectos de la legitimación. De ésta existían tres formas, a saber:

I.—Por subsiguiente matrimonio de los padres del hijo.

Para este primer caso se requería que los hijos nacieran de personas entre las cuales era posible el matrimonio como consecuencia de la concepción, previa constitución de la dote. Quedaban excluidos los hijos adulterinos, incestuosos y aquellos cuyos padres no podían contraer matrimonio por alguna causa legal. Los efectos de la legitimación por este concepto eran completos, ya que el hijo entraba como agnado en la familia civil del padre.

II.—La oblación a la curia. Esta forma consistía en el ofrecimiento del hijo natural por el padre a la curia de la villa natal; pero en caso que se tratara de una hija, se legitimaba al casarse con un "*decurión*", miembro de la curia y especie de noble romano. Los efectos de esta legitimación eran restringidos, porque el hijo al caer en la patria potestad se hacía agnado de su padre, sin entrar en la familia civil, es decir, sin ser agnado de los agnados del padre.

III.—La legitimación por rescripto del príncipe.

El padre podía solicitar al emperador la legitimación de sus hijos naturales, a condición de satisfacer los siguientes requisitos:

Que no tuviera hijos legítimos, y que la madre del hijo hubiera muerto o estuviera ausente, o hubiera contraído nupcias con otro. Los efectos que esta clase de legitimación producía eran completos.

CAPITULO SEGUNDO

LA FILIACION EN EL DERECHO FRANCES

La filiación, tanto en el pasado como en la actualidad, tan sólo representa un momento histórico del gradual desarrollo de sus instituciones; pero a pesar de los cambios operados en su régimen, son sus instituciones las que más tenazmente conservan sus caracteres típicos en cada pueblo, resistiendo todo intento innovador que provenga del Estado. Existen, sin embargo, tantos patrones de organización familiar como pueblos han morado en la tierra.

La familia engloba a todas las personas unidas por un lazo de parentesco que descansa a la vez en la comunidad de la sangre y en el matrimonio, o en la adopción; pero puede darse el vínculo de parentesco por la pura consanguinidad. (7)

La anterior definición enuncia las fuentes de donde deviene la familia tanto legítima como la natural, ya que la comunidad de la sangre puede darse fuera de matrimonio, como unión libre de hombre y mujer cuya situación no se encuentre legalizada; o por virtud de un contrato civil solemne que une al hombre y a la mujer, para vivir en común, prestarse mutua asistencia y socorro, bajo la dirección del marido como jefe de la familia en el hogar.

Fue característica de la Edad Media la consensualidad del matrimonio en la legislación romana; pero el Derecho francés se distingue por la solemnidad del matrimonio, como elemento esencial a partir del siglo XVI,

(7).—Ambrosio Colin y Enrique Capitant.—"CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL".—3a. edición de "REUS".—Traducción de Demófilo de Buen.—Tomo I.—Página 285.—Madrid.—1952.

ya que en épocas anteriores, dada la naturaleza consensual del matrimonio, se probaba por medio de la posesión de estado.

En 1579, la Ordenanza de Blois estableció como elemento esencial del matrimonio la solemnidad, precisando evitar que los no casados se ostentaran como tales, y que si su prueba se estableciera por todos los medios, el estado de casado sería dudoso e incierto, por lo cual se impuso la necesidad de elaborar inmediatamente después de la celebración del matrimonio, un acta sobre el estado civil de los contrayentes, por lo que no hubo inconveniente de exigir la presentación del testimonio documental de dicho acto, para acreditar el estado de casado. (8)

La solemnidad como elemento esencial del matrimonio se conserva hasta nuestros días, atribuyéndose exclusivamente al oficial del Registro Civil el encargo de consagrar su celebración de acuerdo con las formalidades previstas en la ley, y declarar a los contrayentes cónyuges unidos en nombre de la sociedad; de esta manera fue relegado el sacerdote en los matrimonios canónicos al sitio de un testigo de calidad, encargado en nombre de la iglesia de otorgar la bendición nupcial. Así quedó extinguida la incursión que en este camino había logrado en 1563 el Concilio de Trento.

En 1789, la Revolución Francesa tendió a secularizar la honda raigambre que en esta materia dejó el Derecho canónico por sus largos siglos de vigencia en Francia; pero no fue totalmente posible, puesto que la Restauración, no obstante que permitió la subsistencia de la reglamentación laica del matrimonio, manifestó su tendencia religiosa con la abolición del divorcio.

Los preceptos relativos al matrimonio contenidos en el Capítulo V del Libro Primero del Código Civil Francés, han sido objeto de distintas modificaciones a partir del año 1904.

(8).--Marcel Planiol y Jorge Ripert.--"TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS".--Tomo II página 168.--Traducción del Dr. Mario Díaz.--La Habana.--1927.

El artículo 194 del Código Civil Francés, refiriéndose a las pruebas del matrimonio dice: "*Nadie puede reclamar el título de esposo y los efectos civiles del matrimonio, si no se presenta un acta de su celebración inscripta en el Registro de Estado Civil*".

El precepto inserto comprende no sólo a los cónyuges que pretendieran reclamar el estado de esposos, sino también a los hijos de matrimonio que pretendan probar su legitimidad, ya que el precepto es aplicable a toda persona que se prevalga de los efectos legales del matrimonio.

El artículo 196 del mismo Ordenamiento declara que los que tienen la posesión de estado de esposos, no pueden solicitar la nulidad del acta de su celebración, y esta perentoria sólo puede alegarse por uno de los esposos contra el otro; mas no impide que los terceros discutan el documento irregular que se les presente. Con lo anterior, la ley trata de evitar que los esposos puedan darse por un hecho personal la confirmación de su título en relación con terceros.

La prueba de la posesión de estado se admite excepcionalmente en Derecho francés en dos casos:

I.—Como complemento de prueba: cuando el acta del estado civil es irregular, la posesión de estado subsana los vicios del documento.

II.—Como excepción en favor de los hijos al tener la necesidad de hacer constar su condición de legitimidad. Esta prueba sólo la logran los hijos acreditando que sus padres están casados, lo que resulta fácil si los progenitores viven; pero en caso contrario, el Código Civil los autoriza a probar el matrimonio de sus padres mediante la prueba de su posesión de estado de esposos.

El artículo 197 del mismo cuerpo legal manifiesta menos severidad al exceptuar a los hijos del rigor que exige a los esposos para probar su matrimonio; los consortes no pueden invocar la posesión de estado para tal efecto. En cambio, se autoriza a los hijos acreditar su condición de legítimos por medio de la prueba de posesión de estado de esposos en caso de que ambos

progenitores hubieran perecido; la posesión de estado es una prueba completa del matrimonio de aquéllos.

El razonamiento jurisprudencial fundamenta el favor otorgado en bien de los hijos, considerando que frecuentemente algunos hijos son abandonados desde su primera edad, ya por muerte de sus padres o por su traslado a otros países, sin poderles informar acerca de lo que aconteció antes de su nacimiento. A los cónyuges, empero, les es razonablemente posible que no olviden la Oficialía del Registro Civil en donde realizaron acto tan importante de su vida.

Para valerse del precepto aludido se requiere que los padres hayan muerto, estén ausentes o dementes, y que el hijo haya nacido de individuos que hubieran vivido públicamente como marido y esposa, con la condición de que no concorra un acta de nacimiento que contradiga la posesión de estado de esposos de los padres.

La posesión de estado consiste en ostentarse ante todo mundo con una cierta situación dentro del seno familiar, gozando de un título y de sus ventajas inherentes; de manera que tener la posesión de estado de hijo legítimo, es pasar por tal ante los ojos del público.

El artículo 321 del Código Civil Francés integra la posesión de estado con el nomen, tractus y fama. El precepto aludido expresa que el llevar siempre el nombre de los padres; el haber sido tratado como hijo, y el haber sido conocido siempre como tal en sociedad y en la familia de los padres, constituyen la posesión de estado de hijo legítimo. En el mismo precepto se indica la ininterrupción de los elementos que la constituyen, como prueba complementaria de la filiación, a condición de que dichos elementos se ostenten públicamente en relación con ambos cónyuges, porque si se revelara algún indicio de que el hijo procede de diverso progenitor, se tipificaría en tal caso la filiación adulterina, cuya prueba, en principio, está prohibida.

Los hijos nacidos de matrimonio anulado pierden la condición de hijos legítimos, y son reputados como

progenitores hubieran perecido; la posesión de estado es una prueba completa del matrimonio de aquéllos.

El razonamiento jurisprudencial fundamenta el favor otorgado en bien de los hijos, considerando que frecuentemente algunos hijos son abandonados desde su primera edad, ya por muerte de sus padres o por su traslado a otros países, sin poderles informar acerca de lo que aconteció antes de su nacimiento. A los cónyuges, empero, les es razonablemente posible que no olviden la Oficialía del Registro Civil en donde realizaron acto tan importante de su vida.

Para valerse del precepto aludido se requiere que los padres hayan muerto, estén ausentes o dementes, y que el hijo haya nacido de individuos que hubieran vivido públicamente como marido y esposa, con la condición de que no concorra un acta de nacimiento que contradiga la posesión de estado de esposos de los padres.

La posesión de estado consiste en ostentarse ante todo mundo con una cierta situación dentro del seno familiar, gozando de un título y de sus ventajas inherentes; de manera que tener la posesión de estado de hijo legítimo, es pasar por tal ante los ojos del público.

El artículo 321 del Código Civil Francés integra la posesión de estado con el nomen, tractus y fama. El precepto aludido expresa que el llevar siempre el nombre de los padres; el haber sido tratado como hijo, y el haber sido conocido siempre como tal en sociedad y en la familia de los padres, constituyen la posesión de estado de hijo legítimo. En el mismo precepto se indica la ininterrupción de los elementos que la constituyen, como prueba complementaria de la filiación, a condición de que dichos elementos se ostenten públicamente en relación con ambos cónyuges, porque si se revelara algún indicio de que el hijo procede de diverso progenitor, se tipificaría en tal caso la filiación adulterina, cuya prueba, en principio, está prohibida.

Los hijos nacidos de matrimonio anulado pierden la condición de hijos legítimos, y son reputados como

nacidos fuera de matrimonio; por consiguiente son, según los casos: naturales, incestuosos o adulterinos. Si han sido legitimados por el matrimonio anulado, pierden el beneficio de la legitimación.

El efecto del matrimonio putativo, en relación con los hijos, es el de considerar a éstos como legítimos, sea cual fuere la gravedad del vicio que afecte al matrimonio, aun en el caso de bigamia o de incesto; ellos gozarán de todas las prerrogativas de los hijos legítimos y principalmente de los derechos de sucesión, hasta con respecto al padre que haya obrado de mala fe.

EL CONCUBINATO.—La atribución legal de la paternidad se basa en la obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos, y en la obligación de la mujer de observar fidelidad. En el concubinato no hay obligación de vivir juntos; la convivencia y el deber de fidelidad de la mujer son circunstancias de hecho; en esas condiciones se observa cómo el legislador ha establecido un régimen de inferioridad respecto al hijo natural, por considerar el concubinato como un hecho irregular, al establecer la posibilidad de una indagación judicial de la paternidad por concubinato notorio. El Derecho francés toma en cuenta este hecho y le atribuye determinados efectos jurídicos.

El legislador francés de 1804 cerró los ojos ante esta realidad social, en tanto que el Derecho romano siglos antes había sometido a las llamadas uniones libres a una reglamentación precisa y había hecho del concubinato una unión de orden inferior, pero regular. En cambio, el Derecho canónico condenó a tales uniones como falsos hogares, por estimar que se trataba de verdaderos pecados cometidos al margen del sacramento del matrimonio.

El legislador ve en las relaciones fuera de matrimonio, aun en las continuas, un simple hecho que finge ignorar; los falsos matrimonios quedan al margen de la ley y no pueden en ningún caso, ni por posesión de estado prolongada, transformarse en matrimonios

regulares. No se encuentra en el Código Civil Francés de 1804, un sólo texto relativo al concubinato, al cual han querido quitar de esa manera, tratandolo con desprecio, toda significación jurídica; pero la equidad como exigencia de la vida social ha sido más poderosa que la voluntad legislativa. Colocada en presencia de la realidad, la jurisprudencia ha tenido que resolver numerosos problemas suscitados por el concubinato, y si la unión libre no es una institución, ha revestido por lo menos una significación jurídica cada vez más marcada y se ha convertido en una especie de centro de obligaciones que ha retenido la atención del jurista; las relaciones jurídicas que derivan del concubinato, se refieren bien a las relaciones entre sí de los que viven en concubinato, bien a las relaciones con sus hijos, o bien a sus relaciones con terceros. La secularización de los falsos hogares descartó del problema jurídico toda preocupación de orden religioso; pero como problema que reviste gravedad por sus consecuencias, no desaparece del campo sociológico. (9)

El artículo 340 del Código Civil Francés enumera en el cuarto caso de investigación de paternidad, al concubinato notorio durante el período legal de la concepción, lo que ha originado graves dificultades en la obra jurisprudencial; sin embargo, las cuestiones se han resuelto en forma favorable a los hijos. Es así como se encuentra la fórmula siguiente en una sentencia de la Corte de apelación de Poitiers del 18 de febrero de 1933 que dice: "*...La continuidad, la estabilidad, la notoriedad y la exclusividad de las relaciones íntimas durante el período legal de la concepción, que bastando para caracterizar el concubinato permiten declarar judicialmente la paternidad fuera de matrimonio, no implican necesariamente la comunidad de habitación entre los concubinos*". Por su parte la Corte de Casación admite que el concubinato no implica necesaria-

(9).—Louis Josseland.—"DERECHO CIVIL".—1a. edición de "BOSCH y CIA."—Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola.—Tomo I, Volumen II.—Página 338.—Buenos Aires.—1952.

mente que los amantes tengan habitación común; es necesario y suficiente que la continuidad, estabilidad y exclusividad de sus relaciones sean notorias. (10)

EL RECONOCIMIENTO.—Es uno de los medios legales para establecer la filiación natural. En el antiguo Derecho romano era desconocido el reconocimiento, puesto que la filiación de los hijos naturales quedaba fuera de toda reglamentación.

No existía regla alguna de forma para el reconocimiento y bastaba con una confesión. El reconocimiento era necesario de parte del padre, pues la maternidad por lo general era conocida. Su origen parece que es a partir del Edicto de Enrique II, en 1556, por el que se obligaba a las madres solteras a declarar su embarazo, so pena de ser castigadas como homicidas si el hijo moría sin bautizo; el fin de esta disposición era evitar la supresión del parto, dando origen a la confesión de la maternidad, como fuente de prueba para la filiación natural.

La mayoría de los autores trata el reconocimiento de los hijos naturales, sin hacer referencia a los datos históricos, como si se iniciara una nueva era sin antecedentes en el pasado. (11)

De manera que la filiación materna se podía probar con la declaración de embarazo que debían hacer las solteras encinta, en acatamiento al Edicto de Enrique II en 1556. En cuanto a la filiación paterna natural resulta de un reconocimiento voluntario, o de una investigación judicial, en la que existía libertad de pruebas, bastando que la madre hiciera el señalamiento del pretendido padre, con efecto de que cubriera los gastos del parto. En esa época la partida de bautizo

(10).—Julien Bonnemise.—"ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL".—Traducción de José M. Cajica.—Editorial "Biblioteca Jurídico Sociológica".—Vol. III Tomo I.—Página 606.—Puebla.—1955.

(11).—Marcel Planiol y Jorge Ripert.—"TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL, FRANCÉS".—12a. edición de la Biblioteca Jurídico Sociológica.—Traducción de José M. Cajica.—Tomo IV página 161.—Puebla.—1955.

y la posesión de estado eran suficientes para acreditar la filiación, tanto legítima como natural.

Por algún tiempo se admitió que el acta de nacimiento hiciera fe plena del parto y que, si no se discutía la identidad del hijo, quedaba la filiación materna firmemente establecida; pero en el año de 1872, la Corte de Casación, al revocar una sentencia de la Corte de Montpellier, decidió que tanto la paternidad como la maternidad natural, sólo podían probarse por un reconocimiento voluntario o por una sentencia judicial. Desde entonces precisó que el acto de nacimiento unida a la posesión de estado hacen indiscutible la filiación legítima, pero no la natural, y destacó la opinión de que la posesión de estado concorde con el acta de nacimiento no equivale a reconocimiento.

Los redactores del Código Civil estimaron que el hijo natural quedaba fuera de la familia por la irregularidad de su nacimiento; en consecuencia, su ingreso dependía de un acto de voluntad de los padres. Ese criterio está de acuerdo con la célebre frase de Bonaparte que dice: "*Al Estado no interesa que se compruebe la filiación de los Hijos naturales*". Palabras que fueron una de las fuentes del acto voluntario, que hacía descansar los derechos del hijo en la voluntad omnipotente del progenitor.

El principio que prohibía la investigación de la paternidad fue duramente criticado, y la ley de 1912 restableció en Francia la indagación judicial de la paternidad. Con motivo de que se había admitido la investigación de la maternidad, se aceptó que la filiación paterna se estableciera también por medios distintos al de un acto de voluntad.

LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.— Antes de 1789, la investigación de la paternidad no tenía la misma finalidad que hoy en día, pues en aquellos tiempos solamente se pretendía asegurar los gastos del alumbramiento y alimentos del menor; bastaba con el juramento de virginidad próxima al embarazo

de la mujer que señalara a un sujeto como autor de tal suceso, para que por su cuenta corrieran los gastos del parto, hasta que se dictara sentencia sobre el fondo del asunto.

Se consideraba civilmente ilícito alterar el libre consentimiento de una mujer para entregarse a relaciones sexuales, por lo que el demandado era obligado a erogaciones de los gastos en caso de parto. Aun cuando el supuesto de alimentos era por relación de parentesco, el asunto en este aspecto no era tratado; se resolvía en forma de pensión por cumplimiento de obligaciones extracontractuales por daño causado, y en caso de que el padre falleciera, el hijo podría concurrir a la sucesión como acreedor y no como heredero.

El artículo 340 del Código Civil prohibió la investigación de la paternidad, excepción hecha del caso de raptó, cuando la concepción coincidiera con la época del delito. Los motivos que fundamentaron la prohibición, son la imposibilidad de una prueba directa sobre la paternidad, y el deseo de evitar la tentativa de fraude; pero la restricción en vez de atemperar el estado de inmoralidad, agravó la situación, tanto por el desamparo cometido en perjuicio de menores indefensos, como por el libertinaje cometido hasta el extremo por los hombres, al saber que la ley no sancionaba ese aspecto de su conducta. En cambio a la mujer, las hacía infanticidas por el exceso de abortos, hasta que la ley de 16 de noviembre de 1912 suavizó el rigor restrictivo del artículo 340, aumentando los casos de procedencia de la acción indagatoria de paternidad, sin que para ello fuese necesario comprobarlos plenamente, toda vez que no era el carácter delictuoso del hecho lo que justificaba la investigación de la paternidad, sino la idea de obtener una certeza del vínculo de la filiación sobre el hecho.

A fines del siglo XIX la opinión pública se mostró muy favorable a los hijos naturales. La ley de 25 de marzo de 1896 aumentó los derechos hereditarios de la descendencia natural. La ley de julio de 1907 pro-

veyó la organización de su tutela, y se concedió alimentos a los hijos incestuosos y adulterinos, con cargo a la sucesión de sus padres; disposición que desde luego supone obligación para los padres de ministrarlos en vida. (12)

La filiación es el vínculo jurídico que liga al hijo con sus padres. Se divide en legítima y natural.

La filiación legítima es el lazo que une al hijo con sus padres, cuando éstos están casados en el momento de la concepción o del nacimiento de aquél.

La filiación natural es el lazo que une al hijo con sus padres, cuando éstos no están casados entre sí en el momento de su nacimiento. La filiación natural se divide en: simple, adulterina e incestuosa.

Es natural simule cuando los padres no estando casados, hubiesen podido contraer válidamente matrimonio entre sí en el tiempo de la concepción.

En los casos en que uno o ambos padres estuvieran casados con persona distinta a la que se atribuye el prohijamiento en el tiempo de la concepción, resultaría la filiación natural adulterina.

Si los padres tuvieran entre sí parentesco consanguíneo, o por afinidad tan cercano que les impidiera legalmente contraer matrimonio, el concebido en tal circunstancia, al nacer, tendría la filiación natural incestuosa.

LA ADOPCION.—Existe posibilidad legal de establecer artificialmente a la filiación civil, es decir, mediante una ficción jurídica denominada adopción. Con frecuencia acontece que entre personas que tal vez no tienen nexo sanguíneo, se establece la filiación civil y se considera al adoptado en situación semejante a la de un hijo legítimo.

La tradición jurídica romanista difundida en toda Europa por el Derecho canónico, en lo que concier-

(12).—Planiol y Ripert.—“TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS”.—Traduc. del Dr. Mario Díaz.—Tomo II.—Pág. 567.—La Habana.—1927.

ne a materia de filiación legítima, dejó el viejo sistema del rescripto del príncipe que con el devenir del tiempo se substituyó por las cartas de legitimación que expedía la Cancillería Real, medio extinguido por virtud de que la Constitución de 1791 suprimió los parlamentos, y al redactarse el Código Civil Francés solamente subsistió la legitimación por matrimonio subsiguiente.

LA LEGITIMACION.—Actualmente la ley otorga el beneficio de legitimación a los concebidos antes de la celebración del matrimonio y nacidos durante éste, y también a los nacidos antes de dicha celebración, en caso que sean reconocidos por ambos progenitores como sus hijos, en el acto del matrimonio o después de su celebración. La situación jurídica de los legitimados se equipara a la de los hijos legítimos.

Se han establecido excepciones al principio que marca los límites de presunción en favor de la legitimación del hijo. Nos referimos al hijo concebido antes del matrimonio, pero nacido durante éste, dentro de los 180 días después de su celebración. Hasta hace poco se consideraba como legitimado a este hijo, si nadie discutía su legitimación, y no como hijo legítimo. La sentencia de Degas de 8 de enero de 1930, decidió que los hijos nacidos durante el matrimonio tienen derecho al título de hijos legítimos y no al de legitimados. (13)

La clase de filiación se determina por la situación jurídica de los padres en el momento de la concepción, en lo que se refiere a la condición de legitimidad. El carácter incestuoso deviene del parentesco consanguíneo o de afinidad, que existe entre los cónyuges en grado que constituya un impedimento para el matrimonio.

El artículo 335 consagró en forma expresa la prohibición del reconocimiento de los hijos comprendidos en la categoría de adulterinos e incestuosos; sin em-

(13).—Julien Bonnetcase.—“ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL”.—Traducción de José M. Cajica.—Editorial “Biblioteca Jurídico Sociológica”.—Volumen XIII Tomo II.—Página 587.—Puebla.—1955.

bargo, si el matrimonio que les dió la clasificación de adúlteros, o el parentesco que era impedimento, dejan de subsistir porque el matrimonio se haya disuelto después, o porque se hayan obtenido dispensa por el parentesco, se permite el reconocimiento para fines de legitimación, porque en esos casos la filiación va a perder enseguida los caracteres de incestuosa o adúltera. (Arts. 336 y 337 del Código Civil Francés).

La ley de 1912 que permitió la indagación judicial de la maternidad y la paternidad, también dejó firme la prohibición para estas clases de filiación. Sin embargo, las comentaristas del Código Civil Francés estiman que si una sentencia, no obstante la prohibición del artículo 342, llega a dictarse sin ser recurrida, queda establecida la filiación adúltera o incestuosa, porque no existe nulidad contra las sentencias.

Al efecto exponen: el desconocimiento es una acción de estado civil que tiene por objeto destruir la presunción de paternidad que pesa sobre el marido. Y si bien no es finalidad del desconocimiento establecer la filiación adúltera, si es un efecto de la misma, porque si una mujer casada hace la declaración del nacimiento con referencia al matrimonio, se presume que ese hijo es del marido; pero si éste lo desconoce y prospera la acción, la combinación del acta de nacimiento con el acta de matrimonio y la sentencia de desconocimiento, se establece el carácter adúltero del hijo.

El nacimiento es un suceso que produce determinadas consecuencias jurídicas. En principio, el ejercicio de las acciones corresponde al hijo. Por eso se dice que la acción tiene un carácter personal; además, quien invoca un derecho le corresponde probar los hechos generadores del mismo; de manera que para determinar la filiación paterna natural en la indagación judicial, precisa en primer lugar establecer los elementos de la materna, porque de otra manera sería difícil atribuir la paternidad si antes no se sabe quién es la progenitora, toda vez que por la fecha del parto es posible suponer la de la concepción, y mediante esta aproxima-

ción se atribuye la paternidad a determinado sujeto. (Arts. 325, 326, 327 y 329 del Código Civil Francés).

El parto implica necesariamente la evidencia de su fecha así como saber si la persona que se pretende hijo es el mismo que la mujer dió a luz. La concordancia entre edad, fecha de nacimiento y la testimonial condicionada a un principio de prueba por escrito, acreditan la filiación materna natural. Una vez establecidos dichos elementos, basta agregar uno más que es el de determinar al autor del embarazo, y con ello queda establecida la filiación paterna. (Art. 341 del Código Civil Francés).

La legitimidad de la filiación se acredita agregando a los citados elementos dos más, que son: el matrimonio y la procreación por el marido de la madre, en los términos establecidos en los artículos 312, 314 y 315 del Código Civil Francés.

CAPITULO TERCERO

LA FILIACION EN EL DERECHO ESPAÑOL

La legislación española reviste importancia tanto porque es un cuerpo de normas vigente, como por constituir una fuente histórica de ascendencia romana que la península nos legó en época de la colonia y cuya influencia jurídica perduró hasta años posteriores a nuestra independencia.

En el Derecho español, la familia descansa tanto en la comunidad de la sangre, como en el matrimonio y en la adopción, siendo el segundo la forma regular de la constitución de la familia. Desde el punto de vista de la Iglesia Católica el matrimonio se considera un sacramento; pero el régimen civil lo conceptúa como un contrato.

En opinión de algunos autores, tal naturaleza contractual encuentra su justificación en la actitud política resultante de la ruptura entre Estado e Iglesia. No obstante su valor legal, la naturaleza de contrato ha sido objetada por civilistas españoles en los siguientes términos:

“El matrimonio no es contrato escribe Clemente de Diego, porque en su fondo no tiene sino la forma de contrato, dada por la expresión del consentimiento. La razón, agrega el civilista español, es muy sencilla: todo contrato necesita de tres elementos o requisitos esenciales para su existencia, a saber, objeto, causa y consentimiento, y en el matrimonio faltan los dos primeros. En efecto falta el objeto o materia, que en el contrato es una prestación que recae sobre cosas materiales o servicios, pero nunca sobre las personas; y en el

matrimonio tiene lugar la entrega de una persona a otra y de ésta a aquélla en toda su integridad; falta la causa, porque ésta en los contratos es la liberalidad y el interés, y en el matrimonio no puede admitirse que en el terreno de los principios haya otro interés que el amor". (14)

En opinión de Sánchez Román aunque el matrimonio ofrece: "una inicial apariencia contractual, por consecuencia de la necesidad del consentimiento o voluntad acorde y manifestada por los que lo celebran, y aun de la incorporación de órdenes verdaderamente contractuales, que se le agregan", hay que considerar que "lo primero, o sea la intervención de voluntades concordantes, no es bastante para hacerlo entrar de lleno en la categoría de contrato; y lo segundo, que las llamadas usualmente capitulaciones matrimoniales, o contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio, representan un accidente, un aspecto secundario que no afecta a la esencia misma de la unión matrimonial, y que puede existir o no y estar de una u otra manera establecido".

Entiende, por lo tanto, Sánchez Román que "la concepción del matrimonio es más elevada y compleja que la del contrato; la ley civil, al regular el matrimonio como institución social y jurídica, unión igual e invariable en todos los casos, como tipo predeterminado que la voluntad de los contrayentes no puede establecer ni modificar en nada a su arbitrio, como en los contratos, no es otra cosa que un régimen positivo subordinado a la ley natural y moral, mucho más incompleto y menos comprensivo que el de ésta, respecto del matrimonio mismo, en tanto que éste y la sociedad conyugal que origina con todas sus consecuencias es, según se ha dicho, una esencia natural, una relación moral, una institución ética y un orden superior de la vida, que toma del Derecho tan sólo las formas y con-

(14).—Clemente de Diego.—"INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL".—1a. edición de los Talleres de Artes Gráficas.—Tomo II.—Página 246.—Madrid.—1930.

diciones que en lo jurídico son necesarias para su existencia y garantía en el orden social". (15)

La concepción del matrimonio como acto civil regulado exclusivamente por leyes seculares, fue preparada desde el siglo XVI por la reforma protestante al considerar al matrimonio un acto mundano y despojarle de su calidad de sacramento; idea difundida en varios países europeos por la tendencia secularizadora de la Revolución Francesa.

En España se estableció el matrimonio como acto civil en forma obligatoria, desde la ley de 18 de junio de 1870. Los reales decretos del 22 de enero y 9 de febrero de 1875 son los que establecieron el matrimonio religioso como forma normal, dejando el matrimonio civil reducido a una forma excepcional o subsidiaria para los que no profesasen la religión Católica; sistema asimilado en lo esencial por el Código Civil Español posteriormente, ya que el carácter obligatorio del matrimonio civil fue devuelto por la ley del 28 de junio de 1932, y subsiste hasta la fecha en la República Española.

EL CONCUBINATO.—Junto al matrimonio de derecho, la legislación española reconoce la existencia del matrimonio de hecho, o concubinato, unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio. A dicha unión se le reconocen algunos efectos jurídicos tanto en bien de los hijos como en favor de la concubina.

En el antiguo Derecho español, la barraganía o concubinato tuvo una regulación encaminada principalmente a la tutela de los hijos; de manera que para la tradición jurídica española es concubina la mujer que cohabita con un hombre como si éste fuera su marido, es decir, que faltándole únicamente la solemnidad legal del matrimonio, es la compañera fiel y ho-

(15).—Felipe Sánchez Román.—“ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL”.—Editorial “Madrid”.—2a. edición.—Tomo V. Volumen I.—Página 379.—Madrid.—1921.

nesta en el hogar del hombre, y con posibilidad legal de ser madre de los hijos de él, puesto que el artículo 129 del Código Civil Español consigna que el hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre. Dedúcese de ahí que sólo los que tengan la condición de hijos naturales podrán ser reconocidos.

Según el artículo 119 del mismo Código, son hijos naturales, los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podrían contraer matrimonio. Esta forma de vida en común ha sido respetada hasta por la intransigencia religiosa, pues desde el primer concilio de Toledo, en el año 400, se excomulgó a un hombre casado que tenía tratos sexuales con una barragana; pero no fue desechado de la comunión al soltero que tenía una concubina, dándole el lugar de esposa. Lo que hizo decir al Abate Andrés en su libro "*La Moral del Evangelio*", publicado a mediados del siglo XVIII, que: "*... en todo rigor de derecho no debería llamarse concubinario nada más que al que tiene una concubina en su propia casa*".

LA ADOPCION.—Última forma de constituir la familia, en virtud de la cual se crea entre el adoptante y el adoptado un vínculo de parentesco civil del que derivan relaciones análogas, aunque no idénticas, a las que resultan de la paternidad y la filiación legítima.

Se ha opinado que mediante este acto jurídico se pretende imitar a la filiación natural en sus efectos jurídicos. Según la Partida Cuarta en su Título Décimo Sexto, Ley Primera, de Alfonso X el Sabio, la adopción se ha considerado como una imitación de la naturaleza: "*... tanto quiere decir como profijamiento, que es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente*".

El Código de las Siete Partidas revela que la institución no es privativa del Derecho español, pues antes de 1284, en los pueblos antiguos, la adopción constituía un recurso ofrecido por la religión a aquellas per-

sonas que no tenían heredero natural, que pudiera perpetuar su descendencia y asegurar la continuidad del culto doméstico.

En el antiguo Derecho romano, donde la adopción cumplió una función trascendental, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista político-social, casi desapareció durante trece siglos, para hacer su débil reaparición hasta 1804 en el Código de Napoleón, con un carácter fundamentalmente sucesorio. En la actualidad, los fines que cumple esta institución son muy diferentes, y en España se acepta como la forma de solución al grave problema de la infancia abandonada, por las circunstancias que a través de dicho país en 1935. El Código Civil Español, sin perjuicio de la adopción clásica, estableció desde 1937, el llamado acogimiento o colocación familiar para los menores, que puede tener carácter permanente o temporal. (16).

LA FILIACION.—Tanto la paternidad como la filiación devienen por generación de hechos de la naturaleza, o de la ficción de la ley, siendo posible que como hecho jurídico acontezca dentro de matrimonio o fuera de éste, aparte de que el Derecho autoriza que se otorgue la condición de legitimidad a los nacidos fuera de matrimonio. De donde resulta la siguiente clasificación:

Son hijos legítimos, los procreados por los cónyuges durante su matrimonio; pero también en ciertos casos los concebidos antes del matrimonio y nacidos después de la celebración de éste.

Son ilegítimos, los engendrados por personas no ligadas por vínculo matrimonial, o sean de uniones sexuales que tienen lugar por el vicio, la debilidad o el delito; llamándoseles naturales si los padres en la época de la concepción tuvieron capacidad legal para contraer matrimonio entre sí.

(16).—Demófilo de Buen.—"DERECHO CIVIL COMUN ESPAÑOL".—1a. edición de "REUS"—Página 718.—Madrid.—1922.

Son ilegítimos no naturales, los hijos de padres con impedimento legal para contraer matrimonio, ya fuese por parentesco no dispensable o por matrimonio anterior con otra persona. En el primero de estos dos casos, se denomina "incestuoso" al hijo, y en el segundo "adulterinos".

Ambos se diferencian del hijo ilegítimo natural en que para éste, sí existe autorización legal para ser reconocido por voluntad de los padres, o para ser declarado judicialmente hijo de persona determinada; en tanto que para los hijos ilegítimos no naturales, que corresponden a los incestuosos y adulterinos, está prohibido el reconocimiento y en términos generales el ejercicio de la acción judicial de investigación de la paternidad.

En el antiguo Derecho español, se dividía la prole ilegítima en naturales y espurios; a estos últimos se subclasificaban a su vez en adulterinos, incestuosos, sacrilegos, mánceres y nefarios.

Eran naturales aquéllos cuyos padres podrían contraer matrimonio entre sí al tiempo de la concepción o del nacimiento. (Ley de las de Toro).

Adulterinos, los habidos entre personas de las cuales una por lo menos era casada.

Incestuosos, los nacidos de parientes en grado en que estuviera prohibido el matrimonio.

Sacrilegos, los procreados por persona o personas ligadas con voto solemne de castidad.

Mánceres, los habidos de prostituta, y nefarios, a los incestuosos en grado de parentesco tan cercano, que no era dispensable. (17)

LA LEGITIMACION.—La legislación romana en materia de legitimación influyó poderosamente en el Derecho canónico, y éste a la legislación española, a través de las Partidas de Alfonso X el Sabio, a media-

(17).—Rafael de Pina.—"ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL".—2a. edición de Porrúa, S. A.—Parte Cuarta, Capítulo I.—Página 351.—México.—1960.

dos del siglo XIII; pero de sus tres formas históricamente reconocidas, solamente subsisten en España dos, a saber:

Por subsiguiente matrimonio y por la concesión de parte del jefe del Estado; de manera que son legitimados, los hijos que originariamente fueron naturales y pasan a ser considerados como legítimos por el subsiguiente matrimonio de los padres, o por concesión del jefe del Estado. (18)

La filiación legítima se acredita de manera inequívoca con el acta de matrimonio de los padres, la concepción durante el matrimonio y el acta de nacimiento.

A tal efecto el Código Civil Español admite los siguientes medios:

I.—Acta de nacimiento extendida por el oficial del Registro Civil, el documento auténtico en los casos de reconocimiento voluntario del hijo nacido fuera del plazo legal, o la setencia firme para los casos de decisión de contiendas surgidas acerca de la legitimidad.

II.—A falta de los títulos anteriores, con la posesión constante de estado de hijo legítimo.

III.—En defecto del acta de nacimiento, de documento auténtico, de setencia firme o de posesión de estado, puede probarse la filiación por cualquier medio de prueba que la ley autorice, siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta o separadamente.

El Código Civil Español se funda en el viejo aforismo que presume que los hijos son del marido de la madre que haya concebido durante el matrimonio; aunque es verdad que de modo excepcional puede tenerse por legítimos a hijos no concebidos durante el matrimonio, situación última que da lugar a tres hipótesis:

I.—El artículo 108 del Código Civil Español dice

(18).—Calixto Valverde.—"TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL".—3a. edición de los Talleres Tipográficos Cuesta.—Tomo IV.—Página 460.—Valladolid.—1926.

que se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los 300 días siguientes a su disolución, o a la separación de los cónyuges.

Contra tal presunción de legitimidad, sólo admite el Código Civil Español la prueba de la imposibilidad física del marido, para tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo; en virtud de que descontando 120 días de los 300, quedan sólo 180 días 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, correspondiendo en ese caso la carga de la prueba al marido o a sus herederos. (19)

II.—El artículo 110 del Código Civil Español dice que se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias:

a).—Haber sabido el marido antes de casarse, el embarazo de su mujer;

b).—Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz, y

c).—Haberlo reconocido como suyo, expresa o tácitamente.

III.—El artículo 111 del Código Civil Español, establece que el marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo, nacido dentro de los 300 días, a partir de la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrá el derecho de probar en este caso la paternidad del marido.

El artículo 143 del Código Civil Español otorga al hijo legítimo el derecho de llevar el apellido del padre

(19).—José Castán Tobeñas.—"DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORAL".—6a. edición de "REUS".—Tomo I. Vol. I.—Página 240.—Madrid.—1936.

y de la madre; a recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes y en su caso de sus hermanos; a la sucesión legítima y demás derechos accesorios, así como a los que derivan de la patria potestad y de la tutela.

A los hijos legitimados se les confiere los mismos derechos que a los hijos legítimos.

Los hijos naturales reconocidos tienen derecho a llevar el apellido de quien les reconoce; recibir alimentos del mismo y percibir en su caso la porción hereditaria.

Los hijos naturales no reconocidos sólo tienen derecho de reclamar el reconocimiento forzoso, en los casos y tiempos permitidos por la ley. Así vemos que el Código Civil Español en sus artículos del 139 al 141, determina que los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres, alimentos, y que este derecho sólo podrá ejercitarse:

I.—Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme, en proceso civil o penal.

II.—Si resulta de un documento indubitado del padre, o de la madre, en el que expresamente reconozca la filiación.

III.—Respecto a la madre, si se prueba cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Fuera de los dos primeros casos, no se admitirá en juicio demanda alguna que directa o indirectamente tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos, que no tengan la condición de naturales; de manera que los hijos ilegítimos no naturales sólo tienen derecho a reclamar alimentos en sentido restringido de auxilios necesarios para la subsistencia.

LA INDAGACION JUDICIAL DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD.—En el Código Civil Español esta indagación era libre, hasta que la ley de 11 de mayo de 1888 estableció un sistema restrictivo que sólo

admite la investigación judicial de la paternidad en tres casos, a saber:

Primero.—Cuando exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad.

Segundo.—Cuando el hijo se halle en la posesión continua de estado de hijo natural, justificada por actos directos del padre o de su familia.

Tercero.—En los casos de delito de violación, estupro o raptó, en los que se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en cuanto al reconocimiento de la prole. (Art. 135 del Código Civil Español).

Respecto a la declaración judicial de maternidad, el artículo 136 del Código Civil Español permite la investigación de la maternidad, cuando concurra en relación con la madre cualquiera de las circunstancias que permiten la investigación en lo tocante al padre; además cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del pretendido hijo. No se limitan ni condicionan las pruebas, pues incluso la testimonial puede ser admitida sin restricción de ninguna especie, y de donde resulta que el citado Código no limita la libre investigación de la maternidad natural.

TITULO TERCERO

NATURALEZA JURIDICA DE LA FILIACION

CAPITULO PRIMERO

EL DERECHO PUBLICO, EL PRIVADO Y EL SOCIAL

El publicismo se ha demarcado históricamente en el pasado político del pueblo helénico; la concepción de la polis no se fundó en la relación que existe entre la sociedad y el Estado. Difícilmente se localiza en la antigüedad griega la idea de que el soberano poseyera independientemente poderes propios, puesto que allá la autoridad radicó en las leyes de interés público que regulaban todos los aspectos de las relaciones entre los miembros de la comunidad.

La forma de gobierno estaba integrada por una asamblea compuesta por todos los ciudadanos, de tal manera que el hombre y el Estado formaban un sistema de vida solidario, donde no hubo ocasión que tuviesen entre sí intereses contrarios, toda vez que el ente público se constituyó a manera de una personalidad vital, que encerraba en su seno a todos los individuos. La organización política representó la forma suprema de vida social. El pueblo encontró en esa relación un acatamiento a sí mismo, en virtud de una proyección del ser de cada individuo, abandonando su voluntad para integrar una personalidad potente en cuya formación tomaba parte directa; así el Estado, como entidad compuesta de todos los ciudadanos, exigió una participación activa en la vida política.

El Estado no tenía límites en su actividad, porque solamente a través de él podría cumplir sus fines el in-

dividuo, pues todo cuanto contribuyera al fomento de los intereses humanos constituía una función política. El Estado estaba facultado para regular cualquier aspecto, aun hasta de los actos más pequeños de la vida, por cuanto que su finalidad justificaba su existencia, sin que en ésta se delimitara el área del Derecho privado, que el Estado estuviera obligado a respetar.

De una consideración general sobre los principios racionalistas que informan la doctrina política de Aristóteles, se deducen las limitaciones a la actividad del Estado, sin contraponer al mismo la idea de los derechos individuales. El sabio de Estagira en su "*Política*" se ocupa entre otras cuestiones, también del tema relativo de cómo debiera lograrse el bienestar de los ciudadanos, considerando al individuo en sí como el medio más idóneo para la consecución del bienestar individual, y que para el logro de fines no societarios es menester que se permita en lo particular cierto grado de libertad, toda vez que los hombres difieren en aptitudes y necesidades, por lo que el medio adecuado para el desarrollo de sus facultades debe consistir en un sistema que permita a cada uno una cierta esfera de libertad, a efecto de desenvolver su vida individual. (20)

A menester de una operación abstraccionista, es posible distinguir la existencia de un Derecho positivo que oscila en el área del interés individual y el social; aunque sea un tanto difícil precisar con claridad los linderos de ambas esferas, sí se hace posible diferenciarlas en torno de un interés inmanente al sujeto, situándose la facultad jurídica al servicio del titular, con exclusión de las demás voluntades, es decir, sin trascender al ámbito de la colectividad. Aquí se alude a la apreciación de un fin individual que la norma protege de una manera directa, aunque indirectamente constituya una protección al interés colectivo, toda vez que ambos intereses no están absolutamente desvinculados.

(20).—Raymond G. Getell.—"HISTORIA DE LAS IDEAS POLITICAS".—Editorial "Nacional".—2a. edición.—Págs. de la 80 a la 99.—México.—1951.

Los sujetos de la relación jurídica pueden situarse en un plano de igualdad o de desigualdad recíproca, que es objeto de una reflexión denominada teoría del plusvalor, de donde se derivó la conocida clasificación de justicia de coordinación y justicia de subordinación, comprendiendo la primera las normas de interés privado, y la segunda las normas de interés público. De manera que la autoridad estatal impone, desde el punto de vista del Derecho, relaciones de supra-ordinación y, por tanto, una subordinación, donde no caben situaciones de sujetos colocados en un plano de igualdad recíproca; por consiguiente, la supraordinación establece un conjunto organizado de condiciones necesarias para que el género humano cumpla su destino social.

Lo expuesto nos conduce a afirmar que el orden público, como valor que el Derecho pretende realizar, consiste en el acondicionamiento de ciertos factores ideales a la realidad social, a efecto de determinar la inoperancia de la autonomía de la voluntad de los particulares en ciertas relaciones de derecho.

En opinión de connotados tratadistas, se ha considerado impropia la clasificación de las normas jurídicas en privadas, toda vez que es social el fin fundamental del Derecho, por lo cual en ellas no puede prevalecer intereses privados, de tal suerte que el Derecho por su propia naturaleza no puede permitir una jerarquización de intereses, como infundadamente postuló el individualismo, ya que el destino de las normas jurídicas es regular en relaciones organizadas por la convivencia, de ahí su indiscutible interés social y, por tanto, ha de aceptarse por igual el interés particular que el interés general, dada su constante interferencia en ambas esferas, por lo que no es posible circunscribir a cada una de éstas en un marco inflexible.

La clasificación moderna ha aceptado, en forma limitada, que sólo en función del interés de mayor relieve pueden distinguirse las dos grandes ramas del Derecho, sin pretender que hayan normas jurídicas que exclusivamente protejan intereses públicos o privados,

ya que toda norma de Derecho por su propia naturaleza social protege ambos intereses. Prevalece en ocasiones el interés público sobre el interés privado, como acontece en las normas propiamente del Estado; pero en materia de contratos ocurre lo contrario, puesto que se observa que son supletorias de la voluntad de las partes y, en tal virtud, prevalece el interés privado, por cuanto que se entiende que ante el silencio de los interesados o salvo pacto en contrario, la voluntad de los particulares sí puede eximir de la observancia de tales normas, o bien alterarlas o modificarlas; lo contrario ocurre cuando se trata de una norma de interés público, ya que su cumplimiento no se deja a la voluntad de los particulares, cuyos convenios y renunciaciones son nulos en este caso. (Arts. 6o. y 7o. Cód. C. del D. T. F.)

No obstante las múltiples tentativas de establecer con nitidez esencial los caracteres diferenciadores de ambos órdenes, solamente ha sido posible establecer una distinción formal, pues los criterios de distinción basados en el carácter de las normas (finalidad, calidad de los sujetos que intervienen en la relación regida por esas normas, objeto y esfera de acción del Estado y los particulares) se agotan ante la necesidad de concebir el Derecho como una unidad fundamental. Sin embargo, es útil, por razón de método, conservar la clásica distinción entre Derecho público y Derecho privado, basándose en la diversidad de factores que concurren en la relación jurídica, ya que es el poder estatal el que determina, en consideración de oportunidad fundamentalmente política, la naturaleza pública o privada de una norma de Derecho.

Nada extraño parecería que en algún régimen político se determinara que la clasificación del sistema del Derecho privado no debe admitirse, por considerar que ningún acto es ajeno al Estado por minúsculo que fuera en la vida privada, o por trascendente en la colectividad. Por tanto, la supuesta determinación sin duda condujo a aceptar la teoría tradicionalista romana clasificadora, bien conocida por la sentencia del juris-

consulta Ulpiano, que dice: "*Publicum just est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum. . .*"

En la esfera del orden público se encierran todos los conceptos comprendidos en la definición del Derecho público: al conjunto de normas u ordenamientos que se refieren a la organización del Estado, a su funcionamiento, a los servicios públicos y a la relación de Estados entre sí, como también a las que conciernen a los particulares para delimitar la esfera de acción de aquél frente a éstos.

Por su parte el Derecho privado está constituido por el conjunto de normas que rigen las relaciones entre los particulares, y es aplicable a éstas y también a aquéllas en que el Estado interviene cuando su actividad no afecta inmediatamente a la satisfacción que le está encomendada de las necesidades generales. (21)

Al hacer aplicación de estos principios al asunto que nos ocupa, puede afirmarse que no es el sujeto ni el fin de la relación lo que determina la naturaleza de la norma, sino la forma de la relación como medio empleado para la consecución del fin. La norma de Derecho público rige relaciones de supremacía, en las que figura una autoridad dominante y un sujeto sometido; en cambio, cuando las partes se encuentran en situación de igualdad legal, actúan en virtud de manifestaciones de voluntad libremente aceptadas; entonces se dice que están operando dentro del campo del Derecho privado.

La norma, en cuanto se orienta con la idea cardinal de la institución jurídica a que se refiere, se afecta por el deber impuesto, incorporándose a un sistema unitario de especial naturaleza. Por ejemplo, el régimen del Derecho civil, rama del Derecho privado, que comprende la organización jurídica de la familia y determina las relaciones de orden económico entre los

(21).—Gabino Fragu.—"DERECHO ADMINISTRATIVO".—Editorial Porrúa, S. A.—6a. edición.—Título III.—Página 103.—México.—1955.

particulares, que no tengan contenido mercantil, agrario u obrero. Otro ejemplo, el régimen jurídico de la organización política, es de Derecho público; pero el Estado, como sujeto de derechos y obligaciones, se encuentra sometido al orden jurídico igualmente que toda persona titular de derechos públicos y privados.

Para que el Estado pueda realizar sus atribuciones es necesario establecer una regulación de las relaciones que derivan del ejercicio de aquéllas, con un sistema basado en el propósito de satisfacer eficazmente las necesidades de la colectividad, por lo cual la organización estatal para el desarrollo de su actividad, no habrá de depender de la colaboración voluntaria de los particulares para obtener los medios indispensables de su objeto, de donde se justifica que proceda imponiendo unilateralmente su voluntad, por la presencia de ciertas necesidades colectivas, que su satisfacción exige caracteres especiales para la unidad del sistema regulador; ésto debe ser de naturaleza diversa a las que regulan relaciones de particulares, porque la seguridad jurídica se vería perjudicada, si no existiera una norma que diese validez a la voluntad unilateral del Estado.

Se observa que en ocasiones el Estado actúa desprovisto de su calidad de soberano en unas relaciones contractuales, respetando la autonomía de la voluntad de los particulares; casos en que el Estado concurre en el comercio jurídico, ejecutando actos que caen dentro del campo del Derecho privado, sin obstruir el ejercicio de sus atribuciones, porque estos actos no se vinculan estrecha y necesariamente con el cumplimiento de la finalidad estatal, y no perjudican por lo mismo la satisfacción de las necesidades colectivas, aunque el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial.

La relación patrimonial entre Estado e individuos puede tener un carácter público o privado, según la clasificación y destino de los bienes.

Lo expuesto nos conduce a admitir que el criterio de distinción entre el Derecho público y el Derecho pri-

vado se encuentra en la diversidad de elementos que concurren en la relación jurídica, de manera que cuando en ella se interesa el cumplimiento de las atribuciones del Estado, deben aplicarse normas de Derecho público.

EL DERECHO SOCIAL.—En la moderna interpretación sociológica del Derecho, ha surgido con singular pujanza una nueva rama jurídica que comprende un dominio, en que el Derecho público y el Derecho privado se entrecruzan en síntesis, para constituir un nuevo término intermedio entre las dos grandes ramas del Derecho tradicionalmente conocidas. Al formarse un concepto sociológico de las normas jurídicas, se ha encontrado precisamente que todo derecho está regido por este nuevo derecho llamado social, lo cual se comprueba al examinar que tanto el Derecho privado como el Derecho público, los ha dislocado y modificado formalmente al grado de revestirse con una naturaleza de caracteres peculiares, en virtud de que en el orden de su concreción, la tutela se proyecta al sujeto de la relación, considerando a su clase social, lo que constituye una estructura jurídica original en una etapa histórica de transición sistemática, como un derecho orientador y una síntesis de los demás derechos, con el afán de lograr el ansiado equilibrio de las tendencias individualistas desenfrenadas del Derecho privado y las despóticas invasiones del Derecho público, para encontrar la armonía social en una construcción jurídica ecuaníme, que evite el desquiciamiento de lo humano en el progreso de la civilización. (22)

En opinión de tratadistas, la denominación del Derecho social parece ciertamente redundante, a primera vista porque el Derecho en general es regulador de relaciones sociales; pero es que su denominación ha sido así, porque los términos de las ciencias sociales que de-

(22).—Teófilo Olea y Leyva.—"LA SOCIALIZACION DEL DERECHO".—1a. edición de la Editorial "CULTURA".—Página 111.—México.—1933.

signan a menudo fenómenos que agitan a la humanidad y que se convierten en fuerzas sociales de la vida solidaria, históricamente no se han escogido, sino se han impuesto, por lo cual no se requiere la necesidad de dotar un nombre con toda propiedad al nuevo derecho.

La sociedad se desintegra cuando fuertes núcleos de individuos económicamente débiles, van quedando al margen de la vida social y, al sentirse inertes a los vínculos solidarios, se van llenando de escepticismo, lo que es causa de disolución social. Los Estados que la han sufrido se han visto obligados a reorganizarse haciendo a la sociedad algunas concesiones que han sido el embrión del Derecho social.

El Estado es una sociedad jurídicamente organizada, con un poder de mando originario, que se ejerce en un pueblo y territorio determinado, teniendo por objeto primordial la conservación y desarrollo de los valores específicos de la sociedad política, que es el contenido y la razón de la forma Estado.

Históricamente el ente que la sociedad creó con el nombre de Estado, la sojuzgó hasta hacer que la sociedad viviera para él; ya en los tiempos modernos empezó a perfilarse claramente la dualidad de derechos entre la sociedad y el Estado; aquélla se ha levantado ejerciendo derechos frente al Estado, derechos consagrados en ordenamientos legales como producto de la misma sociedad, pero avalorados por la sanción del Estado.

Se ha pensado que desde este punto de vista sociológico deriva la naturaleza propia del Derecho social, que no es público ni privado; sino una tercera naturaleza que pertenece al dominio en donde el Derecho público y el privado se entrecruzan, para entrar en una síntesis y formar una nueva rama, entre el orden jurídico público y el orden jurídico privado. (23)

(23).—George Gurvitch.—"LAS FORMAS DE LA SOCIABILIDAD".—3a. edición.—"LOSADA, S. A."—Página 120.—Buenos Aires.—1954.

El Derecho social ha surgido como una nueva rama diseminada en varios ordenamientos legales, que se han constituido por la aportación de las diversas estructuras legales que ya no caben dentro de las clásicas divisiones del Derecho, y que buscan una nueva y más apropiada clasificación de acuerdo con su índole fundamental, porque de otra manera no se justificaría la dislocación de sus cuerpos originarios.

Se dice que es una rama nueva, no porque regule situaciones enteramente desconocidas antes, ya que es cierto que muchas de sus normas y aun de sus principios vienen de épocas lejanas; sino que su nueva orientación se fundamenta en que las necesidades sociales van dando en torno de ciertas situaciones jurídicas, diferente sentido a las normas que las regulan, hasta formar un cuerpo doctrinario y legal autónomo, dotado de peculiares principios que lo configuran como algo distinto de sus fuentes originarias.

No cabe clasificar la sustantividad del Derecho social dentro del Derecho público, porque éste se ocupa desde los tiempos de la antigua Roma, de lo que concierne a la cosa pública, y nada de eso encontramos en los derechos de clases, porque no tienen que ver con la organización del Estado, ni con los servicios públicos, ni su fin es establecer fronteras jurisdiccionales del Estado frente a las personas.

Los autores que tratan del Derecho social están de acuerdo en que éste comprende las legislaciones obrera, agraria, los tratados y convenios internacionales de carácter social, etc.

No puede decirse que los citados ordenamientos correspondan al Derecho público, porque en ellos predomine un interés público, ya que por interés público se entiende lo que concierne a la organización del Estado o a la cosa pública.

El Derecho social tampoco puede clasificarse dentro del Derecho privado, en consideración de que éste regula intereses y relaciones meramente privadas y a que aquél no regula ese tipo de relaciones e intereses.

En el Derecho social los individuos son estimados en su calidad de integrantes de agrupaciones o sectores de la sociedad; en él predomina la idea de clase o de situación económico-social, puesto que no regula relaciones de obrero a obrero, sino en cuanto a sus relaciones frente al patrón o empresario, o a su situación frente al Estado, teniendo en cuenta los intereses vitales de la sociedad y, como fin, la integración de todos los sectores sociales.

“El Derecho social es: *“el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo”*.”

“El Derecho agrario integra también una de las ramas del Derecho social, porque se refiere a la equitativa distribución de las tierras y su explotación para lograr que aquélla beneficie al mayor número de campesinos, y ésta a la sociedad por el volumen de producción y el nivel de sus precios. Se refiere a todo lo que está relacionado con el agro: aguas, riego, bosques, seguros y crédito agrícola, colonización y, en general, a las cuestiones jurídicas vinculadas con los intereses de la agricultura y de la industria en ellas incluidas: ganadería, avicultura etc. . . . Es un derecho de clases, porque tiene en cuenta, principalmente, los intereses del proletariado del campo, protege a la familia campesina procurándole los medios de satisfacer necesidades materiales y culturales”.

“El Derecho del Trabajo es, en esta hora, el más explorado. Se refiere a las relaciones obrero-patronales y trata de rodear al trabajador asalariado de toda clase de garantías en el desempeño de sus actividades. Es, sin duda, el Derecho a que nos referimos, una rama del Derecho Social, porque responde a su doctrina y a sus finalidades, puesto que protege a una clase social integrada por individuos económicamente débiles, o, en

otras palabras, a éstos en cuanto miembros de esa clase”.

“El Derecho de Seguridad Social intenta poner a cubierto de la miseria a todo ser humano. Se dirige especialmente a quienes sólo cuentan con su trabajo personal como fuente de ingresos y los protege en la enfermedad, la invalidez, la desocupación y la vejez”.

“El Derecho de Asistencia Social considera los intereses y las necesidades de los incapacitados para trabajar y para procurarse atenciones médicas, de alimentación, de indumentaria, de habitación, impartiendoles la ayuda del Estado o reglamentando la de instituciones privadas”.

“... El Derecho Social Internacional está constituyéndose con los acuerdos y tratados entre diversos países sobre la protección de sus respectivos nacionales en materia de trabajo”. (24)

El Derecho Social es el resultado de una evolución en el concepto del tipo de hombre sujeto de Derecho, que actualmente el punto de partida para el legislador, es la imagen del hombre sujeto a vínculos sociales del hombre colectivo como base del Derecho social. (25)

Al analizar los cuerpos legales señalados como ejemplares de materias propias del Derecho social, se observan las siguientes características comunes, bien definidas en ellos, que demarcan los contornos sociológicos de un Derecho social:

Primero.—Que no se refieren a los individuos en general, es decir, en consideración a la categoría escuetamente personal, que otorga el orden jurídico, sino en cuanto a la categoría de sujeto integrante de una clase social bien definida.

Segundo.—Que la protección otorgada a la clase social es fundamentalmente económica, puesto que en

(24).—Lucio Mendieta y Núñez.—“EL DERECHO SOCIAL”.—1a. edición de Porrúa, S. A.—Capítulo III.—Página 73.—México.—1953.

(25).—Gustavo Radbruch.—“INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO”.—3a. edición del “Fondo de Cultura Económico”.—Página 181.—México.—1950.

la relación jurídica se satisface primordialmente necesidades materiales, o las toman en cuenta como base del progreso moral.

Tercero.—Que la amplia intervención que despliega la autoridad con especial energía, como sujeto extraño a la relación, subviene en virtud de que el interés individual es substituído por el interés del sector social a que pertenece el sujeto.

Cuarto.—Que trata de establecer un complejo sistema de instituciones, para transformar la contradicción de intereses de las clases sociales, en una colaboración pacífica en la convivencia.

George Gurvitch, en la página 154 de su obra "*La Idea del Derecho Social*", afirma que el derecho que surge en el seno de la familia, con el objeto de presidir la organización, vida y disolución de la familia, es Derecho social subordinado al orden estatal, por razón de que la seguridad y libertad individuales deben estar garantizadas contra el abuso del poder social de los grupos, en donde se manifieste de una manera particularmente intensa; tal es el caso del Derecho de Familia en el que la estrechez de los lazos solidarios permitirían la esclavitud de sus miembros, si no estuviera sometido a la tutela del Estado.

De los caracteres del Derecho social ya enumerados, aparece que sus normas indican un punto de vista diferenciador, por cuanto que el derecho individual considera al sujeto de la relación jurídica como centro autónomo, a diferencia que desde el punto de vista del Derecho social se contrapone al individuo con el grupo, y aun cuando en el Derecho de Familia existe la nota sobresaliente de que el interés individual es substituído por el interés del agregado doméstico y, por ende, subviene la intervención de la autoridad pública, desplegando una especial energía en la estructura de la relación, como sujeto extraño, no es razón suficiente para clasificar el Derecho de Familia dentro del marco del Derecho social, porque el propósito proteccionista del nuevo Derecho es de índole fundamental-

mente material, en consideración a la calidad del sujeto integrante de una clase social económicamente débil. En cambio, la protección que se confiere a la familia es indiferente a la condición de clase social, puesto que el consorcio doméstico se da tanto en el proletariado como en la burguesía, etc., y sus normas se refieren directamente a la regulación de derechos y obligaciones de estado civil sin contenido patrimonial y resulta del matrimonio, filiación e incapacidad de ciertos sujetos; pero de una manera muy secundaria se ocupa de relaciones con consecuencias de contenido económico.

Los tratadistas de nuestros tiempos consideran a la familia una institución esencialmente ética, colocada bajo el imperio del Derecho para la protección de sus finalidades; en este caso el Derecho acude en ayuda de la moral, para hacerla eficaz en sus aplicaciones prácticas, porque la familia como organización social funda sus necesidades en la naturaleza, tales como el amor, la procreación y la asistencia, que no pueden regularse exclusivamente por el Derecho, puesto que antes que lo jurídico, influyen en la familia otras fuerzas que actúan en el ambiente social, como la moral ya que de la ética proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone, y a los cuales hace constante referencia, a veces transformándolos en preceptos del Derecho de Familia puro, por lo cual se considera en ocasiones más eficaz confiar su observancia al sentimiento moral, sin que la ley constituya la única forma reguladora, como en otras relaciones de contenido patrimonial en el régimen civil.

CAPITULO SEGUNDO

EL DERECHO DE FAMILIA EN EL REGIMEN CIVIL

La ubicación del Derecho de Familia en el campo del Derecho Civil ha ocasionado reflexiones tendientes unas a justificar su situación dentro del Derecho Privado en general, y otras a establecer su autonomía.

Se planteó el problema consistente en determinar si corresponde al Derecho Civil regular bajo un mismo sistema de normas, tanto problemas de orden patrimonial que surgiesen entre particulares, como los de naturaleza familiar, aun cuando tuviesen en algunos casos consecuencias de contenido económico.

El Derecho de Familia se refiere directamente a la regulación de los vínculos no patrimoniales, que se establecen por las relaciones que resultan del matrimonio, la filiación y la tutela por incapacidad de ciertos sujetos. Esta última se presenta como una forma auxiliar o supletoria de la patria potestad, o bien como una institución autónoma respecto a los incapaces por minoría de edad, o a mayores privados de inteligencia por herencia biológica, conducta viciosa: embriaguez habitual, morfinomanía, eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes.

Algunos autores afirman que el Derecho de Familia solamente de una manera secundaria se ocupa de relaciones patrimoniales, distinguiéndose de sus regímenes patrimoniales debidamente caracterizados, el aspecto del Derecho de Familia personal, como institución propiamente familiar, dentro del Derecho patrimonial familiar, a efecto de considerar a cada una de

las instituciones propiamente dichas. Así el parentesco, independientemente de los vínculos establecidos por la consanguinidad, se relaciona también con la materia de alimentos, lo que implica evidentemente una cuestión de orden económico; de suerte que cada institución propiamente familiar tiene una base de carácter patrimonial.

En atención al Derecho de Familia y a sus características, tanto por lo que se refiere a su aspecto patrimonial, cuanto por lo que atañe a su carácter de estatuto imperativo e irrenunciable, sus instituciones fundamentales e independientes de intereses económicos, sí tiene consecuencias de carácter patrimonial; circunstancia que acredita la existencia de un Derecho Familiar patrimonial derivado, que a manera de lazo vincula materias esencialmente distintas en la doctrina, bajo el término general del Derecho Civil. Por esta razón los códigos civiles regulan el doble aspecto de estas instituciones.

En términos generales se dice que un derecho es patrimonial cuando es susceptible de valorarse en dinero de manera directa o indirecta; en cambio, se caracteriza como no patrimonial cuando no es factible dicha valoración.

Los derechos patrimoniales están en el comercio jurídico, y generalmente son enajenables, susceptibles de renuncia y de modificación por voluntad del titular. Se establecen tomando en cuenta el interés individual del pretensor; por consiguiente, impera en la mayoría de ellos la autonomía de la voluntad y pueden ser objeto de transacción, de compromiso en árbitros o de modificación por actos jurídicos, especialmente por contrato.

Los derechos subjetivos de familia sin contenido patrimonial no están en el comercio, no son susceptibles de enajenación o transmisión, generalmente el titular no puede renunciarlos, modificarlos, celebrar transacción o compromiso en árbitros respecto a ellos, ni afectarlos mediante condición, término o modalidad.

des en general; escapan de la autonomía de la voluntad del pretensor y, generalmente, se establecen por razones de interés general; es decir, compenetrados del elemento deber familiar, porque no se atribuye al particular para satisfacer su interés personal sólo, sino para subvenir a una necesidad familiar. Por ejemplo: no es al padre a quien se confiere el derecho de administrar los bienes del hijo menor, sino como jefe del consorcio doméstico, a fin de mantener en vida ese organismo, o de promover su prosperidad. Los derechos familiares de interés general son los que principalmente organizan el Derecho objetivo familiar, tanto en las relaciones conyugales, como en las que nacen del parentesco, patria potestad y tutela.

El derecho de alimentos se constituye y se ejerce tomando en cuenta un interés familiar y no el interés individual; por consiguiente, podemos decir que los derechos subjetivos de familia, patrimoniales o no patrimoniales, son de interés general, y que sólo excepcionalmente se encuentran ciertos derechos que se otorgan en atención a un interés individual, como ocurre en los siguientes casos:

En los esponsales, según nuestro Derecho, cuando uno de los pretendientes viola ese pacto sin causa justificada, el otro sólo tiene derecho a exigir indemnización por daños causados; esta facultad se reconoce exclusivamente en interés individual y, por tanto, es susceptible de renuncia o transacción.

En la sociedad conyugal, se permite que los consortes determinen las aportaciones de bienes, la división de las utilidades, la forma en que serán soportadas las pérdidas, y la administración en general de la sociedad; pero sin llegar a incurrir en el vicio de ilicitud. Dentro de este límite opera la autonomía de la voluntad, para que los consortes determinen el alcance de sus derechos, dado que estos mismos se reconocen en atención a un interés individual.

En el régimen de separación de bienes, asimismo se permite que las partes determinen libremente tal sis-

tema, es decir, la no aportación de bienes propios al matrimonio.

En las donaciones antenuptiales y entre consortes, se celebran respectivamente contratos de interés individual, presentando determinadas modalidades, toda vez que en las primeras se impone la modalidad relativa a la celebración del matrimonio, como condición para que surta efectos la donación, pues de lo contrario deben restituirse los bienes del donante. Y entre consortes, existe la característica especial de que las mismas donaciones no se confirman, sino hasta la muerte del donante, de tal manera que pueden ser revocadas por éste en cualquier momento, sin necesidad de que tenga una causa especial para ello.

La remuneración que se otorga a los tutores y curadores implica un derecho patrimonial con todas sus características fundamentales.

De lo expuesto se infiere que el nexo entre ambas materias no es por razón exclusivamente histórica, toda vez que el Derecho Civil patrimonial organiza jurídicamente el patrimonio, y regula relaciones que surgen por este motivo entre particulares, valorizables en dinero, pero sin contenido mercantil, agrario u obrero; en ellas predomina la característica consistente en tutular intereses susceptibles de estimación pecuniaria, y su objeto directo se funda en un fin individualista y, por consiguiente, la facultad se atribuye en función de la necesidad particular que debe ser satisfecha; en cambio, en las relaciones familiares existe la nota diferencial y sobresaliente de que el interés individual es substituido por el del agregado doméstico, de donde subviene la tutela jurídica del Estado, desplegando una especial energía en la estructura de la relación, en virtud de la estructura esencialmente distinta de las relaciones del Derecho de Familia, en comparación con los tipos de relación en que predominen intereses individuales; pero ello no significa una razón suficiente para ubicar al Derecho de Familia en el marco del Derecho Público, porque éste es propiamente derecho de los entes pú-

blicos, y el consorcio familiar no lo es, puesto que los intereses de la sociedad doméstica no son intereses que conciernan a la esencia de la persona pública, por lo cual no está organizada como ente público y, por ende, el Derecho de Familia no es de Derecho Público.

Si admitimos que el Derecho Público es el derecho del Estado, tiene que comprender el constitucional, que estructura propiamente sus órganos y funciones; el administrativo, que organiza la función del ejecutivo; el procesal, que tiene por objeto normar la función jurisdiccional del Estado; el penal, que reglamenta la función punitiva, y el internacional, que tiene por objeto regular las relaciones entre los Estados que integran la comunidad internacional.

Se advierte de inmediato que en el Derecho Público debe tomarse en cuenta la intervención del Estado, en las relaciones como parte directa en función de sus atribuciones encomendadas, aun cuando se refieran a las relaciones entre sus mismos órganos, o a los vínculos que se establezcan entre los diferentes Estados de la comunidad internacional; en cambio, el Derecho Privado se constituye por normas que regulan relaciones de particulares entre sí, considerándose como particular al Estado, o a sus órganos en los casos cuando concurre en la relación como sujeto desprovisto de su imperio, por razón de que participa no en función de sus atribuciones, es decir, que procede revestido por miras de un fin particular, como cuando su relación se refiere a la contratación civil, sin que por ello afecte de interés general la relación que tenga el sujeto. Lo importante es de notar que el sujeto de la relación no forme parte del Estado en función de sus atribuciones.

De conformidad con el criterio que antecede, se considera que el Derecho de familia tiene reconocido interés general, en sentido de que tiene por objeto lograr la solidaridad doméstica; de manera que cualquiera que fuere el papel que desempeñe en la organización social, siempre será una institución de interés

general, por su evidente función solidaria en el seno doméstico.

Las leyes referentes al matrimonio, divorcio, filiación, alimentos, estado civil, parentesco, patria potestad, patrimonio de familia, etc., y de una manera excepcional el parentesco por adopción, incluyendo también, por razones históricas o de tradicional sistema en el Derecho de familia, la tutela, porque en su origen se estimó vinculada a la familia, y además ofrece ciertas apariencias semejantes a las relaciones que median entre padre e hijo, como las que resultan entre el tutor y el pupilo, dando un matiz como de potestad paterna relajada, por lo cual en el Derecho moderno se presenta como una forma auxiliar o supletoria de la patria potestad o bien, como una institución autónoma respecto a los incapaces por minoridad, o a los mayores privados de inteligencia por herencia biológica o conducta viciosa.

Todos estos asuntos ocasionan relaciones que revelan un evidente interés general, por lo que el Estado tiene ingerencia como tercero, puesto que no concurre en calidad de parte directa en la relación, ya que en virtud de ser persona moral carece del atributo de estado civil; problema distinto es que intervenga constantemente mediante sus órganos meramente administrativos, proveyendo en forma asistencial tutela a menores, huérfanos o de padres desconocidos, o a mayores incapaces; pero ello es a manera de figura autónoma, no como forma supletoria o auxiliar de la patria potestad.

La actitud intervencionista del Estado no puede menos de merecer aprobación, por cuanto que se inspira en el deseo de proteger a seres desvalidos, sin que por ello se haya visto tentado a aumentar sus atribuciones en detrimento de la autoridad paterna, olvidándose que la comunidad doméstica es un agregado natural cuyos jefes son los padres.

La ingerencia estatal no significa que sea subrogada la función del consorcio doméstico por las atri-

buciones de esencia estatal; pero su presencia indirecta en las relaciones familiares se justifica por razón del interés general que tutela, mediante un sistema imperativo, en el que la autonomía de la voluntad de los particulares es inoperante, por ser insuficiente para crear libremente los derechos de familia.

Es atribución estatal la organización jurídica de la familia, en virtud de los intereses de trascendencia general que prevalecen en su seno; pero sólo a efecto de dar a los actos y hechos jurídicos familiares básicos la autenticidad debida, por considerar que la solidaridad política depende en gran medida de la solidaridad familiar, de tal manera que peligraría la existencia misma del Estado si la sociedad doméstica estuviera organizada de manera deficiente; criterio que ha contribuido a que algunos autores consideren que el régimen jurídico de la familia tenga caracteres tanto de Derecho Público como de Derecho Privado, por armonizar intereses individuales y generales que concurren en el grupo familiar. Y no ha faltado quien haya sugerido que debiera asignarse al Derecho de Familia un lugar independiente en la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, es decir, que la bipartición podría ser substituída por una tripartición, que correspondiera a las características peculiares que socialmente asume el agregado familiar frente a la sociedad política. (25)

Para definir la naturaleza jurídica del Derecho de Familia con los caracteres de la norma de Derecho Público, no basta con pretender excluir del conjunto general que comprende el Derecho Civil, las materias que sean de interés general, ubicándolas dentro del marco del Derecho Público, y reservar las de interés particular al Derecho Civil, porque entonces quedaría éste integrado por un *mínimum* de normas, y la ma-

(25).—Antonio Cicu.—“EL DERECHO DE FAMILIA”.—2a. Edición.—“Losada”.—Traducción de Santiago Sentis Melendo.—De la página 218 a la 291.—Buenos Aires.—1947.

yoría de sus preceptos pasarían a integrar el Derecho Público. (26)

Tampoco el asunto se resolvería con negar la existencia de la rama del Derecho Privado, porque sería históricamente falso, aunque sea reconocido por un sinnúmero de juristas en nuestros días, la imposibilidad de establecer un criterio material de distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, lo cual puede verificarse con el hecho de que hay más de un centenar de definiciones diferentes sobre ambas ramas, sin que alguna de ellas haya podido adquirir una aceptación mas o menos general. (27)

Se dice que la causa de la confusión sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, en cuanto a su ubicación en alguna de las dos grandes ramas del Derecho, es consecuencia de la promiscuidad que se hace entre normas de interés público y normas de Derecho Público. Evidentemente que todas las normas de Derecho Público son de interés público; pero no todas las normas de Derecho Privado se refieren a intereses exclusivamente individuales, puesto que en el Derecho Privado existen normas de interés individual y de interés general; no solamente ello se observa en el Derecho de Familia, sino también en el Derecho Civil, Mercantil, etc., los cuales tienen un evidente interés público, que ningún jurista ha negado; todos están de acuerdo en calificar estos sistemas del ordenamiento jurídico dentro del Derecho Privado, de ahí la intervención constante del Estado y el carácter imperativo o prohibitivo de las normas, sin que pueda sostenerse que se trate de instituciones o sistemas normativos de Derecho Público.

“Se entiende por Derecho de Familia, el conjunto de normas jurídicas, de orden personal y patrimonial,

(26).—León Duguit.—“MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL”.—2a. Edición.—“Librería Española”.—Traducción de José G. Acuña.—Página 11.—Madrid.—1926.

(27).—Eduardo García Maynez.—“INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO”.—9a. Edición.—“Porrua, S. A.”.—Capítulo X.—Página 135.—México.—1960.

cuyo objeto exclusivo es presidir la organización, vida y disolución de la familia". (28)

El concepto de familia en sentido amplio comprende a todos los descendientes de un antepasado común, aunque sin descender los unos de los otros, es decir, abarcando a los parientes en línea recta y colateral, hasta el grado de parentesco que por razones del interés que se tutela, al Derecho vigente corresponde precisar. Por ejemplo, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1884 tutelaba el parentesco colateral hasta el octavo grado; pero el Código Civil de 1928 solamente lo hace con los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

En sentido estricto, la familia comprende en realidad solamente a los padres e hijos en tanto éstos no constituyan otro hogar. De acuerdo con este criterio se concluye que en el Derecho moderno la familia se determina principalmente por la filiación y el matrimonio, comprendiéndose de una manera excepcional el parentesco por adopción, toda vez que el adoptado adquiere el estado civil o la situación de hijo, ya que por virtud de esta ficción se transpone la patria potestad en el adoptante, creándose derechos y obligaciones que en el parentesco consanguíneo existe entre padre e hijo.

En el Derecho de Familia es esencial la calidad de pariente, por la diversidad de consecuencias jurídicas que se presentan, tanto en el parentesco consanguíneo que es el principal, como en el parentesco civil que produce la adopción; también secundariamente el parentesco por afinidad, que se crea entre el marido y los parientes de su esposa, y entre los de ésta con aquél por virtud del matrimonio.

El parentesco por consanguinidad se extiende no sólo a la familia legítima, sino también a la natural; en

(28).—Julien Bonbecuse.—“LA FILOSOFIA DEL CODIGO DE NAPOLEON APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA”.—1a. edición de la Biblioteca Jurídico Sociológica.—Traducción de José M. Cajica.—Volumen II.—Página 33.—Puebla.—1945.

el primer caso, el parentesco depende del matrimonio y de la determinación de los vínculos que se establecen entre ascendientes y descendiente, así como de los nexos que se determinan entre todos aquellos que sin descender los unos de los otros, reconocen un tronco común, para continuar atribuyéndose la calidad de ascendiente, descendiente, colateral ya sea en línea desigual o igual, en condición de legitimidad.

El artículo 155 del Código Civil Mexicano de 1884 decía expresamente: "*El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie ayudándose a llevar el peso de la vida*".

Posteriormente, La Ley sobre Relaciones Familiares, de 9 de abril de 1917, en su artículo 13, estableció la disolubilidad del matrimonio mediante el divorcio vincular. El Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales no contiene una definición del matrimonio; pero en sus artículos 156 y 178 se reconoce expresamente el carácter contractual del matrimonio, que es indiscutible por el texto del artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917.

En el Derecho mexicano se sustentó, a partir de la citada Ley sobre Relaciones Familiares, el criterio de que la familia se funda en el parentesco por consanguinidad y, muy especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Por lo tanto el matrimonio dejó de ser el supuesto jurídico necesario para regular relaciones de paternidad, maternidad y patria potestad, ya que el artículo 197 de dicho ordenamiento permitió el reconocimiento forzoso de paternidad cuando hubiere posesión de estado, siempre que la persona cuya paternidad o maternidad se reclame no esté ligada por vínculos conyugales al tiempo en que se pida el reconocimiento, salvo el caso en que el padre y la madre se hayan casado y el hijo quisiera que lo reconozcan para quedar legitimado.

El artículo 198 del mismo ordenamiento decía que

la posesión de estado se prueba invocando y acreditando todos los derechos que la constituyen, y limitándola a un principio de prueba por escrito; pero no precisa cuáles son estos hechos, por lo que habría de remitirse a la doctrina.

Se permitió la investigación de la paternidad después de la muerte de los padres, aunque el desceso de éstos hubiese ocurrido durante la mayor edad de los hijos; si no pudieron haber hecho la investigación de paternidad por estar casados los padres, se concedía a los hijos un término de cuatro años posteriores a la muerte de los padres, (Art. 214 de la Ley sobre Relaciones Familiares).

La amplitud de miras que inspiró la supresión de la antigua clasificación de hijos adulterinos e incetuosos, representa un adelanto manifiesto en el Derecho civil mexicano.

CAPITULO TERCERO

LA FILIACION COMO RAMA DEL DERECHO DE FAMILIA

SECCION PRIMERA

CONCEPTO DE FILIACION Y CLASIFICACION DE ESTA

En principio, el hecho natural de la generación fue el supuesto condicionante de la filiación como hecho jurídico. Su amplio significado de vínculo biológico que a ciertas personas une con sus ancestros, por remoto que éstos fuesen, ha sido reducido por la doctrina jurídica delimitando el término a un concepto meramente técnico, en consideración a que la relación se repite idénticamente en todas las generaciones; de manera que en nuestros días la palabra filiación en Derecho significa la vinculación jurídica inmediata entre la prole y sus padres; relación que puede existir simultánea o separadamente entre los progenitores con los hijos, sin extenderse a los demás ascendientes o descendientes. (29)

El fenómeno de la generación registra una relación de ascendencia y descendencia, que contemplada desde el punto de vista de los ascendientes inmediatos, denoménase paternidad o maternidad, y desde el extremo opuesto, o sea el que corresponde a los descendientes inmediatos se denomina filiación.

(29).—Luis Fernández Clérico.—“EL DERECHO EN LA LEGISLACION COMPARADA”.—1a. edición de “UTEHA”.—Segunda Parte.—Página 179.—México.—1947.

La filiación se diferencia del estado, en que aquélla significa la especial posición que el individuo ocupa en calidad de hijo; en tanto que el estado es la situación jurídica de contenido variable, que se guarda en relación ya con la sociedad política, o ya con la comunidad doméstica, de donde se infiere que el estado o situación jurídica es inherente a la persona en general; en cambio, la filiación es una posición concreta que guarda la persona física en relación con el seno doméstico.

Ambos conceptos tienen dos características comunes que son:

Primera.— Presentar un aspecto meramente social, por cuanto que individualizan al sujeto ubicándolo en relación con la sociedad política, con la calidad de nacional o extranjero; en lo que concierne a la comunidad doméstica, nuestro sistema civil solamente reglamenta el estado de familia, en distintas condiciones de contenido y diversas denominaciones, a saber: estado civil de soltero, casado, divorciado o viudo, etc.

Segunda.— Todas las cuestiones que a ella se refieren no son objeto de transacción, dada su trascendencia social, por lo cual se ha hecho de necesidad indudable que tanto el estado civil como la filiación, sean reguladas con normas inmodificables por la autonomía de la voluntad de los particulares. (Art. 6/o, C. C. D. T. F. vigente).

La filiación como hecho jurídico deviene del trato sexual, que puede darse dentro de matrimonio o fuera de éste: el signo del embarazo y el hecho material del parto ofrecen la prueba directa de la maternidad, hecho que sólo requiere la indagación práctica para determinar la identidad del pretendido hijo, lo que resulta bien fácil a consecuencia de lo anterior. De suerte que la filiación materna se evidencia con el hecho material del alumbramiento, mientras que la paternidad, no es posible acreditarla en forma directa, sino resulta a consecuencia inferida de indicios más o menos significativos, a lo que el interés social impone fe,

para establecerla en razón de presunciones, por cuanto que en el matrimonio las partes en sus relaciones crean conforme a Derecho un estado de vida, en que existe comunidad física y espiritual, permitiendo dichos nexos formas de conducta que afectan la vida íntima de los consortes, para exigirse recíprocamente las prestaciones más personalísimas que el Derecho reconoce, formas que por su propio interés revisten el carácter de funciones sociales, a virtud del cual en su estructura presentan el doble aspecto de ser a la vez derecho y obligación; es así como se tiene entre los esposos la facultad y a la vez deber de prestarse auxilio mutuo, asistencia en caso de enfermedad y el débito carnal; pero el alcance de los derechos conyugales no sólo ha de relevarse en el aspecto material, sino también en el orden espiritual, por la propia naturaleza moral de la institución, que implica respectivamente entre las partes el deber de hacer vida en común, asimismo el de fidelidad, (Art. 267 C. C. D. T. F. vigente).

El parentesco que se constituye entre el hijo de la mujer casada y su esposo, resulta de presunciones legales fundadas en el principio establecido de que dicho hijo es del marido, aunque éste, si le interesa dirimir la autenticidad de la filiación, puede en su caso destruir esas presunciones, demostrando la absoluta imposibilidad física o biológica de la procreación.

Al Derecho corresponde establecer del hecho de la procreación la maternidad, paternidad y filiación, a fin de reconocer efectos jurídicos en cuanto hubiere lugar que el producto al desprenderse enteramente del claustro materno, viva veinticuatro horas o sea presentado vivo ante el oficial del Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca podrá entablarse demanda sobre paternidad. (Art. 337 C. C. D. T. F. vigente).

La capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento que un individuo es concebido, cae bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido, para

los efectos declarados en nuestro sistema civil; esta forma mínima de capacidad de goce otorgado al embrión humano, le permite tener derechos patrimoniales, dada la posibilidad de heredar existe base para que puedan operar diversas consecuencias en la medida estrictamente necesaria para proteger sus derechos patrimoniales. De lo anterior se desprende que el Derecho atribuye la capacidad de goce antes de la existencia orgánica independiente del ser humano, porque desde la primera fase de su gestación, el embrión humano adquiere un mínimum de capacidad de goce, quedando sus facultades jurídicas dependiendo de un acontecimiento futuro e incierto, (Art. 22 C. C. D. T. F. vigente).

Por circunstancias de su propia naturaleza y en las fases de su formación al ser concebido, está impedido de que se le otorguen derechos extrapatrimoniales, como son los derechos de estado civil derivados del parentesco, muy especialmente los que se confieren en su calidad de hijo nacido de matrimonio o natural. Puede existir también un reconocimiento sujeto a condición suspensiva, pero por eso mismo no es ejercitable; en cambio, los derechos patrimoniales del feto sí pueden hacerse valer desde luego, por tal motivo el embrión humano desde sus fases de gestación, representa la manifestación mínima de capacidad de goce, elemento substancial e imprescindible de la personalidad jurídica.

En materia de sucesiones se da capacidad para heredar al ser que es concebido en condición de que nazca vivo y viable; al conferirse tal capacidad, implícitamente se ha otorgado personalidad jurídica al embrión humano para ciertas consecuencias de derecho; la personalidad jurídica que la ley confiere al ser que es concebido, se confirma sin objeción con la teoría de la representación, puesto que a la madre, en caso de muerte del padre, le corresponde representar al ser que ha concebido aun cuando no haya nacido, cuando ella esté en pleno uso de sus facultades. Dedúcese de ahí la

representación en la existencia del representado, con base en que el heredero sea persona en el momento de la muerte del autor de la herencia, (Art. 1314 del Código Civil del D. y T. F. vigente).

Establecer la filiación es señalar un vínculo de parentesco por consanguinidad, el cual puede darse tanto en la familia legítima como en la natural, ya sea que se tome como supuesto el matrimonio o simplemente la unión de hecho sin formalización legal, a la que se reconocen ciertos efectos jurídicos, para cumplir alguno de los fines atribuidos al matrimonio.

En los casos en que no haya procreación, también existirá la posibilidad jurídica de configurar la filiación civil, mediante una ficción, aun prescindiendo de ese hecho natural por parte del adoptante, y no obstante ello se crea una relación semejante a la del padre con su hijo; pero con caracteres propios porque solamente vincula legalmente a las partes por el acto jurídico de la adopción, que para ciertos efectos casi se equipara a la filiación legítima, (Art. 402 del Cod. C. del D. y T. F. vigente).

En ocasiones por virtud del matrimonio y el reconocimiento se finge legalmente que el nacimiento ha ocurrido después de la celebración del acto matrimonial, retrotrayéndose la concepción a una fecha anterior más o menos aproximada a ciento ochenta días, en razón de que los efectos de la legitimación deben producirse desde la fecha del nacimiento del hijo natural, (Art. 354 del C. C. D. y T. F. vigente).

De los cuatro distintos casos antes referidos, se origina la siguiente clasificación:

Primera.—Filiación de hijos de matrimonio.

Segunda.—Filiación legítimada.

Tercera.—Filiación civil; y

Cuarta.— Filiación natural.

SECCION SEGUNDA

ENCUADRAMIENTO DE LA FILIACION EN EL DERECHO DE FAMILIA

Claramente se ve, por lo expuesto en la sección anterior del presente capítulo, que la filiación encuentra su perfecto encuadernamiento dentro del sistema del Derecho de Familia, cuya naturaleza explicamos ya en el capítulo segundo de este título y por cuya razón sale sobrando que insistamos en explicar la naturaleza jurídica de la institución a estudio, pues deberá tenerse entendido que todo lo que sobre el particular se ha expuesto con relación a tal Derecho Familiar, debe tenerse por dicho acerca a la filiación, ya que entre aquél y ésta hay una innegable relación de género a especie, y es bien conocido el razonamiento lógico de que lo que se dice del todo se dice de cada una de sus partes.

TITULO CUARTO

LA FILIACION EN NUESTRO DERECHO HECHA EXCEPCION DE LA NATURAL

CAPITULO PRIMERO

LA FILIACION DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO

Los tratadistas opinan unánimemente que para disfrutar del título de hijo nacido de matrimonio, ha de procederse de relaciones sexuales de personas casadas entre sí; en tal virtud, para acreditar dicho estado se requiere comprobar que se ha nacido de mujer casada, que el engendramiento es obra del propio marido de la madre, por lo cual se establece la presunción de que el hijo que nace de matrimonio, tiene como padre al marido de la madre, por suponerse que proviene de relaciones sexuales de la madre con su marido, siempre y cuando estuviesen casados en el momento de la concepción o del nacimiento. (30)

El título de estado de hijo nacido de matrimonio se constituye por los siguientes elementos:

Primero.—Acta de matrimonio de los padres y de nacimiento del hijo.

Segundo.—Maternidad de la esposa y paternidad del propio marido.

Tercero.—Fijación aproximada de la época de la concepción mediante el hecho material del parto.

(30).—Manuel Mateos Alarcón.—“ESTUDIOS SOBRE EL CODICO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL”.—1a. edición de Valdez y Cuevas.—Tomo Primero.—Páginas de la 155 a la 249.—México.—1885.

Cuarto.—Identidad del pretendido hijo.

En nuestro sistema civil, se configura la existencia jurídica del matrimonio, cuando éste se haya celebrado ante el oficial del Registro Civil, toda vez que los actos jurídicos atendiendo a los requisitos que la ley señala se dividen en reales, consensuales, formales y solemnes. El matrimonio es un contrato solemne, por ser acto del Registro Civil.

Tanto la doctrina como la legislación reputa de inexistente el matrimonio que en su celebración no se observe alguno de sus elementos orgánicos, que son: consentimiento, objeto y solemnidad. El último elemento constitutivo reviste naturaleza formal; pero la técnica jurídica lo ha elevado al rango de esencial, o forma substancial para constituir la solemnidad del acto, elemento que se requiere para que pueda tener vida jurídica.

La existencia jurídica del matrimonio no sólo requiere que se cumplan las formalidades imperativamente señaladas por la ley, sino que sea otorgada ante el funcionario público que la ley indica, y en la clase de libro que la propia ley dispone; si no se otorgara ante el funcionario indicado, o si se otorgara ante él, pero no en el libro establecido, habría la posibilidad de inexistencia del acto solemne.

La prevalencia que se da a las partidas del Registro Civil, en relación con cualquier otro documento, para acreditar el estado de familia, implica que ellas no son los únicos medios; sino hay excepciones para acreditarlo por otros medios substitutivos que operan en juicio.

En principio, el estado civil solamente se acredita con las constancias del Registro, salvo los siguientes casos:

Que no hayan existido registros; se hayan perdido; estuvieren ilegibles; faltaren hojas en que pueda suponerse se encontraban las actas, y 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 ordinarios que la ley señala; pero la testimonial no será admitida si no hubiere un principio de prueba por escrito, o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión, y que si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y exista duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirse de otra clase. (Arts. 40 y 341 del Cód. C. D. T. F., vigente).

Además de las excepciones señaladas, existen otros medios de prueba para acreditar auténticamente el estado de hijo reconocido, o el carácter de hijo adoptivo, y son: el testamento; la escritura pública o la contesión judicial en que se reconozca al hijo; en la adopción es bastante y suficiente la resolución judicial definitiva que la autorice. En estos casos la falta de registro de los actos respectivos no afecta ni quita efectos legales a éstos. (Arts. 81 y 369 del C. C. D. T. F. vigente).

Los asientos del Registro Civil funcionan bajo un sistema de publicidad que permite a la sociedad política el control de los actos más trascendentes en la vida de las personas físicas; su importancia social se comprueba con la ingerencia del Ministerio Público; sin embargo, a pesar de que las normas que regulan el estado civil de las personas son de interés público, la violación de aquéllas no siempre origina la nulidad del acto, puesto que el artículo 47 del Código Civil de 1928 hace la distinción entre los vicios o defectos substanciales del acta y los secundarios que no motivan su inexistencia o nulidad. De manera que es de considerarse inexistente el acta que no se inscriba en los libros correspondientes de la institución registral, ya que se trata de un acto solemne para el que la inobservancia de la forma substancial no se sanciona con nulidad, sino con inexistencia, toda vez que el artículo 2,228 del mismo ordenamiento establece que la falta de forma, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera

de los autores, produce nulidad relativa del mismo. Por otra parte, en nuestro sistema civil tampoco es posible considerar que el acto se encuentre afectado de nulidad absoluta, toda vez que ésta solamente se prescribe en ocasiones para la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, por lo que es jurídico concluir que el atestado que conste en libro distinto del Registro Civil, no tendrá eficacia como testimonio del estado familiar; aunque ello no le impide que constituya un principio de prueba por escrito. (Art. 2,225 C. C. D. T. F. vigente).

La fecha aproximada de la concepción constituye presunción fundada en la fecha del alumbramiento, como consecuencia experimentada en la infinita variedad de casos; de manera que se presumen hijos de los cónyuges: los nacidos después de los 180 días contados desde la celebración del matrimonio, y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial; contra esta presunción no se puede alegar otro medio de prueba más que los establecidos taxativamente en la ley, a saber: que haya sido físicamente imposible al marido haber tenido acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento; o que el nacimiento se le haya ocultado.

La mujer, el hijo o el tutor de éste puede sostener que el marido es el padre del nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, en los siguientes casos:

Primero.—Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa, para ésto se requiere un principio de prueba por escrito.

Segundo.—Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar.

Tercero.—Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; y

Cuarto.—Si el hijo nació capaz de vivir. (Art. 328 C. C. D. T. F. vigente).

Cuando se trate de viudas, divorciadas, o de quienes su matrimonio fuera nulo, que contrajeran nuevas nupcias dentro del lapso de 300 días de prohibición, la filiación del hijo que naciera después de celebrado el nuevo matrimonio, se establece conforme a las reglas siguientes:

a).—Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio, y antes de los 180 días de la celebración del segundo; y

b).—Se presume que el hijo es del segundo matrimonio si nace después de los 180 días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primero.

Los elementos que establecen la identidad del pretendido hijo, se desprende de la partida de nacimiento, y son: las huellas digitales, sexo, edad y nombre de quien deberá probar que el atestado de que se trata es su propia acta de nacimiento, por medio de la testimonial de quienes les conste que es él precisamente la persona que provino del parto consignado.

Al reglamentarse la situación jurídica de los hijos nacidos de matrimonio, a falta de los medios ordinarios que la ley señala para acreditar su filiación, se alude a la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio, y en defecto de ésta son admisibles para demostrar la filiación, todos los medios de prueba que la ley autoriza; excepción hecha de la testimonial, para la que se exige la circunstancia de un principio de prueba por escrito, o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante idóneos para que puedan ser admitidos como medios probatorios.

La posesión de estado consiste en ostentarse inin-

terrumpidamente ante todo mundo, con el goce de un estado doméstico y de todas sus ventajas inherentes, así como los deberes correlativos que resultan de una serie de hechos, que en su totalidad demuestran relación con la familia a que se pretende pertenecer; esta situación concreta dentro del seno familiar puede existir calificada con todas las características de legalidad; pero pudiera darse como una situación de mero hecho, en que se atribuya a su titular un comportamiento semejante al de estado civil legal, capaz de producir consecuencias propias del estado familiar del cual se tenga solamente la posesión.

La posesión es la consagración que el Derecho hace de una situación de hecho, y no se necesita averiguar desde el punto de vista puramente individualista, lo que quiere y piensa el beneficiario de esta situación de hecho, sino cómo afecta a la colectividad a la cual él pertenece como miembro. La circunstancia de que el poseedor reconozca o no en otro el derecho de propiedad de lo poseído, producirá diferentes afectos sobre todo en lo relativo a la prescripción.

La posesión es una situación de hecho que revela un poder físico del hombre sobre la cosa; basta para adquirirla con que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa, en provecho de quien la tiene sin detrimento de la colectividad; situación de hecho que es susceptible de producir consecuencias jurídicas. Este concepto se trasplanta por analogía a un estado jurídico extrapatrimonial, por cuanto que el estado civil de hijo es susceptible de posesión, como situación de hecho en la que el poseedor se ostenta pacífica, continua, privada y públicamente con todas las prerrogativas del titular legítimo en cierto estado civil.

El concepto de posesión en la esfera extrapatrimonial sufre restricciones, ya que el derecho a ciertos estados familiares no se adquiere en virtud del transcurso del tiempo, porque si así fuera, permitiría a los particulares crearse artificialmente el estado civil de cónyuges, para convertir el concubinato en matrimonio;

actitud contraria al legislador de 1928, por cuanto que su intención es que solamente sea unión conyugal la que deba autorizarse por el oficial del Registro Civil, en atención a los principios básicos del Derecho de familia.

Los elementos de la posesión de estado de hijo nacido de matrimonio se ofrecen en el caso de que un individuo haya sido reconocido como tal, por la familia del marido y en la sociedad; quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I.—Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste;

II.—Que el padre lo haya tratado como hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y

III.—Que el presunto padre tenga por lo menos la edad de 16 años más la del hijo que va ser reconocido. (Art. 343 C. C. D. T. F. vigente).

En defecto, la posesión de estado, a fin de acreditar la filiación de hijo nacido de matrimonio, coadyuva a que sea admitida la testimonial condicionada a un principio de prueba por escrito, que puede ser los registros familiares, los papeles domésticos de los padres, los documentos públicos y los privados que provengan de personas que pudieran tener un interés opuesto al del hijo. Estos últimos documentos constituyen una prueba documental de particular alcance, porque según los principios rectores acerca de este tipo de elementos de convicción, solamente es oponible a la persona que lo haya expedido o firmado; sin embargo, en materia de estado civil, es oponible a cualquier adversario sin que haya emanado de él, en consideración de no ser racionalmente exigible a los hijos que se provean de una prueba contra cada contendiente, para acreditar algún día su filiación.

Las presunciones resultantes de hechos ciertos tienen eficacia, para apoyar a la testimonial cuando se re-

lacionen causalmente señalando otro; por ejemplo, las circunstancias en que un niño recién nacido fuere expuesto, quien lo encontrare deberá presentarlo al Oficial Registrador, con los vestidos, papeles o cualquier otro objeto encontrado con él, y declarará el día, hora y lugar donde lo hubiere hallado, así como las demás circunstancias que en el caso hayan concurrido.

También opera como presunción para determinar que se admita la testimonial, la que del hecho se deriva de que una mujer tenga rasgos fisonómicos semejantes a los de un menor a quien haya cuidado en su lactancia, proveído a su educación y asistencia; que lo haya presentado publicamente como hijo suyo y que haya permitido que lleve su nombre. Estos hechos señalan la posibilidad de que ella sea su progenitora; pero a pesar de lo expuesto, los medios de prueba indiciarios por su naturaleza variada no son idóneos, y sí suficientes para extinguir íntegramente las dudas y producir prueba plena de lo que se busca, por lo cual constituyen solamente un principio de prueba que administrada a la testimonial hace verosímil la filiación sin demostrarla rotundamente.

Quien se encontrare disfrutando de la posesión de estado de hijo nacido de matrimonio, y fuere perturbado en el ejercicio de sus derechos inherentes, sin que preceda sentencia por la cual la haya perdido, podrá valerse de las acciones que establece la ley para que se le restituya; pero para probarla se requiere la articulación de sus elementos: nombre, trato y fama. La posesión constituye una confesión tácita y constante de la filiación, y a su vez resulta la más valiosa por su seguridad y efectos, ya que por la fama se demuestra que la posesión de estado del hijo no se la ha dado a sí mismo por un medio artificial, sino ha sido obra de sus padres.

Se hace evidente la necesidad de probar el matrimonio de los padres, o en su defecto la posesión de estado de esposos entre ellos; y es también imprescindible

el dato sobre la edad del pretendido padre, por la posibilidad de excluir la presunción del caso.

De manera que una vez comprobados los elementos constitutivos de la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio, es decir, al faltar pruebas contrarias a los hechos citados, corresponde al juzgador, en uso de su arbitrario formarse la convicción sobre la existencia de la relación familiar.

CAPITULO SEGUNDO

LA FILIACION LEGITIMADA

La legitimación se ha considerado un medio para rehabilitar el estado civil; su fundamento se encuentra en el fin de unificar las condiciones jurídicas de los hijos. Generalmente es admitida la tesis que ella consiste en una ficción por virtud de la cual se considera que el hijo ha nacido de matrimonio, habiendo éste procedido fuera de aquél. Esta teoría es compatible con la ideología del sistema civil mexicano, porque en ella se finge que el nacimiento ha tenido lugar después de la celebración del matrimonio, retro trayéndose la concepción a una fecha más o menos aproximada a 180 días anteriores a la celebración del mismo, puesto que sus efectos se reproducen desde la fecha del nacimiento acontecido fuera de matrimonio; ello se deduce de los casos de hijos nacidos antes de los 180 días contados a partir de la fecha de la celebración del matrimonio, situación que generó en Derecho la clasificación tradicional de ilegitimidad del hijo, que por cierto ha sido ya borrada del Código vigente en el Distrito y Territorios Federales, sin dejar de reconocerse que es altamente satisfactorio desde el punto de vista de una moral estricta.

Como en toda ficción es de suponer la existencia de términos hábiles, en que los padres puedan estar en aptitud legal para contraer matrimonio en tiempo circunscripto por la ley, a efecto de suponer la fecha adecuada de la concepción, pues de otra manera, en opinión de diversos autores la figura no se fundaría en una ficción, sino en una concesión.

El propósito de regularizar las relaciones extramatrimoniales es de interés público, por tanto, la legiti-

mación opera por virtud del matrimonio y el reconocimiento; ello se confirma en la historia de la institución, puesto que se ve su raíz en el subsiguiente matrimonio.

La utilidad de la institución se justifica con el hecho de haber sido admitida por todos los sistemas legales, por cuanto que por ella la sociedad logra un medio de obtener la reparación del mal que se ha causado a las buenas costumbres.

La legitimación es una institución de Derecho civil, que regula el cambio de situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio, en virtud de la celebración posterior de éste por quienes lo engendraron; el concepto enunciado se encuentra comprendido en el artículo 354 del Código Civil de 1928. En tal virtud, resulta la filiación legitimada por razón de que los hijos **originariamente** naturales pasan a ser considerados como nacidos de matrimonio, debido al subsiguiente matrimonio de sus padres.

En nuestro sistema civil, para que el hijo goce del derecho de ser tenido como hijo de matrimonio, habiendo en realidad procedido de relaciones extramatrimoniales, sus padres deben reconocerle expresamente, ya sea antes de la celebración del matrimonio, en el acto de éste, o bien durante el mismo. Es necesario en todos los casos citados el reconocimiento por ambos padres, conjunta o separadamente.

La legitimación tiene tres elementos como supuestos básicos, que son:

Primero.—El hecho natural del nacimiento.

Segundo.—El acto jurídico del reconocimiento.

Tercero.—El subsiguiente matrimonio de sus padres entre sí.

En virtud de estos tres elementos, quienes hayan procreado hijos fuera de matrimonio, y declaren conjunta o separadamente que los reconocen como suyos, están consituyendo con ello la filiación legitimada en beneficio de dichos hijos.

A fin de evitar actividades superfluas que no se

justifican, cuando haya sido creada una situación, por razón de que el hijo ya estuviera reconocido por el padre antes de la celebración del matrimonio, si en el acta de nacimiento consta el nombre de la madre, entonces no se requiere el reconocimiento expreso de ella, para que surta efectos el beneficio de la filiación legitimada.

Gozan también del beneficio de legitimación los hijos fallecidos al celebrarse el matrimonio de sus padres, si aquéllos dejaron descendencia; y los hijos todavía no nacidos si el padre al casarse declara que reconoce como suyo el hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si ésta lo estuviere. (Art. 359 C. C. D. T. F. vigente).

La legitimación toma tanto en cuenta la concepción como el nacimiento, puesto que puede legitimarse al hijo que todavía no nace como al ya nacido, y al que hubiere fallecido con anterioridad a la celebración del matrimonio de sus padres.

Algunas legislaciones no admiten la posibilidad jurídica de que la institución comprenda a los hijos reconocidos con fecha posterior a la del matrimonio, porque ello induciría a la sospecha de que no se trata de hijos naturales, sino de personas a quienes se quiere atribuir artificialmente la legitimidad; siendo el caso aludido en nuestro sistema de remoto peligro, puesto que puede ser inducido el contradictor legal a verificar una comprobación posterior mediante la investigación de la paternidad.

Los efectos legales de la legitimación se producen retroactivamente desde el día en que se celebró el matrimonio de los padres, aun cuando el reconocimiento fuere posterior; los hijos adquieren todos sus derechos de legitimados, por virtud del matrimonio subsiguiente y en el reconocimiento, sin hallarse los efectos retroactivos en el principio de respeto a los derechos adquiridos porque tal principio únicamente rige para tutelar derechos privados, y los derechos de estado civil se regulan por normas de interés público.

CAPITULO TERCERO

LA FILIACION CIVIL

A fin de perpetuar el culto doméstico y asegurar descendencia a quienes no tuvieran o los hubiesen perdido, la religión en la antigüedad concedía la facultad de incorporar a un extraño al seno familiar; ese acto se consideró una imitación a la naturaleza, para trasponer la patria potestad en el adoptante prescindiéndose de la procreación. (31)

La paternidad o maternidad frustrada halló un consuelo y satisfacción de sentimientos que merecen comprensión, tanto más cuanto que encontrasen protección adecuada en el seno de familias honestas.

El acto de la adopción cambió tanto en la estructura de su primitiva organización, como en los fines de su destino originario; en la actualidad dadas las modificaciones introducidas en la vida moderna de la familia, los fines que cumple esta institución son distintos a los que históricamente había tenido.

La adopción justifica su existencia principalmente, porque su misión protectora en beneficio de menores devalidos, se funda en verdaderos sentimientos de generosidad y desinterés, que en lo posible identifican moralmente al adoptado con su benefactor; de ahí se observa fácilmente que sus fines no se delimitan exclusivamente al auxilio material, por cuanto que ella implica un amparo no solamente patrimonial para la infancia desvalida económicamente, sino también es susceptible de satisfacer aspiraciones espirituales dignas de respeto, como son las de ofrecer un nombre, un ho-

(31).—Agustín Verdugo.—"PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO".—Editor Alejandro Marcué.—Tomo II.—Página 72.—México.—1886.

gar y un patrimonio a quienes carezcan de ellos, o no se hallen desahogadamente en el seno de su familia consanguínea, por lo cual se estima la conveniencia de que la adopción merezca ser conservada en las legislaciones modernas.

En el Derecho civil mexicano se instituyó la adopción ya despojada del carácter fundamentalmente sucesorio que tradicionalmente se le había atribuido, y fue una solución eficaz para el grave problema de la infancia abandonada; en ella se marca el predominio de un sentimiento caritativo en interés del adoptado, y se considera injusto prescindir de ella en relación con los mayores incapacitados.

En lo preceptuado por los artículos del 390 al 410 del Código Civil de 1928, se precisa sobre materia de adopción una realidad legal que no permite atribuirle la naturaleza de acto contractual; de dichos preceptos se deduce su concepto en los siguientes términos:

Es un acto plurilateral mixto, mediante el cual se establece la paternidad adoptiva y la filiación civil, para derivar derechos y obligaciones análogas a los que resultan de la paternidad y filiación legítima entre padre e hijo, sin extinguir los derechos y obligaciones que nacen del parentesco consanguíneo, excepción hecha de la patria potestad la cual se transfiere en favor del adoptante, constituyéndose así el parentesco civil.

La adopción se promueve por actos denominados de jurisdicción voluntaria; pero su impugnación o revocación requiere la jurisdicción contenciosa. Causando ejecutoria la resolución judicial, la adopción queda consumada; el juez del conocimiento remitirá copias de las diligencias respectivas al oficial del Registro Civil del lugar, a fin de que hagan los asientos en el libro correspondiente.

Para que la adopción pueda llevarse a efecto se requiere, la articulación simultánea de los supuestos que a continuación se enumeran, de manera de que la falta de cualquiera uno de ellos constituye un obstáculo insuperable para llevarse a cabo.

Primero.—La persona que pretende adoptar deberá ser mayor de 30 años y tener por lo menos 17 años más de edad que la persona que se trata de adoptar.

El supuesto de madurez física y moral es circunstancia necesaria, para presumir la posibilidad de defensa y dirección de los intereses del menor o del mayor incapacitado; ahora en cuanto a la diferencia de edad entre ambos, se justifica como consecuencia de la hipótesis de paternidad que se atribuye tradicionalmente a la adopción.

Segundo.—Que el adoptante esté en pleno ejercicio de sus derechos. Estos requisitos son necesarios dado el carácter tutelar que prevalece en favor de éste.

Tercero.—Que el adoptante tenga medios suficientes para proveer a la subsistencia, educación y cuidado del menor o del incapacitado, como si fuera hijo propio, según las circunstancias de la persona que se pretende adoptar; este requisito se estima racional porque sin él, la finalidad caritativa y de protección en favor del adoptado quedaría prácticamente frustrada.

Cuarto.—Que el adoptante debe ser persona de buenas costumbres; ello se explica por razón de que en la adopción se profija la patria potestad en el adoptante, y la falta de buenas costumbres constituye una causa de la pérdida de la patria potestad. (Art. 390 C. D. T. F. vigente).

El carácter mixto de este acto se explica en virtud de la intervención de uno o varios particulares y también de uno o varios funcionarios de Estado; el acuerdo de voluntades de todos ellos es indispensable para constituir la adopción; hecha de otra manera podría impugnarse por omisión de los requisitos necesarios de validez.

El menor o el incapacitado que haya sido adoptado, puede impugnarla dentro del año siguiente de su mayor edad, o a la fecha en que haya cesado la incapacidad.

Deberán consentir en sus respectivos casos, para que la adopción se lleve a efecto:

I.—Los que ejerzan la patria potestad; el tutor en su caso, o las personas que hayan acogido como hijo al que se pretende adoptar, y a falta de ellas, el agente del ministerio público del lugar del domicilio del menor o incapacitado.

En los casos en que el tutor o el Ministerio Público, sin causa justificada, no consintiere en la adopción, podrá suplir su consentimiento el Presidente Municipal del lugar en que resida el incapacitado, cuando fuere notoriamente conveniente para los intereses morales y materiales de éste.

II.—El menor que se pretenda adoptar si tiene más de catorce años se requiere su consentimiento para este caso.

En cuanto a los efectos que produce la adopción, se reducen al conjunto de derechos y obligaciones que impone la filiación legítima, con las excepciones e impedimentos que establece nuestro sistema, que son:

a).—Los derechos y obligaciones que impone el parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepción hecha de la patria potestad, la cual queda transpuesta al padre adoptivo.

b).—El parentesco que de ella resulta se limita entre el adoptante y el adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos del matrimonio, respecto de los cuales subsisten en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción.

c).—No entraña para el adoptado el cambio de nacionalidad.

d).—La adopción subsistirá aunque sobrevengan hijos al adoptante.

e).—El tutor no podrá adoptar al pupilo sino hasta después que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela.

f).—No se autoriza la adopción por más de una persona, salvo el caso en que los consortes estén conformes en considerar al adoptado como hijo.

La filiación civil se extingue por revocación, cuando las partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad, y si no lo fuere, se requerirá necesariamente que consentan en la revocación las personas que prestaron su consentimiento para la misma. También se extingue por causa de ingratitud.

El decreto judicial deja sin efecto la adopción, y restituye las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse ésta; en el primer caso, el juez decretará que la adopción ha quedado revocada convencionalmente, si convencido de la espontaneidad con que se solicitó, encuentra que es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado; no concurriendo estas circunstancias debe ser denegada la revocación.

En el segundo caso, se consideran causas de ingratitud, los siguientes supuestos que enumera el artículo 406 del Código Civil de 1928:

1/o.—Si el adoptado comete un delito que merezca una pena mayor de un año de prisión, contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes.

2/o.—Si el adoptado acusa judicialmente al adoptante de algún delito grave que pudiera ser perseguido de oficio, aunque lo pruebe, a no ser que hubiese sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

3/o.—Si el adoptado rehusa dar alimentos al adoptante que haya caído en pobreza.

En cualquiera de los supuestos enunciados se pone de manifiesto que no existe la disposición espiritual que debe ser recíproca entre ambos, para justificar normalmente el nexo civil que se ha establecido por virtud de la adopción.

La revocación deberá ser comunicada al oficial del Registro Civil en que conste la adopción, a fin de que sea cancelada el acta respectiva; la adopción dejará de producir sus efectos desde que se cometa el acto de ingratitud, aunque sea posterior la resolución judicial que declare la revocación.

TITULO QUINTO

LA FILIACION NATURAL

CAPITULO PRIMERO

LA FILIACION NATURAL CONFORME A NUESTRO DERECHO

Los hijos nacidos fuera de matrimonio son los engendrados por personas no ligadas en matrimonio, se les clasifica en naturales, y no naturales; los naturales son aquellos cuyos padres se encuentren en condiciones legales de contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo; y los no naturales son los que sus padres no pudieron haberse unido legalmente cuando fueron concebidos. De manera que el concepto de la filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio se infiere en razón de dos supuestos básicos que determinan la filiación natural, y son por lo general el concubinato y el reconocimiento; en tal virtud es necesario referirse, aun cuando sea brevemente a cada uno de ellos, principiando por el hecho susceptible de producir efectos legales, y subsiguientemente al acto jurídico que configura la noción de que se trata. (32)

La definición estricta del concubinato está descartada de nuestro sistema civil; pero la noción que del mismo emplea el legislador se encuentra comprendida en el artículo 1,635 que se refiere al derecho de la concubina en la sucesión legítima del concubinario, a con-

(32).—Rafael Rojina Villegas.—“DERECHO CIVIL MEXICANO”.—Tomo Segundo Volumen II.—Segunda Parte.—Capítulo VIII.—Página 405.—1a. edición de la Antigua Librería Robredo.—México.—1962.

dición de que haya vivido con éste como si fuera su marido durante los cinco años que precedan inmediatamente a su muerte, o haya tenido hijos de él, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio.

En la sucesión testamentaria se permite a la concubina, cumpliendo la condición anotada, exigir una pensión alimenticia dentro de las limitaciones del caudal hereditario; al efecto establece el artículo 1,368 en su fracción V, que a la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tendrá derecho a alimentos mientras que observe buena conducta y no se case; si fueran varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

La palabra concubinato en su origen latino significaba trato como de vida marital; de manera que la unión de hombre y mujer sin vínculo matrimonial, se realizaba bajo el supuesto de larga duración. Esta manera peculiar de formar la familia tiene su origen sin duda desde principios de la humanidad; pero como figura surgió a partir de la reglamentación del matrimonio, pasando a constituir una unión de grado inferior en la mayoría de las legislaciones en la actualidad.

A pesar de su origen arcaico, no se ocuparon del concubinato los Códigos civiles de 1870 y 1884, ni la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. Fue el legislador de 1928 el que no cerró los ojos ante esa realidad social, para reconocerle algunos efectos jurídicos en bien de los hijos habidos fuera de matrimonio, y de la mujer que ha sido madre, o que ha vivido consecutivamente con el jefe de la familia, como si fuera su marido; efectos que se producen siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio y no hayan variado concubinas, rindiéndose así homenaje al matrimonio, como forma legal y moral de constituir la familia.

Se trató del concubinato solamente por ser una forma muy generalizada en nuestras clases sociales,

donde las madres por azares de la vida no les ha sido dable disfrutar del estado civil de esposas. (33)

Históricamente, la valoración moral del concubinato ha determinado en el Derecho positivo las siguientes actitudes:

La primera posición consistió en ignorar en absoluto las relaciones concubinarias, por cuanto que ni se consideró un hecho ilícito para sancionarlo, ni tampoco un hecho lícito para producir consecuencias de derecho; en tal virtud, se estimó un hecho ajurídico ubicado al margen de la ley, por su contenido indigno de regulación jurídica.

La segunda posición consistió en regular exclusivamente las consecuencias del concubinato; pero sólo en relación con los hijos, sin preocuparse de consagrar derechos y obligaciones entre los concubinos.

La tercera posición consiste en reconocer al concubinato únicamente efectos jurídicos, para establecer una unión de grado inferior al matrimonio, otorgando ciertos derechos a las partes en beneficio de los hijos. Tal es la posición adoptada por el Código civil de 1928, al establecer en su artículo 383, que se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

“Primero.—Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; y

Segundo.—Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina”.

De ahí se desprende que el concubinato constituye la base jurídica, para poder definir la paternidad natural que de otra manera quedaría incierta, y por la misma razón el artículo 382, en su fracción III, permite la investigación de la paternidad, cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.

(33).—Ignacio García Téllez.—“MOTIVOS, COLABORACION Y CONCORDANCIA DEL NUEVO CODIGO CIVIL MEXICANO”.—México.—1932.

La cuarta y última posición consistente en el intento de construir una teoría de la unión extramatrimonial, la que ya históricamente el Derecho reaccionó contra ella; pero la indiscutible trascendencia que acarrea esa realidad social, condujo a la necesidad de su expresa restauración, como nueva figura en la esfera de lo legal, en la que no se rebaja a simple unión de hecho que por la libre voluntad de cualquiera de los concubinos, se disuelva un estado de vida común, entre hombre y mujer que lícitamente pueden hacerlo por no existir ningún impedimento para ello; y cuando tal género de vida cumple con la misma función social que el matrimonio solemne realiza, merece se consagren los derechos de los concubinos y de los hijos en el ordenamiento jurídico, para que la madre honesta pueda pretender los derechos de la esposa, con las consiguientes obligaciones de atender eficazmente a la familia que ha formado. Este criterio informó el contenido del hoy reformado artículo 70 del Código Civil del Estado de Tamaulipas, al haber preceptuado que para los efectos de la ley se consideraba matrimonio a la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer; el precepto enunciado estaba orientado por un criterio justo al considerar su fundamento el dato moral, para que el Derecho, ante situaciones de trascendentales consecuencias que derivan de la constitución de la familia, ya sea que se haya constituido ésta por el hecho de la procreación; o solamente tomándose en cuenta los elementos que deben concurrir simultáneamente y son: temporalidad; singularidad y capacidad para la cohabitación, a efecto de que se establezca el hecho de la posesión de estado de las partes, como situación concreta dentro del seno de la familia el estado civil de cónyuges.

Por otra parte, la necesaria moralidad de la unión que exigen las buenas costumbres se desprende de los elementos singularidad y capacidad; el primero puede entenderse implicando fidelidad, y el segundo denota la ausencia de impedimentos legales, que de existir pu-

diera convertir a los unidos en pareja de delincuentes por bigamia, incesto o adulterio.

En verdad, la procreación y la conducta de fidelidad de una mujer son suficientes para garantizar la presunción de paternidad; situación que no debe permanecer al margen de toda regulación jurídica, en virtud de que la misma ley ha reconocido que el simple hecho de la posesión produce consecuencias de orden patrimonial, y si también se admite una situación de hecho, para comprobar el estado civil de las personas, no existe razón jurídica bastante para que las uniones de hombres y mujeres carentes de solemnidad, pero sí acreditadas con los elementos señalados en el párrafo anterior, se les desconozca efectos legales semejantes a los que produce el matrimonio solemne.

El Código sustantivo local aludido, no sólo consagró derechos patrimoniales en el matrimonio consensual, sino también era menester una resolución judicial fundada en causas semejantes a las de divorcio, para la disolución del matrimonio por comportamiento, por estimar que de otra manera sería permitir que con absoluta irresponsabilidad de las obligaciones contraídas por vínculos que la naturaleza impone de manera indiscutible, se rompiera en cualquier momento un género de vida que constituye la base de una familia, tan sólo por el hecho de que en la vida de un hogar modesto, sus circunstancias de ignorancia o buena fe, no hayan declarado las partes su voluntad de una manera solemne ante el oficial del Registro Civil. (34)

El criterio perfectamente humano que orienta a la idea de equiparar a las uniones duraderas de hombres y mujer, carentes de formalización legal, con el matrimonio solemne, se sustenta en torno del deseo inquietante de dar protección al interés superior que representan los hijos habidos de uniones concubinarias, por no ser justo que la sociedad los estigmatice a consecuen-

(34).—Raúl Ortiz-Urquidí.—"MATRIMONIO POR COMPORTAMIENTO".
—Editorial Stylo.—Cap. VIII.—Página 146.—México.—1955.

cia de faltas que no les debieran ser imputables, tan sólo por el hecho de haber nacido fuera de matrimonio, lo que por todos conceptos resulta criticable el hacer recaer las culpas de los padres sobre los hijos; tanto más cuanto que considerado el matrimonio como contrato por el artículo 130 de nuestra Constitución Política, la infracción de los preceptos que lo rigen, sólo debe perjudicar a los infractores y no a los terceros, quienes en la relación contractual resultan ser los hijos, que en otros tiempos resultaban perjudicados, en razón de que el matrimonio era reputado sacramento, y de que se veían a los hijos sacralmente privados de los efectos de la gracia; razonamiento tomado del causalismo biológico, que no es suficiente para fundamentar disciplinas normativas, y no debe subsistir hoy en nuestra legislación liberal, a la que corresponde manifestarse intolerante ante esa degradación injustificada, que señala con tildes infamante a inocentes, a quienes la ley es la primera en desprestigiar.

A partir de la Ley sobre Relaciones Familiares, de 9 de abril de 1917, se sustentó en el Derecho mexicano el criterio de que la familia está principalmente fundada en la filiación tanto legítima como natural, por lo cual el matrimonio dejó de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de paternidad, maternidad y patria potestad.

La designación de hijos espurios a que se refería el Código civil de 1884, quedó sin vigencia desde que entró en vigor la citada Ley, que en su artículo 186 equiparó para toda clase de efectos a los hijos espurios con los naturales, al establecer que son hijos naturales todos los habidos fuera de matrimonio, sea cual fuere la relación que existiera entre sus progenitores; así cayó por tierra la clasificación de adulterinos e incestuosos. (35)

Nuestro Código civil vigente en el Distrito Fede-

(35).—Eduardo Pallares.—"CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES".—Editorial Bouret.—Página 21.—México.—1919.

ral ha seguido los mismos lineamientos, y más aún trata de extinguir diferencias entre los hijos naturales y los que proceden de matrimonio; ahora éstos resultan casi equiparados a aquéllos en las distintas instituciones, a efecto de reconocerles los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.

No se puede por menos de reconocer que es altamente humano el régimen estatuido en el Código civil de 1928 que entro en vigor el 1/o. de octubre de 1932, en relación con los hijos naturales, al haber establecido en materia de filiación un ordenamiento que difiere notablemente de los contenidos en legislaciones tradicionalistas del pasado, en que prevaleció la irritante injusticia de colocar a los hijos naturales en una condición de inferioridad frente a los hijos habidos de matrimonio.

En opinión de algunos autores, se supone en el Código civil de 1928, un adelanto digno de encomio, por ser desde luego más humanitario que los viejos sistemas, en que se desconocían algunos derechos a los hijos habidos fuera de matrimonio, de lo que en nada debe culpárseles, por lo cual resulta injustificado tomar como base exclusiva de las relaciones familiares al matrimonio, a efecto de desprender del mismo todas las consecuencias en materia de derechos y obligaciones paternofiliares.

El espíritu de la reforma fue de protección para aquellos cuyo nacimiento es causa de deshonor, porque en cierto modo la condición de hijo natural contraviene los principios a que están sujetas las relaciones sexuales, en virtud de la importancia real que poseen, ya que los sentimientos que fundan limitativamente las uniones de hombres y mujeres con el fin de perpetuar la especie, o ya simplemente de ayudarse mutuamente a soportar las cargas en la vida marital, emergen con un horror instintivo propio del género humano de repugnancia a pretendr unirse sexualmente con sus parientes más próximos. Además las ideas de probidad familiar condenan con todo rigor las uniones de hecho

entre hombre y mujer, asimismo como el adulterio e incesto, por ser altamente perjudiciales a la prole; de ahí se justifica plenamente la utilidad social de clasificar exclusivamente las relaciones del sexo entre hombre y mujer, sin que la denominación exceda a las lindes del ámbito personal de los sujetos responsables en la relación concubiniaria, con sanciones que llenen de infamia a menores indefensos, como ya se ha previsto estableciéndose prohibitivamente, a los descendientes de parejas que tipifican figuras delictivas, por tener relaciones sexuales con sus descendientes, o con parientes en línea transversal en grado sancionado por la ley. Los progenitores podrán reconocer al hijo habido como producto de esa relación inmoral, teniendo derecho a que consten sus nombres en el acta de nacimiento; pero en ella no se expresará que el hijo es incestuoso. (Art. 64 C. D. T. F. vigente).

Si en nuestro ordenamiento legal, por razones de metodización fuera necesaria la denominación clasificadora del vínculo jurídico natural, ésta debería corresponder a las partes de la relación concubiniaria y no a los terceros, quienes resultan ser los hijos de padre y madre naturales.

Desde otro punto de vista, la citada clasificación contraviene nuestra legalidad constitucional, por cuanto que la imposición de las penas es propia y exclusiva de las autoridades judiciales, y les está prohibido por texto expreso del artículo 22 de nuestro Código político, imponer penas infamantes y trascendentales; contravención que trae aparejadas consecuencias que se observan invariablemente en los casos de desconocimiento al hijo; indagación de paternidad limitada a ciertos casos de los hijos nacidos fuera de matrimonio, entre los que se anota el rapto, el estupro y la violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; en cuanto a la prohibición para el hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes de investigar la maternidad, cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, no obstante ello la investi-

gación será permitida si la maternidad se deduce de una sentencia civil o criminal. (Arts. 327, 345, 382 y 386 C. C. D. T. F. vigente).

De manera que el que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, estará obligado al pago de la reparación del daño que comprenderá los alimentos para la mujer y los hijos si los hubiere: dicho pago se hará en la forma y términos que la ley fija para los casos de divorcio. (Arts. 262 y 264 C. Penal D. T. F.).

El juzgador al dictar su resolución condenatoria los efectos legales de la sentencia no se agotan en el ámbito personal de los agentes responsables de la comisión, puesto que la pena impuesta trasciende a sancionar al tercero que hubo como producto de ambos sujetos de la relación, con la denominación infamante de hijo natural, toda vez que el artículo 77 del Código Civil vigente en el Distrito Federal consagra que el padre o la madre del hijo habido fuera de matrimonio, o ambos al reconocerlo, el acta que registre su nacimiento, deberá contener la expresión de ser hijo natural.

La filiación natural se configura por el reconocimiento y su generalidad tiene por tuerca el concubinato; en opinión de algunos tratadistas, la solución al problema que representa el estigma de hijo natural, consistiría en extinguir las causas que originan el concubinato, elevando el nivel económico, moral y cultural de la población; solución que en mi opinión revela indiferencia a la realidad social en cuanto a este asunto se refiera, toda vez que esos factores operan lentamente en el agregado humano. A mi manera de ver el asunto, existe la posibilidad de que además de combatir al concubinato por los medios indirectos aludidos, asumir una actitud más decidida y eficaz que evite los desastrosos resultados traídos consigo, sobre todo para las partes más débiles que han resultado ser los hijos.

La solución eficaz consistiría en hacer una reforma en materia de filiación, en la que el legislador se

elevase a la concepción de principios tan generales y tan justos, que le permitiera equiparar para toda clase de efectos legales, a los hijos legítimos con los de procedencia extramatrimonial reconocidos, ya que en atención exclusiva al hecho material del nacimiento, los hijos se encuentran ubicados por la naturaleza en situaciones iguales ante quienes los engendraron, puesto que no es culpa ni mérito personal del hijo proceder o no de matrimonio, por lo cual debiera preponderar inflexiblemente en materia de filiación, el bien conocido principio que dice: "*Donde existe la misma razón, debe existir igual disposición de derecho*". Por consecuencia lógica sólo debiera existir la denominación de hijo escueta y genéricamente sin establecer diferencias legales entre los hijos de matrimonio y los reconocidos, cuya filiación se acredite ya por mero reconocimiento o mediante sentencia judicial.

Así, con sobrada razón jurídica procedería proscribir de nuestro Derecho patrio, la odiosa por estigmatizante, denominación de hijo natural al reconocido. La existencia en grado considerable de hijos naturales tiene su origen en múltiples causas, entre ellas la miseria, la ignorancia de las clases sociales y también la rigidez con que se cierran las puertas para contraer matrimonio. Entonces, a falta de esposas legítimas, las uniones fáciles se multiplican, fomentándose el concubinato y la descendencia natural.

De ninguna manera pretendo significar que al invocar la existencia de nuevas normas, se logre extinguir una costumbre de tan vieja raigambre social, puesto que la unión de hecho entre ambos sexos tiene lugar por razones propias de la vida comunitaria.

El punto de reforma en materia de filiación, con pretensión a identificar legalmente a ambas descendencias, sin primordial consideración a la clase de relaciones de los progenitores, a efecto de evitar que esa situación de hecho siga gestando nefastas consecuencias en las futuras generaciones, debe consistir en establecer que no se consigne declaración alguna sobre la

condición de los hijos en las actas de nacimiento, ni en ningún certificado referente a la filiación.

EL RECONOCIMIENTO es el medio normal para acreditar el lazo de descendencia que une a una persona con otra, en virtud de que quienes han tenido hijo fuera de matrimonio pueden declarar, conjunta o separadamente, que lo aceptan por suyo mediante confesión de la paternidad o maternidad; pero cuando el acto se efectúe unilateralmente no se podrá revelar el nombre de la otra persona con quien fue habido, ni exponer alguna de las circunstancias por las que puede ser identificado. (36)

El Código civil de 1928 en su artículo 360, establece que la filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio resulta, en relación con la madre del solo hecho del nacimiento y, respecto al padre del reconocimiento voluntario, o de una sentencia que declare que un individuo es hijo de tal hombre o de tal mujer. De manera que si el reconocimiento deriva de un acto voluntario; debe ser esencialmente personal y sólo puede hacerse por los progenitores, o por un mandato con poder especial en que no quepa duda sobre la intención del mandante. (Art. 60 C. C. D. T. F. vigente).

Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la del hijo que va a ser reconocido. Los menores de edad necesitan para reconocer, el consentimiento de los que les ejerzan la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentren, o a falta de ésta, de autorización judicial.

El hijo que es mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, o el del tutor nombrado especialmente para el caso de causas de incapacidad; se puede reconocer no sólo al hijo que esté vivo, sino

(36).—Ricardo Couto.—"DERECHO CIVIL MEXICANO".—3a. edición de "LA VASCONIA".—Tomo II.—Capítulo Primero.—Página 227.—México.—1919.

también al que no haya nacido, y al que hubiese muerto si dejó descendencia.

El marido podrá reconocer a sus hijos habidos con otra mujer distinta a su cónyuge antes de su matrimonio o durante éste; pero no tendrá derecho de llevarlos a vivir a la habitación cónyugal, si no es con el consentimiento expreso de su esposa. Ésta por su parte podrá reconocer, sin el consentimiento del marido, a sus hijos habidos con otro hombre antes de matrimonio; pero tampoco tendrá derecho de llevarlos a vivir en el hogar conyugal, si no es con el consentimiento expreso de su esposo.

Durante el matrimonio de la mujer, varón distinto de su marido no podrá reconocer como suyo al hijo nacido dentro del matrimonio, excepto que el marido lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo. Esta prohibición cesa cuando el marido ha muerto y la esposa afirme y pruebe que el hijo no fue de su marido; en este caso da lugar a dicho reconocimiento, en virtud de haber cesado las motivos fundamentales de la prohibición, como no sólo que una esposa sea infamada de adulterio, sino que el reconocimiento, con fundamento o no en hechos genésicos, no deshaga un hogar, no lesione a una familia o haga insoportable la vida de un matrimonio. (37)

El reconocimiento deberá hacerse de algunos de los modos siguientes: "I.—En la partida de nacimiento ante el oficial del Registro Civil;

II.—Por acta especial ante el mismo oficial;

III.—Por escritura pública;

IV.—Por testamento, cuando éste sea revocado no se tendrá por revocado el reconocimiento; y

V.—Por confesión judicial directa y expresa".

Mediante el reconocimiento los hijos adquieren el derecho de llevar el apellido de quienes los reconozcan,

(37).—H. Tribunal Superior de Justicia del D. F.—Criterio sustentado en relación con el Art. 374 del C.C.D.T.F., vigente.—Anales de Jurisprudencia.—Tomo XLI.—Página 32.

de percibir alimentos y de adquirir la porción hereditaria en la sucesión legítima.

Existe posibilidad legal de revocar el reconocimiento hecho por un menor, aunque condicionada por causa exclusiva de engaño al hacerlo, si fuera probado. Puede deducirse la acción hasta cuatro años después de haberse alcanzado la mayoría de edad; fuera de este caso, nunca puede ser el autor del reconocimiento quien lo contradiga.

Se concede a la madre el derecho de contradecir el reconocimiento, porque ninguna otra persona puede tener más interés y estar mejor enterada de su veracidad, por estas razones su contradicción tiene una importancia capital, y al efecto dice el artículo 379 del Código de 1928, que cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquél sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en juicio contradictorio correspondiente.

También se otorga a la mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo ha presentado como hijo y ha proveído a su educación y subsistencia, la facultad para contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuera obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoria. (Art. 378 C. C. D. T. F. vigente).

Como el reconocimiento puede lesionar intereses de terceros, el artículo 368 les confiere la facultad de contradecirlo. También el reconocimiento puede parar perjuicios al mismo hijo, por eso es posible que pueda reclamarlo cuando se haya llevado a cabo durante su menor edad; la acción dura dos años, y se contarán a partir de su mayoría de edad, si antes de ésta supo del reconocimiento, o de la fecha en que adquirió su noticia. (Art. 377 del C. C. V. del D. F.).

La acción no se da en los casos de reconocimiento

de mayores de edad, porque éstos deben consentirlo expresamente.

La ley establece una diferencia entre los hijos reconocidos y los terceros que pueden contradecir el reconocimiento; tratándose de los primeros, éstos están facultados para contradecirlo aun en vida de los pretendidos padres; pero en cuanto a los terceros, no podrán ejercitar la acción más que a la muerte de aquéllos. La razón de los preceptos aludidos tiene justificación plenamente satisfactoria, en que el carácter que reviste la acción en cuanto a los hijos es más moral que pecuniaria, en tanto que para los terceros la acción tiende a un fin escuetamente pecuniario, por lo cual carece de objeto para ellos intentarla antes que los padres hayan perecido. (38)

En caso de que el plazo transcurriera sin haberse intentado la acción, el reconocimiento llegaría a ser inatacable, resultando de ahí que una declaración falsa de paternidad que en sí no puede tener valor alguno, podría convertirse en verdadera por el solo hecho de no haberse contradicho en cierto plazo, siendo ello contrario al principio de interés público preponderante en materia de estado civil, en virtud del cual el estado doméstico de las personas no debe depender de la voluntad de los particulares, a efecto de crearse arbitrariamente entre personas un vínculo legal de consanguinidad que no sea real.

El Capítulo IV del Título Séptimo del Código civil para el Distrito y Territorios Federales, al referirse al reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, hace alusión en su artículo 382 a la investigación de la paternidad limitándola a cuatro casos, y en el subsiguiente artículo hace extensiva la presunción de paternidad a los hijos del concubinario en los siguientes términos:

(38).—Rafael de Pina.—“ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO”.
—2a. Edición.—Porruá, S. A.—Capítulo IV.—Página 261.—México.—
1960.

"I.—Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;

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

En cuanto a la investigación de la maternidad, el artículo 386 del mismo ordenamiento faculta al hijo y a sus descendientes para ejercitar la acción si no tuviere por objeto atribuir el hijo a una mujer casada; no obstante ese caso, podrá investigarse si aquélla se deduce de una sentencia civil o criminal en que se hubiese declarado que no es hijo del marido.

La investigación judicial de la paternidad o maternidad es una acción que tiene por objeto, que se dicte una sentencia declarativa de filiación natural; la expresión, en su significado ordinario, parece sugerir que no se sabe quiénes son sus progenitores, y que ese hecho es el que va a ser objeto de pesquisas; pero no es esa la comotación técnica en el Derecho, puesto que el presunto hijo ya tiene formada la convicción de quienes son sus padres y solamente pretende que se declare judicialmente el hecho de la filiación natural.

Nuestra legislación vigente permite el reconocimiento de todos los hijos naturales sin distinción de ninguna clase, y acepta expresamente la indagación judicial de la paternidad y maternidad; en cambio, la Ley sobre Relaciones Familiares consignaba la prohibición absoluta de la investigación de la paternidad y maternidad, tanto en favor como en contra de los hijos nacidos fuera de matrimonio, a quienes sin embargo se les permite en dos excepciones, que se refieren una a los casos de raptó o violación, y la otra al hijo que esté en posesión de estado de hijo natural de un hombre o de una mujer; en este caso podrá obtener el reconocimiento de aquél o ésta, o de ambos, siempre que las personas cuya paternidad o maternidad se reclame no esté ligada en vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento; salvo el caso en que el padre y la madre se hayan casado entre sí y el hijo

quiera que lo reconozcan para quedar legitimado.

La posesión de estado de hijo para los efectos a que se contrae el caso de excepción a que antes nos hemos referido, se justificaba probando el hijo por los medios ordinarios todos los hechos que constituyen aquélla; pero no se admitirían esos medios si no hubiere un principio de prueba por escrito. (Arts. 183, 197, 198 y 211 de la Ley sobre Relaciones Familiares).

El Código civil de 1884 no permitía el reconocimiento de los hijos espurios, clasificación que comprendía a los hijos adulterinos e incestuosos; solamente permitía el reconocimiento al progenitor soltero y, en cuanto al incestuoso, se permitía por uno solo de los progenitores.

El citado ordenamiento en su artículo 345 estableció que solamente el hijo tiene derecho de investigar la maternidad, para obtener el reconocimiento de la madre, y únicamente podría hacerlo si concurrían las circunstancias siguientes:

I.—Que tuviese en su favor la posesión de estado de hijo natural de aquélla; y

II.—Que la persona cuya maternidad se reclamara no estuviese ligada en vínculo conyugal al tiempo en que se pidiera el reconocimiento.

La posesión de estado, para los efectos del artículo anterior, se justificaba probando el hijo por los medios ordinarios que la pretendida madre cuidó de su lactancia y educación y que le reconoció y trató como hijo. (Art. 346 Cod. Civil de 1884).

El mismo Código en su artículo 343 consignó la prohibición de investigar la paternidad, estableciendo la única excepción en el caso del artículo 358, que dice: "*En los casos de raptó o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción, podrán los tribunales, a instancia de las partes interesadas declarar la paternidad*".

CAPITULO SEGUNDO

DIFERENCIAS LEGALES ENTRE LOS HIJOS DE MATRIMONIOS Y LOS NATURALES

En párrafos del capítulo anterior expuse, que nuestra legislación no debería establecer diferencia de condición entre los hijos, en atención a la clase de relación que guardan los progenitores en la fecha en que fue concebido el producto de éstos; al borrar toda clase de distinción, quedarían todos los hijos considerados todos por iguales. A este respecto nuestra legislación civil vigente, en el Distrito y Territorios tiende a equiparar derechos entre ambas descendencias, lo cual indica que en la mente del legislador de 1928, era ya latente la necesidad de ampliar la protección debida a los hijos naturales, al procurar que casi gozasen éstos de los mismos derechos conferidos a los habidos de matrimonio.

En el ordenamiento citado se confirió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quién es su padre; también se otorgó en favor del hijo nacido de concubinato la presunción de ser hijo natural del concubinario y de la concubina; esta medida legislativa adoptada sobre el particular, corrigió diferencias muy marcadas existentes en legislaciones del pasado.

(39)

La solución de los problemas que la vida social presenta en sus múltiples aspectos, no se resuelve de inmediato, sino a menester que primero surjan a la luz de la

(39).—Ignacio García Téllez.—“MOTIVOS, COLABORACION Y CONCORDANCIA DEL NUEVO CODIGO CIVIL MEXICANO”. —México, D. F.—1932.

vida social, para concentrar la atención sobre sus hechos generadores y, posteriormente, mediante una intervención metódica, se regulen satisfactoriamente las consecuencias de derecho, ya que los problemas sociales que corresponden al ámbito jurídico, se solucionan a medida que el Derecho se perfecciona con la evolución de sus preceptos, marcándose con ello el adelanto que se produce en relación con los problemas que se susciten, puesto que solamente la trascendencia que adquieran justifica la razón de enfrentarse a ellos y, por ende, la diferencia jurídica que en ciertos aspectos guardan ambas descendencias, lo cual al parecer no revestían mayor relevancia en épocas del pasado; pero ya se gestaba en la mente del legislador el propósito de equiparar en materia de obligaciones y derechos paternofiliales, los mismos efectos tanto para los hijos habidos de matrimonio como para la descendencia natural reconocida. La idiosincrasia social llena de prejuicios propios de aquella etapa, por la que apenas empezaba nuestro Derecho a superarse en este aspecto, constituyó para el legislador un obstáculo insuperable, por lo que hasta la fecha permanece en pie en el Derecho mexicano la oprobiosa denominación de hijos naturales.

Los hijos resultantes de uniones no legalizadas son quizás las únicas víctimas, a quienes no se les ha prestado toda la atención legal que les es menester, en el trascendental paso que representa el progreso jurídico, ya que no se les ha permitido gozar de una posición estable, pues han quedado sometidos a una serie de condiciones que interfieren contra su seguridad. La condición principal a que me refiero es el reconocimiento que debe otorgarse al hijo, porque dado el caso de que no se le otorgara, el hijo quedaría en absoluta inseguridad inclusive de su propia vida, poniéndose en inminente peligro ese derecho tan consagrado por todas las legislaciones, cuya preocupación constante es de perfeccionarse en el ámbito social.

Del análisis comparativo de realidades que se ven, aparecen situaciones de distinta naturaleza, de

donde cobra todo el vigor la condición de inferioridad en que se hallan los hijos naturales; aspectos ante los que la ley no es un instrumento omnipotente que transforma de un modo violento, situaciones que de manera indiscutible impone la vida social.

Primera diferencia.— Entre los hijos habidos de matrimonio y los naturales, surge primeramente la diferencia que consiste en que los segundos tienen señalada una doble posición en que pueden ser colocados en relación con su aspecto legal; ambas situaciones no son de desconocerse, en razón de que son múltiples los casos en que los hijos naturales no son reconocidos por los autores de sus días, refiriéndome solamente en este asunto a la ascendencia paterna, en virtud de que con respecto a la materna, el párrafo segundo del artículo 60 de nuestra legislación vigente en el Distrito dispone que la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo, consignándose por consiguiente la obligación de que su nombre figure en el acta que registre el nacimiento, además de las facultades otorgadas al hijo para la indagación de la paternidad.

Las uniones no reglamentadas constituyen el supuesto principal, de donde surge la necesidad de distinguir sobre las dos ramificaciones, que nuestra ley misma de la pauta al referirse al reconocimiento voluntario o forzoso, a efecto de que el hijo adquiera el carácter legal para demandar la protección, o bien quedar en una posición indefensa, en ocasiones de abandono absoluto tan patente, que podría apreciarse de inmediato; advirtiéndose claramente que tal posición no acontece en los hijos habidos de matrimonio, sino solamente en ocasión de uniones de hecho es cuando la protección legal a que los hijos tienen derecho queda supeditada al reconocimiento voluntario, o a una resolución judicial declarativa de paternidad, porque en cuanto a los hijos procedentes de matrimonio, la ley obliga a los cónyuges la protección debida al hijo, en virtud de haberse celebrado el contrato de matrimonio, lo cual demuestra el nivel legal de inferioridad

completamente desproporcionado, en que puede ubicarse al hijo natural que sin culpa alguna carezca de reconocimiento. (Art. 360 C. C. D. T. F. vigente).

Entre el progenitor y el producto existen lazos consanguíneos que les unen; pero no producen efectos legales sino hasta el momento en que se confiese la maternidad o la paternidad, o el hecho material del alumbramiento acontezca en ciertas circunstancias y plazos reglamentados, que fundamenten la investigación de paternidad; el hijo lo es en razón de que su presencia nos es manifiesta por el hecho material del alumbramiento, aun cuando no se haya elaborado el acta que registre su nacimiento, o formulada sin efectos de reconocimiento, falta el nexo legal que establezca la filiación, y por consiguiente existe la posibilidad de que el hijo habido de uniones no reglamentadas sea de padres desconocidos. (Artículos 58 C. C. D. T. F. vigente).

Segunda diferencia.— Esta consiste en que los hijos de matrimonio se encuentran en aptitud legal de ser registrados en cualquier fecha posterior a su nacimiento, y aun cuando se hubiere omitido la obligación de presentarlos dentro de cierto plazo si no se probare el propósito de hacerle perder su estado civil, los padres están exentos de sanción penal y económica, puesto que actualmente han sido derogadas las multas al respecto. (Art. 277 fracción III del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales).

De manera que por la circunstancia de no estar registrados, los hijos de matrimonio no sufren algún menoscabo de su condición de legitimidad, pues en todo tiempo existe para ellos la posibilidad legal de reclamar su filiación, tanto respecto a la madre como al padre, puesto que la acción que compete al hijo para reclamar su estado es imprescriptible para él y sus descendientes; en cambio, los hijos naturales se encuentran en una posición jurídica totalmente distinta y absoluta desfavorable, ya que si no son representados ante el oficial del Registro Civil, por el padre dentro de los 15 días posteriores al nacimiento, o por la madre dentro

de los 40, su nacimiento se hace prácticamente imposible desde el punto de vista social, puesto que los requisitos exigidos por la ley ocasionan a los padres gastos que nuestra clase indigente no está a su alcance solventar. (Art. 55 y 347 C. C. D. T. F. vigente).

Nuestra reglamentación civil ni siquiera prevé los casos de fuerza mayor en que los padres por motivos justificados no hubiesen podido hacer la inscripción en el término legal; sino, por lo contrario, el plazo fijado cierra las puertas más accesibles que conducen a la filiación natural, entorpecidose así con requisitos que rebasan la capacidad intelectual de dichas clases.

A menudo acontece que ambos progenitores concurren conjunta o separadamente, o bien representados por un mandatario especial para el acto, constando su nombramiento por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, juez de primera Instancia, Menor o de Paz, a efecto de registrar al hijo natural dentro del plazo consignado en la ley; el acta que registre al hijo su nacimiento contendrá la expresión de ser hijo natural, los nombres de los padres por haberlo solicitado, surtiendo esta acta los efectos de reconocimiento legal. (Arts. 44, 60 y 77 C. C. D. T. F. vigente).

En el Capítulo V del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales vigente, se precisan los requisitos necesarios para el reconocimiento, cuando se efectúe fuera del término de la presentación. El legislador supone que en todos los casos el menor deberá estar protegido contra el reconocimiento fraudulento que pretendieran hacer personas extrañas al hijo; de este acto que se supone perjudicial a los intereses del hijo, deriva la idea de que el reconocimiento posterior al plazo señalado, que se hiciere ante el oficial del Registro Civil, en escritura pública o por testamento, no debe permitirse sino con el consentimiento del hijo si es mayor de edad; si el hijo es menor de edad pero mayor de 14 años, entonces se expresará su consentimiento y el del tutor si lo tuviere, en su defecto el juez lo nom-

brará especialmente para el acto; y bastará solamente el consentimiento del tutor si el hijo es menor de catorce años. (Arts. 78 y 375 C. C. D. T. F. vigente).

El nombramiento de un tutor a efecto de reconocer resulta ser un trámite innecesario cuando no hay intereses contrarios entre el pretendido padre y el hijo, porque por regla general el reconocimiento no crea obligaciones para el menor sino para el padre, puesto que en virtud de su incapacidad natural y legal debe estar sujeto a la patria potestad de la madre quien no tiene derecho de dejarlo de reconocer; en tal virtud, no puede contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento de quien ejerza aquel derecho; de ahí resulta obvio que el hijo menor de edad no requiere protección alguna del tutor, puesto que el reconocimiento no le obliga más que a respetar y honrar a sus padres y demás ascendientes, por lo que el reconocimiento siempre redundará en beneficio del hijo. (Art. 424 C. C. D. T. F. vigente).

En caso de que hubiere un supuesto perjuicio contra los intereses del menor, será suficiente para impedir sus consecuencias, tan solo con que el menor reclame contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad. El término para deducir esta acción es de dos años, que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si lo era, desde la fecha en que la adquirió; por tanto, no hay necesidad de rodear al reconocimiento de requisitos que solamente dificultan la filiación del hijo natural. (Art. 377 C. C. D. T. F. vigente).

De lo expuesto considero que la designación de tutor a efecto de reconocimiento en prevención de garantía de menores cuyos padres no hayan declarado el nacimiento dentro de los plazos legales de ocurrido aquél, se justifica exclusivamente en la concreción del caso de que los hijos sean de padres desconocidos, o bien habiéndose establecido la maternidad o la paternidad, el patrimonio del menor comprenda bienes de fortuna que haga suponer oposición de intereses del hijo y del

que pretenda reconocerlo, será éste representado en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

De manera que la reforma sobre el particular debe consistir en procurar más facilidades para establecer la filiación de los parias, fundamentándose la remoción de los obstáculos legales en la presunción humana de que las declaraciones emitidas ante el oficial del Registro Civil en materia de filiación, a raíz de un suceso tan importante en la vida del género humano, son por lo general verdaderas y deben ser tenidas por ciertas.

Tercera diferencia.—Se configura en virtud de que el goce de los derechos relativos al estado civil de los hijos en condición de legitimidad se adquiere a través de la circunstancia conyugal de los padres, toda vez que nuestro régimen civil consigna claramente los términos y condiciones que han de tomarse en consideración, para presumir que los hijos son de los cónyuges, si nacen después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio; este término se contará, en los casos de divorcio o de nulidad, desde que de hecho hayan quedado separados los cónyuges por orden judicial. (Art. 324 C. C. D. T. F. vigente).

Tratándose de viudas, divorciadas o de aquellas cuyo matrimonio fuere nulo, que contrajeran nuevas nupcias dentro del período de 300 días después de la disolución del anterior matrimonio, la filiación del hijo nacido después de celebrado el matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:

Primero.—Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo y antes de 180 días de la celebración del segundo.

Segundo.—Se presume que el hijo es del segundo matrimonio si nace después de 180 días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento

tenga lugar dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primer matrimonio. (Art. 334 C. C. D. T. F. vigente).

La filiación de los hijos de matrimonio se acredita con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres; 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 120 días de los 300 que han precedido al matrimonio.

En cambio, para los hijos cuyos padres la unión carece de solemnidad, su filiación resulta en relación con la madre del solo hecho del nacimiento; respecto al padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario, o por una sentencia que declare la paternidad. (Arts. 59, 324, 340 y 360 C. C. D. T. F. vigente).

Por consiguiente, se señala con toda amplitud la diferencia que media entre ambas descendencias, puesto que en la condición de natural, es menester se reconozca la calidad de hijo, a efecto de precisarse que desciende inmediatamente de determinada persona, y con ello surjan las obligaciones inherentes a la patria potestad, porque de otra manera al no acreditarse el mencionado aspecto, no se ha dotado todavía del carácter legal al hijo, para exigir la obligación debida a quien no ha querido reconocer el fruto de su sangre. No hay derecho de exigir obligación alguna si legalmente no existe fuerza capaz de obligar al cumplimiento de la misma.

Cuarta diferencia.—Dada la importancia que revisten las obligaciones paternas en la familia legítima, en relación con los derechos que se confieren a los hijos reconocidos por el padre, éstos adquieren el derecho de llevar el apellido de quien les reconozca, y con ello se establece la relación parental del hijo con los consanguíneos; aquí se señala concretamente la notable diferencia que existe entre ambas descendencias, puesto que los hijos habidos de matrimonio llevan consigo ese derecho en virtud de la condición que guardan

en el seno familiar, atendiendo lo que dispone el artículo 59 del Código Civil de 1928 que nos sirve de base en el presente asunto, al preceptuar que cuando el nacido fuere presentado como hijo de matrimonio, se asentará en el acta que registre su nacimiento, los nombres, domicilio y nacionalidad del padre, de los abuelos y los de las personas que hayan hecho la presentación; en cambio, los hijos naturales al no estar vinculados legalmente con sus padres, carecen de la relación parental con este, como consecuencia del mismo estado que poseen. De manera que sólo existe como mera perspectiva de derecho para el hijo natural no reconocido, la facultad para exigir alimentos a sus padres, y a falta o por imposibilidad de este, a los parientes por ambas líneas que estén más próximos en grado y que se encuentren obligados a ello, así como para recibir la porción hereditaria a que se hicieren acredores en virtud de la relación parental que se establezca con los consanguíneos de su padre.

Quinta Diferencia.—Son legítimos representantes de los que están bajo la patria potestad, los que ejercen este derecho, y tienen la administración legal de los bienes que pertenezcan a los hijos. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo o la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración. (Art. 426 C. C. D. T. F. vigente).

Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad, además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. (Art. 303 C. C. D. T. F. vigente).

Les incumbe la obligación de educarles convenientemente, con la facultad de corregirles e imponerles

castigos mesuradamente; ahora, por lo que corresponde a educación, establecimiento y administración de los bienes del hijo, dispone el artículo 167 que el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento del hijo, y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan, lo cual nos indica la posición de seguridad en que se hallan los hijos resultantes del vínculo matrimonial; en tanto que para la descendencia natural, cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad; pero cuando el padre y la madre no vivan juntos y reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá la patria potestad, y en caso de que no lo hicieran, el juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Si por alguna circunstancia dejare de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro; pero cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio se separaren, continuarán ejerciendo la patria potestad, y en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, la ejercerá el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo. (Art. 380 C. C. D. T. F. vigente).

En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no vivan juntos, ejercerá la patria potestad el que primero le hubiese reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de Primera Instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causas graves, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público. (Art. 381 C. C. D. T. F. vigente).

No hay duda de que las uniones transitorias, como las relaciones concubinarias, traen graves consecuencias, por la incompatibilidad de la familia que dan origen, tanto contra los intereses de los hijos, como con-

tra los de los padres, porque el hijo reconocido tiene derecho de ser alimentado por quien lo reconozca; pero no tiene el derecho de convivencia doméstica con sus progenitores, si se encuentran en determinadas circunstancias, como por ejemplo, cuando el que lo ha reconocido contrajera nupcias con persona distinta de quien dió origen a la existencia del hijo natural; en cambio los hijos de matrimonio aun cuando la madre contrajera nuevas nupcias, no pierde por este acto el derecho de convivencia doméstico. (Arts. 389 y 445 C. C. D. T. F. vigente).

El artículo 372 dice: *“La mujer casada podrá reconocer, sin el consentimiento del marido a su hijo habido antes de su matrimonio; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso del esposo”*.

En relación con esta cuestión, el artículo 373 dice: *“El marido podrá reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio o durante éste; pero no tendrá derecho de llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso de la esposa”*.

De lo dispuesto por los preceptos transcritos se evidencia la voluntad del legislador de 1928, de que en este aspecto prepondere el interés de proteger la tranquilidad conyugal, al evitar el ingreso del hijo natural reconocido en el seno de la familia legítima, por suponer que puede perturbar la paz del hogar, haciendo insupportable la vida del matrimonio y de sus familiares.

Me parece que se ha subestimado el interés superior que representan los hijos menores, al negarse el derecho de convivencia doméstica con el padre o la madre, cuando por otra parte éstos han formado una familia legítima. Por supuesto me refiero a los casos en que no se haya declarado la pérdida de la patria potestad por sentencia judicial condenatoria que imponga como pena la suspensión de éste derecho.

A este respecto considero que es humanamente justificado otorgar al padre y a la madre el derecho de llevar a la casa conyugal a los hijos naturales recono-

cidos, cuyos padres se encuentren en las condiciones a que se refieren los artículos insertos, cuando convenga así mejor a los intereses del hijo menor reconocido, a juicio del tutor interino nombrado para el caso, sin que para ello se requiera el consentimiento expreso de su conyuge; o por lo menos el derecho de convivencia se coniera a los progenitores, sin previo consenso conyugal, en los casos en que haya perecido alguno de los padres del hijo reconocido, y se encuentre éste en la minoridad sin haber alcanzado la edad púber.

Sexta diferencia.—Analizando las disposiciones relativas a la forma en que se desvirtúa la paternidad por parte del marido o de sus herederos, se dispone que ello se hará por demanda ante juez competente, y que todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo. En el juicio contradictorio de paternidad serán oídos la madre y el hijo, a quien si fuere menor se le proveerá de un tutor interino. (Arts. 335 y 336 C. C. D. T. F. vigente).

Se presume que el hijo es natural si nace antes de 180 días de la celebración del segundo matrimonio y después de 300 días de la disolución del primero; el marido podrá desconocer al hijo nacido después de 300 días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y de nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre. (327 y 334 fracción III del C. C. D. T. F. vigente).

En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento. (Art. 330 C. C. D. T. F. vigente).

El marido no podrá desconocer al hijo alegando adulterio de la madre, aunque ella declare que no es hijo de su esposo, porque no basta el dicho de la ma-

dre, para excluir de la paternidad al marido. Contra la presunción de paternidad en la familia legítima, no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento, porque al descontar 120 a los 300 resta sólo 180 días para el alumbramiento, estando el nacido fuera ya de la presunción de ser hijo de matrimonio. (Arts. 325, 326 y 445 C. C. D. T. F. vigente).

Los hijos nacidos dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, no podrán ser desconocidos por el marido si mediaren las siguientes circunstancias:

“Primero.—Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;

Segundo.—Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

Tercero.—Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;

Cuarto.—Si el hijo nació capaz de vivir, porque para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que fué desprendido enteramente del claustro materno, viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al oficial del Registro Civil; faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad”.

Lo expuesto es contenido de los preceptos que rigen en materia de paternidad en la familia legítima; en cambio, en la familia natural solamente se permite el reconocimiento, y limitativamente la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, señalándose, entre otros casos la circunstancia de que el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente. (Art. 382 fracción III C. C. D. T. F. vigente).

Formulando comparaciones encontramos que los

plazos previstos, a efecto de establecer la presunción de paternidad, coinciden en ambas descendencias, al consignarse que se presumen hijos del concubinario y de la concubina, los que nacen después de los 180 días, contados desde que comenzó el concubinato, y dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina; con la salvedad de que la citada presunción en la familia legítima, surte efectos obligando a quien no esté conforme con el estado de padre que se le atribuye a demostrar que el padre no es él; pero en tanto no sea demostrado, deberá cumplir con las obligaciones que como consecuencia de su estado civil la presunción dispone, puesto que para desvirtuar la filiación legítima es necesario satisfacer los requisitos que la ley señala. (Arts. 324 y 383 C. C. D. T. F. vigente).

En relación con este aspecto se asumió la actitud de contemplar pacíficamente el abandono cometido contra seres indefensos, al dejar desvinculada la presunción de paternidad natural de las demás disposiciones contenidas en la ley, puesto que ha quedado la seguridad de los hijos habidos de uniones no reglamentadas, a expensas de sus progenitores, toda vez que no basta que se encuentren comprendidos en los plazos previstos para que sean los presuntos padres los que deban desvirtuar la paternidad natural, si quieren evitar las consecuencias de su conducta.

Séptima diferencia.—Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación, de manera que cuando se esté en posesión de los derechos de hijo y fuere despojado de ellos, o perturbado en su ejercicio sin que preceda sentencia por la cual deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes, para que se le ampare o restituya en la posesión; pero las acciones civiles que se intenten contra el hijo, en cuanto a los bienes que ha adquirido durante su estado de hijo nacido de matrimonio, aunque después

resulte no serlo, se sujetarán a las reglas comunes para la prescripción. (Art. 329 y 346 C. C. D. T. F. vigente).

Por otra parte, la acción que compete al hijo para reclamar su estado, es imprescriptible para él y sus descendientes; aclarándose que la imprescriptibilidad de la acción es exclusiva de los hijos de matrimonio, puesto que se consigna que las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres, de manera que si éstos hubiesen fallecido durante la minoridad de los hijos, éstos solamente tendrían derecho de intentar la acción antes que cumplan cuatro años de su mayor edad. (Arts. 347 y 388 C. C. D. T. F. vigente).

La diferencia se hace evidente entre ambas descendencias, ya que no se otorgó la imprescriptibilidad de la acción del hijo natural, para reclamar su filiación y con lo cual se da motivo a quien obsecado en no reconocer como suyo al hijo natural, para que se burle de los derechos sucesorios del hijo, tan solo basta con disponer destino distinto a los bienes mediante testamento.

La redacción de los preceptos referentes a la equiparación de derechos entre ambas descendencias, es tarea que corresponde al legislador, quien en consideración al estado de abandono que guardan todavía los hijos habidos de uniones de hecho, adopte esta circunstancia social y la condicione en nuestro ordenamiento a un trato legal mejor, en beneficio de las generaciones sobre cuyos hombros se basa el bienestar de nuestra patria.

CAPITULO TERCERO

LA FILIACION NATURAL EN EL DERECHO COMPARADO

- En el Código napoleónico y sus derivados imperó el criterio clásico, consistente en que sólo pueden ser reconocidos los hijos que tengan la condición legal de naturales, no habiendo posibilidad legal de ser reconocidos los nacidos de personas que al tiempo de la concepción del hijo, no pudieran contraer matrimonio entre sí, ni aun mediando dispensa, considerándose por lo tanto ilegítimos y exentos de la condición de naturales; este criterio en toda su pureza se consigna en el artículo 129 del Código Civil español vigente, que establece que los hijos naturales pueden ser reconocidos por el padre y la madre, aclarando por su parte el artículo 119 del mismo ordenamiento legal citado, que son hijos naturales los nacidos de padres que al tiempo de la concepción, pudieron haber contraído matrimonio con dispensa o sin ella. Al tenor de los preceptos enunciados, ni el hijo adulterino ni el incestuoso gozan del derecho de ser reconocidos.

Criterio distinto del tradicional impera en la doctrina del Derecho soviético; su sistema en materia de filiación se fundamenta en principios altamente protectores de los seres inocentes de todo cuanto pudo ocurrir para traerlos a la vida. Bien sabido es que en el Derecho soviético no se admite en modo alguno distinción entre los hijos de matrimonio, los naturales e ilegítimos, en consideración a que todos merecen igual amparo legal; por consecuencia, todos son legítimos en virtud de que la familia no tiene como base exclusiva el

matrimonio sino la procedencia real; se arguye en favor de esta doctrina, en materia de filiación, que donde exista de hecho la relación debe surgir la protección del Derecho y; por ende, debe regularse la paternidad, la filiación y el parentesco sin atención primordial a la clase de relaciones que exista entre los progenitores. Como no es posible buscar principios de certeza en cuanto concierne a la paternidad, se reputa como tales a los que figuren en el acta de registro del hijo, y en caso que sea falsa se otorga acción para impugnarla por vía judicial, en que se resolverá, de acuerdo con las pruebas aportadas por los interesados, sobre la paternidad o maternidad.

Si el padre no concurre al acto de inscripción, se le preguntará a la madre, respecto del progenitor; al registrar al hijo ella está facultada para designarlo expresando su nombre y apellido, circunstancias y domicilio; de tal manera que en la legislación soviética, la madre puede declarar que el padre del hijo es persona distinta del marido; esta designación atribuida a la madre se ha otorgado con el fin exclusivo de evitar perjuicios al hijo; pero si el designado como padre contradice la paternidad, podrá la madre llevar la cuestión ante los tribunales, donde el padre formulará por su parte la contestación.

De las dos formas esenciales, o sean, el reconocimiento voluntario y la declaración judicial necesaria, que se han acogido por las legislaciones a efecto de establecer la filiación extramatrimonial, ha surgido el criterio que impide el reconocimiento de los hijos ilegítimos y el liberal que permite sean reconocidos todos los hijos habidos fuera de matrimonio, sin distinción de ningún género, y otro sistema más de carácter mixto, que atenúa acusadamente las discrepancias entre ambas descendencias, con voluntad tendenciosa a equiparar legalmente a los que son iguales por la naturaleza ante quienes los han engendrado.

En la actualidad, casi todas las legislaciones de los pueblos modernos se han modificado en sentido de dis-

minuir esas diferencias tan hondas, pero como es natural existe en cada país una gradación de derechos no siempre concordante con el peculiar criterio de los demás códigos, como se observará en los siguientes puntos comparativos.

Principiaré por analizar la definición de los hijos naturales también denominados anticuadamente ilegítimos por algunas legislaciones:

El artículo 227 del Código civil de Uruguay define que son hijos naturales los nacidos de padres que en el momento de la concepción no estaban unidos en matrimonio, que los hijos naturales habidos de personas casadas, cuando aquéllos procedan de alguien distinto del conyuge, no podrán ser reconocidos por alguno de éstos, hasta que no se disuelva ese matrimonio, a no ser que el reconocimiento se haga en testamento cerrado, o en sentencia judicial que dé lugar al desconocimiento de la paternidad del marido de la madre; sin embargo, el artículo 230 del mismo ordenamiento otorga identidad de derechos tanto al hijo natural como a los de matrimonio.

La misma orientación sigue el Código Civil de Venezuela respecto a la definición de los hijos naturales; pero subraya una notable diferencia al exponer en su artículo 225 que: *“Si en el momento de la concepción del hijo existía en uno de los padres algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio, la madre siempre tendrá derecho para reconocerlo, pero el padre no podrá verificar válidamente el reconocimiento, hasta que haya sesado el impedimento”*.

El Código Civil alemán en su artículo 1705 establece que los hijos nacidos extramatrimonio son naturales, y no consigna distinción alguna entre los hijos naturales, ya que todos éstos sin clasificación de ninguna especie se encuentran comprendidos en los mismos preceptos; pero sí precisa que el hijo natural en sus relaciones con la madre y sus parientes, tiene la posición jurídica de un hijo legítimo y toma el nombre de la familia de la madre; no obstante que se con-

fiere a la madre el cuidado del hijo, ella no está facultada para representarlo, sino un tutor con la condición legal de consejero, según lo dispone el artículo 1707 del cuerpo legal aludido.

Al padre, en relación con el hijo reconocido, incumbe la obligación de proporcionarle alimentos, educación y sufragar los gastos de una profesión u oficio con arreglo a la condición de la madre, hasta que aquél cumpla 16 años; pero la obligación podrá extenderse más allá de esa edad cuando el hijo por deficiencias mentales o físicas no estuviere en posibilidad de proveer a su propia subsistencia. (Arts. 1708 y 1709 C. C. alemán).

El Código Civil francés separa al hijo natural de la familia del padre o de la madre que lo haya reconocido, o de quien fue declarado judicialmente como tal, y sólo les confiere recíprocamente determinados derechos en relación con el hijo natural reconocido, sin extenderse a la familia; el Código Civil francés, en su posición siempre defensiva de la familia legítima, declara en su artículo 337 que si el hijo natural es reconocido durante el matrimonio de uno de sus padres, dicho reconocimiento no produce efectos en perjuicio de la familia legítima, de manera que se limitan los derechos del reconocido en relación con los hijos de matrimonio. Se establecen diferencias entre los hijos extramatrimoniales y se consigna de manera clara que el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca, y por sentencia judicial ejecutoriada se declare que no es hijo suyo. (Art. 335 C. C. francés).

El Código Civil suizo no establece diferencias entre los hijos extramatrimoniales; pero aplica la denominación anticuada al consignar en su artículo 302 que la filiación ilegítima resulta respecto a la madre del solo hecho del nacimiento. Respecto al padre debe ser establecida por reconocimiento o por sentencia.

En el Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, en cuanto a reconocimientos, impera

el criterio de plena igualdad, al declarar que pueden ser reconocidos todos los hijos nacidos fuera de matrimonio sin diferencia de ninguna clase. (Art. 360).

En cuanto a la posibilidad legal de reconocer a los hijos concebidos y a los premuertos, sin discrepancia se ha adoptado el viejo principio romano: "*Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*", es decir, el hijo concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable; de manera que por estimarse en beneficio del hijo, el reconocimiento puede tener lugar antes de su nacimiento y desde el momento de su concepción, por lo cual ha venido admitiéndose la posibilidad del acto, siempre a condición de que el concebido nazca y sea viable. La misma razón apoya a la conveniencia de reconocer al hijo premuerto a condición de que haya dejado descendencia, la que ha de ser en definitiva beneficiaria por dicho acto efectuado; este criterio lo contiene el artículo 364 de nuestro ordenamiento citado, de manera tan precisa que no requiere procedimientos exegéticos.

En la mayoría de las legislaciones se atribuye a la madre y al padre la facultad de reconocer a los hijos, excepción hecha del Código suizo que no limita esa facultad a los padres, puesto que en su artículo 303 la concede también a los abuelos, especialmente en el caso de que el padre o la madre que debiera de reconocer hubiesen fallecido y también en caso de incapacidad. Por otra parte, el artículo 302 de la misma legislación ha declarado que la filiación ilegítima resulta respecto a la madre del solo hecho del nacimiento. Este criterio ha sido aceptado por las disposiciones de casi todas las legislaciones, entre las que puede citarse el artículo 302 del Código Civil suizo, el artículo 1705 del Código Civil alemán, el artículo 341 del Código Civil francés, el artículo 136 del Código Civil español, el artículo 214 del Código Civil venezolano, el artículo 233 del Código Civil uruguayo, etc.

La vigente legislación civil para el Distrito y Territorios Federales consiente el reconocimiento, y has-

ta lo regula de modo expreso, exclusivamente por parte de los progenitores, según se desprende de los artículos 360 al 365.

En cuanto a la capacidad para efectuar el reconocimiento, no es norma corriente en las legislaciones señalar una edad determinada, ni hacer depender la posibilidad del acto en la mayoría de edad de quien reconoce; algunos códigos han resuelto que el menor emancipado o no, puede sin asistencia de representante legal, reconocer al hijo siempre que por la edad de uno y otro, no sea imposible o inverosímil el hecho de la paternidad. Este criterio se desprende del Código Civil suizo.

El Código Civil alemán, que no aborda directamente la cuestión de la edad y de la capacidad para el reconocimiento, sí se ocupa de ella al tratar de la legitimación por decreto de la autoridad pública, y resuelve que si el que solicita la legitimación de un hijo natural tiene restringida su capacidad, necesita el asentimiento de un representante legal y la aprobación del tribunal de tutelas; esta disposición es perfectamente aplicable al reconocimiento en documento público a que se refiere el artículo 1718. Las disposiciones relativas a la legitimación se encuentran comprendidas del artículo 1723 al 1740 del indicado ordenamiento.

El Código Civil francés nada dice expresamente respecto a la edad para reconocer de modo válido al hijo natural; pero como en su artículo 331, permite que el reconocimiento tenga lugar en el acto de la celebración del matrimonio de los padres o antes, resulta implícito que puede reconocer al hijo todo aquel que tenga capacidad para contraer matrimonio.

El Código Civil de Uruguay en su artículo 326 niega la posibilidad de reconocer a un hijo natural, al menor que no esté casado, emancipado o habilitado de edad.

Nuestro Código Civil de 1928 establece un límite de edad para reconocer, que es la misma edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que

va a ser reconocido; de manera que la intención del legislador se manifiesta en el artículo 361 del mismo ordenamiento, en el sentido de que el padre no podrá reconocer al hijo nacido antes de que aquél haya cumplido la edad fijada para contraer válidamente matrimonio.

En lo concerniente al consentimiento, se requiere tomar en consideración tanto la edad de quien reconoce como la del que va ser reconocido; algunas legislaciones no exigen el consentimiento del reconocido, ni el de su representante en caso de minoridad, y se limitan a conferir acción de impugnación contra el reconocimiento efectuado, ya se trate del autor del reconocimiento o del hijo; si éste hubiese fallecido, de sus descendientes, y de todo interesado en el asunto.

El criterio de no exigir el consentimiento previo del reconocido, y otorgar la acción de impugnación se establece en virtud de estimar el reconocimiento un acto jurídico de voluntad unilateral, por lo cual se excluye la voluntad del reconocido en la validez del acto, y se otorga la facultad de contradecirlo en forma legal cuando sea contrario a la verdad. En cuanto al autor del reconocimiento, le asiste la acción de desconocerlo, toda vez que la declaración de un hecho falso no constituye una confesión y como el estado civil de las persona interfiere con el interés público, una falsedad no puede atribuir un hijo a quien no lo ha procreado. Esta amplia posibilidad de impugnar el reconocimiento no sólo es peculiar de las legislaciones que no exigen el previo consentimiento del reconocido, sino que la otorgan también las que requieren ese consentimiento para la validez del acto.

Este criterio ha sido seguido por el Código Civil suizo en su artículo 305; por el de Venezuela en su artículo 216; por el de Uruguay en su artículo 238; por el Código Civil español en el 138, y por el Código Civil francés en su artículo 339.

Entre las legislaciones que se pronuncian en sentido de exigir el consentimiento, se mencionan el Có-

digo Civil español vigente, que en su artículo 133 consigna de modo muy claro que el hijo mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento.

El Código Civil alemán, dentro de su sistema especial en la materia, no exige el consentimiento del reconocido; pero, en cambio, para la legitimación por decreto del poder público, impone el consentimiento del hijo, si éste es mayor de 21 años, y si es menor de edad, el de su madre. (Art. 1726).

Por su parte nuestro Código Civil de 1928 ha sido orientado con el mismo criterio consistente en exigir el consentimiento, para efectos de reconocer, toda vez que en su artículo 375 establece de manera muy clara que el hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento; el menor sin el de su tutor si lo tiene, o el del tutor que el juez nombrará especialmente para el caso.

En relación con la materia de impugnación, es interesante recordar de nuestro mismo Código, el artículo 376 que permite al menor impugnar el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad; pero también consiente a la madre contradecir ese reconocimiento, con la consecuencia de que la simple contradicción lo dejará sin efecto, y la cuestión referente a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente. (Art. 379 C. C. D. T. F. vigente).

En el artículo 378 trata de amparar a la mujer, que aunque no sea madre de un niño, lo haya cuidado como tal, y la pone a cubierto de reconocimientos maliciosos, que muchas veces no persiguen otro fin que el de despojarla del niño a quien consagró sus cuidados y dió su cariño y nombre.

En todas las legislaciones es unánime el criterio de admitir que el reconocimiento debe formularse por escrito ante el funcionario que al respecto señale la ley. Con esta exigencia se ha querido llamar la atención al declarante respecto a la importancia de su decisión, así como asegurar la libertad de su consentimiento y salvaguardar la prueba de dicho acto de con-

fesión, que ya se trate de la paternidad o maternidad, es de naturaleza excepcionalmente revocable.

La legislación francesa sólo exige el requisito de autenticidad, y deja en libertad al declarante en cuanto a seleccionar el documento y la fórmula en la declaración; el reconocimiento puede hacerse en la misma acta de nacimiento, en este caso un mismo documento contiene la declaración del nacimiento y la confesión de la maternidad o paternidad; también puede hacerse el reconocimiento en acta especial ante el mismo oficial del Registro Civil, o ante notario. (Arts. del 334 al 337 del Cód. Civil Francés).

El testamento constituye un modo incidental, en virtud de que su objeto no es la especial finalidad de recibir confesiones de paternidad o maternidad; pero ellos pueden estar implícitos y ser válidas por que están revestidos de la autenticidad. Aquí se presentó el problema esencialmente revocable del testamento, y se ha aceptado no sin reticencias que el testamento si es revocable, en cuanto a las demás cláusulas dispositivas del documento; pero no es en lo que se refiere al reconocimiento.

El Código Civil español en su artículo 131 consigna que el reconocimiento debe hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público.

El Código Civil suizo en su artículo 303 señala como forma de reconocimiento, el acta auténtica y la disposición por causa de muerte.

El Código Civil alemán, en su artículo 1718 declara que el reconocimiento debe hacerse simplemente en documento público.

Por la naturaleza personal del reconocimiento, la generalidad de los códigos exige que la manifestación de voluntad de reconocer se haga expresamente, contrastando con este criterio los códigos civiles de Uruguay en su artículo 233 y el de Venezuela en el 214, los que admiten que el reconocimiento tenga lugar tanto de modo expreso como tácitamente:

El expreso puede hacerse ante el oficial del Registro Civil en el acta de nacimiento; en escritura pública o en testamento.

El tácito resulta de la constatación ante juez competente de la posesión notoria de estado de hijo.

Nuestra legislación civil de 1928 considera que la posesión de estado de hijo constituye más que un reconocimiento, una verdadera prueba de la filiación, y con gran claridad y acierto señala en su artículo 369 cinco modos de reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, a saber:

I.—En la partida de nacimiento ante el oficial del Registro Civil.

II.—Por acta especial ante el mismo oficial.

III.—Por escritura pública.

IV.—Por testamento.

V.—Por confesión judicial directa y expresa.

En relación con los hijos reconocidos, se producen generalmente los siguientes efectos:

a).—Llevar el apellido de quien lo reconoce.

b).—Si es menor de edad, quedar sujeto a la patria potestad de quien lo reconoce.

c).—La guarda y cuidado del mismo, si fuere el reconocimiento efectuado conjuntamente por ambos progenitores a aquel que la ley determine.

d).—Tener respecto a aquel que reconoce, un recíproco derecho de alimentos.

e).—A los derechos sucesorios.

f).—El deber de respetar y honrar a sus padres.

En el Derecho Civil alemán el reconocido toma el nombre de la madre; sin embargo, la madre no tiene la patria potestad sobre el hijo natural; le corresponde el derecho y el deber de cuidar al hijo, pero no le compete la representación del mismo, que se atribuye al tutor.

El padre no tiene respecto al hijo natural ningún derecho; le incumbe tan solo, cuando la paternidad se reconoce o declara, la obligación de proporcionar alimentos al hijo hasta la edad de dieciseis años cumpli-

dos, con arreglo a la condición de la madre. (Arts. del 1705 al 1717).

Respecto a la prohibición establecida en el artículo 373 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, consistente en que el cónyuge tenga posibilidad legal de reconocer a su hijo habido con persona distinta de su esposa, por cuanto al hombre, ya sea concebido el hijo antes, durante el matrimonio o después de éste. No podrá llevarlo a la casa conyugal sin el consentimiento expreso de su esposa; esta prohibición la consigna en términos diferentes, pero con absoluta coincidencia, el artículo 220 del Código Civil venezolano.

Tampoco puede decirse que no existan ciertas excepciones respecto a los derechos de alimentos y sucesorios nacidos en favor del padre, en virtud del principio de reciprocidad en relación con el hijo reconocido; existen legislaciones que niegan esos derechos a los padres, para evitar que no sea el interés sino el cariño y el deber los móviles de su reconocimiento.

El mismo Código Civil de Venezuela, inspirado en análogo criterio, ha establecido en su artículo 215 que: *“El reconocimiento que se haga de un hijo muerto, no favorece como heredero a quien lo reconoce, sino en el caso de que el hijo hubiera gozado de la posesión de estado”*.

Es conveniente hacer notar que la legislación venezolana adopta la anticuada nomenclatura de hijo ilegítimo, igual que el Código Civil suizo.

El artículo 461 del Código Civil suizo llega a reducir la parte que corresponde a un hijo ilegítimo en la sucesión intestada a la mitad de la cuota que se señala para el hijo legítimo.

Nuestro Derecho por su parte consigna en su artículo 301 el principio de reciprocidad en materia de alimentos, al expresar: *“Que el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos”*.

En lo concerniente a la masa hereditario de la sucesión legítima, no hace distinción entre las condicio-

nes del hijo, puesto que si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales, sean de matrimonio o reconocidos. (Art. 1,607).

Los ascendientes aun cuando sean ilegítimos, tienen derecho de heredar a sus descendientes reconocidos; excepción hecha del caso particular de que el reconocimiento se haya hecho después que el hijo haya adquirido bienes, lo que hace suponer fundadamente que eso motivó el reconocimiento; entonces ni el que reconoce ni sus descendientes tienen derecho a la herencia del reconocido. El que reconoce tiene derecho a alimentos en el caso de que el reconocimiento se haya hecho cuando el reconocido tuvo también derecho a percibir alimentos. (Arts. 1,622 y 1,623).

En la legislación francesa el conflicto de superposición de reconocimiento, no se resuelve por el orden cronológico de ellos, ni la exhibición de un acta de reconocimiento anterior acredita la falsedad del posterior, sino que debe aportarse pruebas que demuestren la falsedad del reconocimiento posterior.

Respecto al asunto el Código Civil de Uruguay en su artículo 216 suspende todos los efectos del reconocimiento, remitiendo la cuestión a los Tribunales de Justicia, para que con intervención de las partes y del Ministerio Público, decidan cuál de los reconocimientos contradictorios debe prevalecer; esta parece una solución acertada y la menos expuesta al error en que fácilmente puede incurrir la casuística de la ley en materia de esta índole, al establecer la solución en los siguientes términos: "*Si alguno fuere reconocido como hijo natural, por más de un hombre como su padre, o por más de una mujer como su madre, no habrá pruebas de paternidad o de maternidad, mientras que uno de estos reconocimientos contradictorios no sea excluído por sentencia ejecutoria*".

En cuanto a la prohibición que consigna el artículo 370 del Código Civil de 1928, relativa a que cuando el reconocimiento se efectúe separadamente por los

padres, no se consigne el nombre o circunstancia por medio de la cual pueda identificarse al otro de quien fue habido el hijo, y cuando se hiciere de modo contrario que sean tachadas de oficio las palabras en que consiste aquel nombre o circunstancia. Esta prohibición coincide aunque no en términos absolutamente idénticos, con los contenidos en los artículos 233 del Código Civil de Venezuela; 132 del Código Civil español y 236 del Código Civil de Uruguay.

La legislación civil francesa en su artículo 336 se manifiesta contraria al criterio anterior, puesto que permite que el reconocimiento hecho por el padre, sin la indicación y la confesión de la madre, produzca efectos sólo respecto de aquél.

El citado precepto interpretado a contrario sensu por la jurisprudencia francesa, se ha establecido el criterio de que si el padre al reconocer ha indicado el nombre de la madre en el acta de nacimiento del hijo, y ésta posteriormente confieza la maternidad, el reconocimiento también produce efectos respecto a ella (40)

Según se ha visto, existen legislaciones que permiten reconocer a todos los hijos sin distinción de ningún género, y otras que sólo permiten el reconocimiento respecto a ciertos hijos que en general se les denomina naturales; de tal manera que los hijos que queden fuera de esa condición al parecer carecerán en absoluto de todo derecho y de toda protección cuando los padres se hallen en parejas circunstancias, en virtud de que al tiempo de la concepción tuviesen algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio; los hijos no podrán ser reconocidos, ni indagar la paternidad hasta en tanto el impedimento no haya desaparecido. (Código Civil de Venezuela, Arts. 220 y 225).

No obstante esta prohibición, se otorgan algunos derechos aunque limitados en razón de que exclusivamente comprenden los alimentos y educación cuando

(40).---Louis Jossierand.---"DERECHO CIVIL FRANCÉS".---Editorial "BOSCH Y CIA."---3a. Edición.---Traducción de Cunchillos y Manterola.---Tomo I.---Volumen II.---Página 356.---Buenos Aires.---1938.

por la edad y otras circunstancias aquéllos los necesitan, y siempre que se pruebe, como es lógico, el hecho de la paternidad o maternidad, sin alcanzar el rango de declaración de la filiación; y para ello se requiere una manifestación voluntaria de los padres o una declaración judicial; al efecto la legislación civil española en sus artículos del 139 al 141 establece que los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos y que estos derechos podrán ejercitarse:

Primero.—Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme en proceso civil o penal.

Segundo.—Si resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en el que expresamente se reconozca la filiación.

Tercero.—Respecto a la madre, si prueba cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Por su parte el Derecho francés establece que los hijos que no tengan la condición de naturales, es decir, los adulterinos y los incestuosos que no pueden ser reconocidos tienen derecho a alimentos si los padres o cualquiera de ellos han contraído explícita o implícitamente el compromiso de subvenir a sus necesidades, lo cual puede acreditarse por todos los medios ordinarios de prueba. El Juez ante quien se demuestre la existencia de tal obligación y la mande cumplir, no contrae al artículo 335 del Código Civil que prohíbe el reconocimiento de estos hijos, porque no se trata en este caso de un reconocimiento, ni se ocasionan los efectos del mismo, ni vulnera tampoco el artículo 342 del mismo ordenamiento, ya que no se pretende establecer una filiación, sino reconocer y cumplir una obligación determinada de alimentos. Así lo declara la jurisprudencia, en sentencia de la Corte de Casación de fecha 2 de noviembre de 1932; 30 de abril de 1934 y 9 de julio y 23 de diciembre de 1935. (41)

(41).—Luis Fernández Clérico.—“EL DERECHO DE FAMILIA EN LA LEGISLACION COMPARADA”.—1a. edición de “UTEHA”.—Página 251.—México.—1947.

En las legislaciones alemana y suiza, todos los hijos pueden ser reconocidos voluntariamente o declarados como tales de modo necesario, ya respecto al padre o a la madre, porque el reconocimiento no origina más que el beneficio de alimentos y educación del hijo en relación con el padre. (Art. 323 del Código Civil suizo).

LA REVOCACION.— El principio de irrevocabilidad del reconocimiento, es cosa aceptada por la generalidad de las legislaciones, por considerarse declarativo de la paternidad o maternidad; en tal virtud, el reconocimiento debe surtir efectos retrocativamente en beneficio de los hijos desde la fecha de su nacimiento, aunque los textos legales no siempre la consignan de manera concreta; sin embargo, el Código Civil de Venezuela en su artículo 217 y el de Uruguay en el 215 lo consagran al afirmar el carácter declarativo del reconocimiento.

El Código Civil español no sienta claramente el principio de irrevocabilidad; pero se advierte al permitir el reconocimiento en testamento en su artículo 741 que dice: *“El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo”*.

Por su parte el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en su artículo 367, consigna también el principio concerniente a la naturaleza irrevocable del reconocimiento; pero un poco antes, en su artículo 363, permite una excepción justificada a dicho principio, al tratarse del reconocimiento efectuado por un menor de edad, quien sí puede revocar el reconocimiento si prueba en juicio que sufrió engaño al hacerlo, y está asistido de una acción afectada de prescriptibilidad por lo cual solamente podrá intentarla hasta cuatro años después de haber llegado a la mayor edad, empezándose a contar desde que cumpla la mayor edad el menor que efectuó el reconocimiento.

En lo expuesto se pone de manifiesto la tendencia progresista de nuestra legislación, al prescindir de

toda referencia a la legitimidad o ilegitimidad en relación con los hijos, que aun en muchas legislaciones síguenseles llamando así, como si la ley pudiera apartarse escandalizada del hecho natural de la generación en la vida humana, cuando que por dar lugar al nacimiento de un sujeto de derecho, se debe contemplar el aspecto del fenómeno como hecho natural y regularlo serenamente de un modo adecuado.

Es también digno de señalarse en dicha legislación, el afán de orientarse con el criterio que pretende igualar los derechos entre ambas descendencias, y no establecer distinciones estigmatizantes entre los hijos naturales; permite el reconocimiento de modo expreso y en ella impera el principio de reciprocidad en las obligaciones paternofiliales de la familia natural, por lo que concierne a los derechos de alimentos y a la porción hereditaria en la sucesión legítima.

LA INVESTIGACION DE LA MATERNIDAD.—

Sin excepción, es admitida en todas las legislaciones la declaración judicial de la maternidad de los hijos extramatrimoniales, sin más limitación que la de evitar la atribución del hijo a una mujer casada; sin embargo, se regula de manera diferente, puesto que en algunas legislaciones se exigen pruebas más o menos concretas y se da a este respecto mayores o menores efectos a la declaración judicial de la maternidad investigada, fundándose ello tanto en la condición posiblemente adulterina del hijo, como en el respeto que merece la familia legítima, evitándole provocación de escándalos, o la posible disolución del matrimonio por el solo hecho de una demanda de esta índole.

Por regla general, los códigos civiles prestan menos atención a la investigación de la maternidad que a la de la paternidad, y no hacen extensiva a ella los preceptos que dictan a efecto de establecer la paternidad, en virtud de que ésta es solamente presumible, en tanto que la maternidad es comprobable.

En cambio, los efectos de la declaración judicial de

la maternidad difieren bastante según la legislación de los distintos países, puesto que hay algunos como la alemana que no otorga a la madre el derecho de representación peculiar de la patria potestad; pero la mayoría de los códigos civiles concede a la maternidad declarada judicialmente mediante el proceso de investigación, los mismos o muy análogos efectos que se producen respecto al padre cuando se haya declarado judicialmente la paternidad.

En cuanto a la acción para investigar la maternidad, predomina el criterio en las legislaciones de atribuiria exclusivamente al hijo; sin embargo, la facultad de contestar la demanda en juicio de investigación de la maternidad, corresponde en primer lugar a la madre y secundariamente a cuantos tengan interés en impugnar la maternidad que se trata de establecer por medio de la investigación.

En ocasiones, por determinadas circunstancias no es posible probar la filiación natural, en tal situación, las legislaciones generalmente dan paso a todos los medios ordinarios de prueba que la ley admite, rodeando al simple hecho de la generación, de determinadas garantías para el ulterior desenvolvimiento de las relaciones paternofiliales en protección del interés que representan los hijos; excepción hecha de la prueba testimonial en los casos en que se indaga la filiación, en ocasiones la condicionan a un principio de prueba por escrito, ya en indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideran bastante graves para determinar su admisión, porque el fenómeno de la generación en cuanto al padre está rodeado de un misterio casi impenetrable y nada propicio a la justificación mediante pruebas directas, razón por la que ha sido preferible establecer situaciones objetivas fácilmente comprobables que sirvan de base, para instaurar una presunción donde no sea posible lograr una demostración; en tal virtud, a efecto de determinar la paternidad natural, es menester primeramente establecer los elementos de la maternidad, porque en otras circuns-

tancias sería imposible atribuir a alguien la paternidad, si anticipadamente no se señala a la progenitora, puesto que por la fecha del hecho material del alumbramiento, es posible deducir la de la concepción y mediante esta aproximación de datos se podrá atribuir la paternidad a determinado sujeto.

Como el parto implica necesariamente la evidencia de su fecha, y está adminiculada con la concordancia de la edad del pretendido hijo, se podrá presumir la identidad del mismo; una vez establecidos dichos elementos, basta con agregar uno más que es el determinar al autor del embarazo y con ello queda establecida la paternidad natural.

Existen legislaciones que exigen para acreditar la maternidad natural, que se justifique el hecho material del parto y la identidad del pretendido hijo con limitación de pruebas. En cuanto a éstas, hay otras legislaciones que presumen la maternidad por el solo hecho del nacimiento, o permiten su investigación judicial sin ninguna limitación de pruebas.

El Código Civil francés, en su artículo 341, exige para la investigación judicial de la maternidad natural, que se acredite el hecho material del alumbramiento y la identidad del pretendido hijo, no admitiendo la procedencia de la prueba testimonial, si no existe un principio de prueba por escrito.

El Código Civil español vigente, en su artículo 136, permite la investigación de la maternidad, cuando concurra respecto a la madre cualquiera de las circunstancias que permiten la investigación con respecto al padre; además, cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del pretendido hijo; pero no limita ni condiciona las pruebas, e incluso la testimonial puede ser admitida sin restricciones de ninguna especie.

El Código Civil suizo, en su artículo 302, establece el principio de que la filiación ilegítima resulta, respecto a la madre, del solo hecho del nacimiento. El precepto aludido parece que quiere significar en su contenido que probado el nacimiento por el acta de inscrip-

ción correspondiente, queda justificada la maternidad extramatrimonial.

El Código Civil de Venezuela, en su artículo 214, expresamente atribuye efectos al acta de nacimiento, para conferir la filiación al hijo natural, bastando para ello que se consigne en el acta de nacimiento el nombre de la madre aunque ella no concorra ante el oficial del Registro Civil, siempre que las personas que depongan sobre el hecho, les conste el parto.

El Código Civil de Uruguay, en su artículo 242, consigna un criterio opuesto al contenido en el artículo 302 del Código Civil suizo, y en su antítesis niega efectos probatorios por sí sola a la partida de nacimiento del hijo.

El Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales, en su artículo 360, expresa que la maternidad resulta en relación con la madre, del solo hecho del parto. En este aspecto se apartó de la legislación francesa, y siguió los lineamientos que para el caso proviene el artículo 302 del Código Civil suizo, el que de un modo claro y terminante consagró el principio de que la filiación materna resulta del solo hecho del nacimiento, en virtud de que maternidad es siempre cierta aunque su origen sea deshonorosa.

En tal virtud, el acta de nacimiento es suficiente para probar la filiación natural en relación con la madre y constituye prueba bastante del vínculo de parentela en primer grado, si no se discutiere la identidad del hijo, en cuyo caso ésta puede ser acreditada por testigos, si se hiciera necesaria una investigación judicial de la maternidad.

Se permite tanto al hijo nacido fuera de matrimonio como a sus descendientes investigar la maternidad y la paternidad en vida de los progenitores, y si hubiesen fallecido éstos durante la menor edad de los hijos, tienen derecho de intentar la acción antes que cumplan cuatro años de su mayor edad. (Art. 388 del C. C. D. T. F. vigente).

La maternidad puede ser probada por cualquiera

de los medios ordinarios de prueba admitidos por la ley, y se admite la testimonial sin ser condicionada a un principio de prueba por escrito que acuse la posibilidad de relaciones íntimas en la época de la concepción.

La prohibición de investigar la maternidad cuando la presunta madre sea una mujer casada, que consigna el artículo 242 del Código Civil de Uruguay, la establece el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, según se desprende del artículo 385; pero no obstante el caso, se permite que el hijo pueda indagar judicialmente la maternidad, cuando se deduzca de una sentencia civil o criminal. (Art. 386 C. C. D. T. F. vigente).

Nuestro Derecho patrio marca adelantos, en cuanto al derecho de indagar la maternidad, que también se otorga a los descendientes, y amplía el número de los casos en que puede legalmente atribuirse la filiación de los hijos naturales a la mujer casada, por considerar que cuando la armonía conyugal que en principio se trata de proteger contra la perturbación de terceros, se haya roto, ya no tendría caso impedir al hijo que investigue la maternidad, si el marido de su madre ha probado el adulterio y el fruto de éste; si la mujer ha sido condenada por el delito de adulterio o si en un procedimiento civil se invocó el adulterio como causa de divorcio y se probó debidamente, el hijo estará en aptitud legal para ejercitar su acción de investigación de maternidad.

LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.—

La mayoría de las legislaciones en la actualidad admiten la investigación judicial de la paternidad, con la tendencia de aumentar el número de casos en que se abra camino al proceso de investigación, sobre la base de que existan justificaciones objetivas determinadas de las que deriva la presunción lógica de paternidad, y que suelen enumerarse limitativamente. Por otra par-

te, existen sistemas legislativos que admiten la investigación libremente, es decir, sin someterla a circunstancias tasadas, ni a la existencia de ciertas situaciones objetivas determinadas; consienten, por tanto, que se utilice todo género de pruebas, para llegar al conocimiento de la verdad investigada, siempre que se demuestre por ese libre camino probatorio, las relaciones sexuales del presunto padre con la madre, al tiempo de la concepción del hijo.

Entre tipos de estas legislaciones, está el Código Civil alemán, que en su artículo 1717 deja abiertas libremente las puertas legales a cuantos medios de prueba el Derecho admite, para justificar que el presunto padre ha cohabitado con la madre en la época de la concepción del hijo, sin restricción alguna puesto que no exige pruebas de la justificación del raptó, violación, abuso de confianza, de posesión de estado, escrito auténtico, ni una situación de concubinato; lo interesante para ella, es demostrar el hecho de las relaciones sexuales contemporáneas a la fecha de la concepción, y esa demostración puede hacerse por todos los medios de prueba ordinarios.

Las excepciones que pueden oponerse, para demostrar su improcedencia se reducen:

I.—A la conducta deshonrosa de la madre.

II.—Imposibilidad física de haber tenido acceso carnal con la madre, durante los ciento veinte días primeros de los trescientos que precedieron al nacimiento.

III.—Que según las circunstancias, sea evidentemente imposible que la madre haya concebido al hijo por obra del pretendido padre.

IV.—La prueba hematológica.

V.—Que otro hombre ha cohabitado con la madre en la misma época de la concepción. (La exceptio plurium concubentium):

A este respecto, el artículo 1718 consigna que no podrá excepcionarse contra la presunción de paternidad, alegando que otro hombre ha cohabitado con la

madre durante la época de la concepción del hijo, si el demandado hubiese reconocido aquél en documento público.

También se rechaza la acción indagatoria siempre que se dirija a averiguar la paternidad de un hijo habido de mujer casada durante su matrimonio, en tanto el marido no haya desconocido la paternidad por sentencia firme.

En cuanto a los efectos de la declaración judicial, el mismo ordenamiento establece como consecuencia de la designación del padre que éste debe pagar a la madre los alimentos durante las seis semanas siguientes al parto y los demás gastos que se hayan producido necesariamente como consecuencia del alumbramiento.

No se espècifica de una manera clara a quién corresponde la acción; pero se desprende del contenido de los artículos 1716 y 1717 que el ejercicio corresponde a la madre antes del nacimiento del hijo, cuando se trate de su propio y exclusivo interés; en los demás casos en que se proceda en interés del hijo, deberá ejercitar la acción un tutor, en virtud de que la madre no representa al hijo por disposición expresa del artículo 1707. (42)

El artículo 314 del Código Civil suizo, en esta materia, expresa que la paternidad se presume cuando se prueba que entre los trescientos y los ciento ochenta días anteriores al nacimiento del hijo, o sea la época de la concepción, el demandado ha cohabitado con la madre. No tasa las pruebas, y por tanto adopta la misma posición del Código Civil alemán; aunque es un poco más generoso con el hijo, en cuanto a los efectos de la paternidad declarada.

Los artículos 315 y 316 del mismo ordenamiento consignan que la acción de indagación no podrá admi-

(42).—Enneccerus, Kipp y Wolff.—"TRATADO DE DERECHO CIVIL".—Traducción de Castán Tobeñas y otros.—Tomo IV.—Volumen II.—Página 183.—Vigésima segunda edición.—"BOSCH Y CIA".—Barcelona.—1916.

tirse ni prosperar, si la madre vivía deshonestamente en la época de la concepción, ni procederá si fuese casada y el hijo tuviese a su favor la condición de legítimo, puesto que solamente procede en caso que la autoridad judicial haya pronunciado sentencia firme declarando la ilegitimidad del hijo.

Los efectos declarativos de la paternidad en relación con el estado civil, sólo pueden obtenerse, según el artículo 323, en dos casos que son los siguientes:

a).—Cuando el demandado ha prometido a la madre contraer matrimonio con ella.

b).—Cuando la cohabitación ha constituido un acto criminal o abuso de autoridad.

En cualquiera de los dos casos previstos, el hijo adquiere iguales derechos que si fuese legítimo; pero si se hubiere probado la paternidad sin concurrir ninguna de las dos circunstancias, el hijo solamente tendrá derecho a ciertas prestaciones pecuniarias en su favor.

El ejercicio de la acción se confiere indistintamente a la madre o al hijo, por el artículo 307 del mismo ordenamiento.

El Código Civil de Venezuela, en su artículo 219, exige en el juicio indagatorio de paternidad, solamente que se demuestre la cohabitación del padre y de la madre en la época de la concepción y la identidad de éste, por cualquiera clase de pruebas, incluyendo la testimonial, si existe posesión de estado o concurre cualquier principio de prueba por escrito.

El artículo 218 del Código citado otorga al hijo la facultad de ejercitar la acción, la que, según se desprende del artículo 221, puede ser contestada no sólo por el presunto padre y sus herederos, sino por cualquiera que tenga interés en el asunto; la cuestión del interés quedará de hecho sometida al arbitrio judicial de los tribunales.

Entre los tipos de legislaciones que admiten la investigación judicial de la paternidad y la circunscriben a casos determinados que taxativamente enumera la ley, puede señalarse el Código Civil francés, que en su

artículo 340 reformado por la ley de 16 de noviembre de 1912, permite la investigación de la paternidad en ciertos casos en que se produce una presunción que da lugar a la declaración judicial, y son:

I.—Si ha existido raptó o violación coincidentes con la época de la concepción del hijo.

II.—Si se ha cometido seducción, abuso de autoridad o maniobras dolosas, como promesa de matrimonio, siempre que se demuestre por un principio de prueba escrita, procedentes del presunto padre.

III.—Si existe escrito del mismo en el que, sin los caracteres formales de un reconocimiento, confiese o declare inequívocamente la paternidad.

IV.—Si el padre o la madre ha vivido en concubinato notorio al tiempo de la concepción del hijo.

V.—Si el presunto padre ha provisto al mantenimiento y educación del hijo, siempre que esa conducta no se justifique por motivo distinto de la creencia en la paternidad. No se trata de la posesión, sino del cumplimiento de un deber de educación en favor del hijo.

El mismo precepto declara que la acción para solicitar y obtener la declaración judicial de paternidad, en los casos en que procede, corresponde al hijo y, durante su menor edad, a la madre, aunque ésta sea a su vez menor de edad; la acción referida se concede a la madre quien podrá deducirla en un plazo de dos años contados desde la fecha del nacimiento del hijo.

En los casos de concubinato notorio o que el padre haya provisto a los gastos de alimentos y educación del hijo, desde que cesó el concubinato y el padre dejó de atender a dichos gastos. Si la acción no se hubiese intentado durante la menor edad del hijo, éste podrá ejercitarla durante todo el año siguiente a su mayor edad.

El Código Civil español, en su artículo 135, sólo admite la declaración judicial de la paternidad en los siguientes casos:

Primero.—Cuando exista un escrito indubitable del padre, en el que expresamente reconozca la paternidad.

Segundo.—Cuando el hijo se halle en posesión constante de estado de hijo natural del presunto padre, justificada por actos directos del mismo o de su familia.

Tercero.—En los casos de violación, estupro o rapto, en los que se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en cuanto al reconocimiento de la prole.

El citado ordenamiento no expresa concretamente a quién corresponda la acción; pero no cabe duda que pertenece al hijo, y durante su minoridad, a la madre, a quien compete la patria potestad si lo ha reconocido; sino lo hubiese reconocido y fuese menor de edad, la acción deberá ejercitarla el tutor del hijo.

La acción indagatoria de la paternidad sólo puede ejercitarse en vida de los padres salvo los casos siguientes:

a).—Si el padre o la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, caso en el cual éste podrá deducir su acción, antes que transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad.

b).—Si después del fallecimiento del padre, aparece algún documento del que con anterioridad no se hubiese tenido noticia, en el que reconozca expresamente al hijo. (43).

El Código Civil del Uruguay, en su artículo 241, establece que:

“La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada:

1/o.—Si ha habido rapto o estupro violento, cuando la época de la concepción coincida con el rapto o con el estupro.

2/o.—En el caso de que el marido haya desconocido la paternidad del hijo, y haya obtenido sentencia ejecutoria en su favor.

3/o.—Cuando el padre haya reconocido por escrito la paternidad que se reclama.

(43).—Clemente de Diego.—“DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORMAL”.—Tomo VI.—Página 380.—1a. Edición de “TALLERES DE ARTES GRAFICAS”.—Madrid.—1930.

4/o.—*Cuando el pretendido padre haya vivido en concubinato notorio con la madre, durante el período de la concepción.*

5/o.—*Cuando el padre haya provisto el mantenimiento, educación y vestido del hijo de manera pública y continua por un año, a lo menos, invocando su calidad de padre.*

6/o.—*En caso de seducción de la madre, cumplida con abuso de autoridad o con promesa de matrimonio, en época contemporánea con la concepción y siempre que para el segundo caso exista principio de prueba por escrito”.*

La legislación uruguaya dispone que contra la acción indagatoria de paternidad, puede excepcionarse el presunto padre, probando que durante el período de la concepción la madre observaba notoriamente costumbres deshonestas, o que mantenía relaciones sexuales con otro hombre, o que físicamente fue imposible que hubiese tenido acceso carnal con la madre, en la época de la concepción del hijo.

Entre los medios de prueba que admite el Derecho uruguayo, existe la prueba hematológica y el retrato hablado.

El Código del Niño de la República de Uruguay establece que si solamente se demanda alimentos para el hijo, la investigación de la paternidad puede hacerse en juicio sumario, en el cual no se requieren pruebas incontrovertibles, ni es necesario que se lleve al juzgador una convicción absoluta; bastará con que las presunciones sean serias, para declarar la paternidad y condenar solamente a alimentos, si hubiere error, éste se corregirá en un juicio ordinario, en que se dicte sentencia que producirá todos los efectos relacionados con el estado civil; de manera que si pretende obtener todos los derechos que derivan de la filiación, deberá demandarse en juicio plenario la investigación de la paternidad.

En esta materia, la sentencia pronunciada en juicio sumario puede impugnarse en juicio ordinario; al

efecto consigna el artículo 191 del Código del Niño que: *“El fallo del juez sólo tendrá el recurso de que habla el artículo 133, además las partes podrán entablar juicio ordinario ante los jueces comunes, y por el procedimiento fijado en el Código de Procedimientos Civiles, a cuyo resultado deberá estarse”*.

El artículo 193 establece que para que el hijo tenga derecho a la sucesión del padre, deberá haber obtenido su reconocimiento ante la justicia ordinaria.

El Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, que tan liberal se muestra en ocasiones respecto a los hijos naturales, puesto que casi borra las diferencias entre éstos y los procedentes de matrimonio, no se ha decidido a establecer la libre investigación de la paternidad, y enumera su procedencia limitándola a cuatro circunstancias, según se desprende del artículo 382:

1.—En los casos de raptó, estupro y violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; estas circunstancias revelan la importancia del caso tradicional que enumera la doctrina clásica, en que se permitía la investigación de la paternidad aun en los sistemas contrarios a la indagación judicial.

La legislación española remite este caso al Derecho Penal, para la definición de los delitos y si no se acredita la comisión delictuosa, es improcedente la investigación de la paternidad.

La legislación francesa establece una independencia del raptó, estupro o violación, del Derecho Penal, en virtud de que lo que se busca es la posibilidad de que el señalado como padre sea efectivamente el autor del embarazo; de manera que no es necesario que la acción dependa de la resolución definitiva del procedimiento penal, lo que sí es indispensable es que el raptó, estupro o violación coincidan con la época de la concepción.

Nuestro precepto debe precisar que no es el carácter delictuoso del hecho lo que justifica la indagación judicial de la paternidad, sino la certidumbre obtenida

a través de las circunstancias sobre la paternidad; luego no es necesario que sea previamente decretada la condena por un tribunal penal.

II.—Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado del hijo del presunto padre. Respecto a esta fracción casi todas las legislaciones consagran la posesión de estado como hecho que puede dar lugar a la declaración de paternidad, por constituir una confesión tácita de la paternidad, aun cuando en la exposición de motivos del Código Civil francés, se rechazó de una manera franca la posesión de estado de hijo para probar la paternidad; pero en la reforma de 1912, que permite la investigación de la paternidad, se dijo que podía declararse la paternidad cuando el padre ha proveído el mantenimiento del hijo, luego vemos que la ley no exige una posesión de estado de hijo completa.

III.—Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente. En relación con esta circunstancia, se trata del concubinato que se considera existente cuando hay vida común, bastando que el hijo haya nacido después de los ciento ochenta días contando desde que comenzó el concubinato, o antes de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

IV.—Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. Respecto a esta fracción el principio de prueba puede ser por escrito, o un indicio que acuse la posibilidad de relaciones íntimas en la época de la concepción; pero no se exige que el principio de prueba consista en un escrito, lo cual facilita suficientemente la procedencia del juicio indagatorio, y supone un criterio liberal amplio en favor del hijo.

La casuística de la ley a efecto de establecer presunciones de paternidad en favor de la filiación natural, sugiere que los derechos fundamentales del hijo natural, se hagan depender de la índole más o menos

dolosa de las relaciones que el padre haya mantenido con la madre. Este criterio menos merece nuestro asentimiento cuando no ha equiparado completamente los derechos entre ambas descendencias; situación que ha sido generada al impulso de una organización social fundamentalmente reaccionaria, que resume preocupaciones tradicionales con objeto de rendir exagerado culto a la familia legítima, cuya integridad y reposo trata de defenderse, sacrificando indisputables derechos que corresponden a otros hijos, que no son responsables de su condición y menos de un origen que nunca pudieron haber elegido. (44)

Nuestro legislador, en consideración al progreso que revela la actualidad, debería permitir la libre investigación de la paternidad, fundando la acción en la procreación y una conducta honesta o de fidelidad de la mujer, con facultad de utilizar todos los medios de prueba admitidos por la ley, produciendo los mismos efectos legales relativos al estado civil de los hijos de matrimonio, y enumerar taxativamente tanto los casos en que el demandado pueda excepcionarse contra las acciones de paternidad, dejando sus preceptos flexiblemente preparados a acoger los adelantos de la prueba hemotológica y de todas las ideóneas, para demostrar el acceso carnal del presunto padre con la madre, en fecha contemporánea a la concepción.

(44).—Eduardo B. Busso.—"CODIGO CIVIL ANOTADO".—Tomo II.—Página 440.—1a. Edición de "EDIAR".—Buenos Aires.—1945.

CONCLUSIONES

PRIMERA.—Es a todas luces innegable que el Código Civil de 1928 representa un adelanto digno de encomio, en la materia tratada en esta tesis, pues es más humanitario que los viejos ordenamientos en que se desconocían ciertos derechos a los hijos extramatrimoniales, consagra en la propia materia un sistema que notablemente supera los injustos criterios legales que perduraron en el pasado.

SEGUNDA.—En los sistemas legales tradicionalistas prevaleció la irritante injusticia de colocar a los hijos habidos fuera de matrimonio, en una condición de inferioridad frente a los hijos legítimos. En atención exclusiva al hecho material de la procreación, es indiscutible que ambas descendencias se hayan ubicadas en situaciones iguales ante los progenitores, puesto que no es culpa ni mérito personal del hijo proceder o no de matrimonio.

TERCERA.—En nuestra época resulta injustificado tomar como base exclusiva a las uniones legítimas para clasificar a los hijos en naturales y de matrimonio y hacer desprender de tales uniones ciertos derechos y obligaciones paternofamiliares. Por consecuencia, sólo debe existir la denominación de hijos, escueta y genéricamente, sin establecer diferencias legales entre ambas descendencias.

CUARTA.—El propósito de reformar el Código Civil de 1928, en algunos preceptos relativos a materia de

filiación, se inspira en un criterio perfectamente humano, que trata de dar protección a aquellos cuyo nacimiento es causa de deshonor, ya que en cierto modo la condición de hijo natural contraviene los principios de probidad familiar, porque el matrimonio es el medio legal y moral de constituir la familia. Los sentimientos que fundamentan limitativamente las uniones de hombres y mujeres con el fin de perpetuar la especie, condenan con todo rigor cuanto sea perjudicial a la prole.

QUINTA.—Si el legislador de 1928, por razones de método, consideró necesaria la clasificación del vínculo jurídico natural, ella solamente debió haber comprendido a las partes de la relación en las uniones de hecho, y no a terceros que resultan ser los hijos de padre y madre naturales, por contravenir nuestra legalidad constitucional, ya que el artículo 22 del Código político prohíbe expresamente la imposición de penas infamantes y trascendentales; contravención que trae aparejadas consecuencias que se observan invariablemente en los casos de desconocimiento e indagación de la paternidad, toda vez que el juzgador, al dictar resolución condenatoria, no agota los efectos de la sentencia en el ámbito personal de los agentes de la comisión, porque la condena impuesta trasciende a sancionar el producto de las uniones extramatrimoniales, con la denominación infamante de hijo natural, en virtud de que el artículo 77 del Código Civil de 1928 dispone que el acta de nacimiento del hijo habido fuera de matrimonio, deberá contener la expresión de ser hijo natural.

SEXTA.—Con la finalidad de equiparar a ambas descendencias, sin primordial consideración a la clase de relación que exista entre sus progenitores, para evitar que las uniones de hecho entre hombres y mujeres sigan gestando nefastas consecuencias en perjuicio de las futuras generaciones, y proscribir de nuestro Dere-

cho patrio la odiosa denominación de hijo natural, sugiero las siguientes reformas:

1/a.—Que no se consigne declaración alguna sobre la condición de los hijos en las actas de nacimiento, ni en ninguna certificación referente a la filiación.

2/a.—Que la designación de tutor para el efecto del reconocimiento de menores cuyos padres no hayan declarado el nacimiento dentro de los plazos legales de ocurrido aquél, se haga exclusivamente cuando se trate de menores cuya filiación sea totalmente desconocida, o cuando el menor haya adquirido bienes cuya cuantía, teniendo en cuenta las circunstancias personales de quien pretende reconocerlo, haga suponer fundadamente que mueve a éste a tal reconocimiento.

3/a.—Que se otorgue el derecho de convivencia en el hogar doméstico de cualquiera de los progenitores sin previo consesu conyugal, tanto al menor reconocido por la madre, habido de otro hombre antes del matrimonio de ella, cuanto al reconocido por el padre, habido de otra mujer antes o durante el matrimonio de éste, a lo menos en los casos en que haya perecido alguno de los progenitores y el hijo se encuentre en la minoridad sin haber alcanzado la edad puber.

4/a.—Que la imprescriptibilidad de la acción que compete al hijo legítimo para reclamar su estado civil, se haga extensiva a los hijos habidos fuera de matrimonio y a sus descendientes.

5/a.—Que se establezca la libre investigación de la paternidad fundando la acción en la procreación y una conducta o honesta o de fidelidad de la mujer, con facultad de usar todos los medios de prueba ordinarios admitidos por la ley.

BIBLIOGRAFIA

- Bonnetase Julien.—ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL.— 1/a. Edición de la Biblioteca Jurídico Sociológica. — Traducción de José M. Cajica. — Tomo I. — Volumen XIII. Puebla. — 1953.
- Buen Demófilo de.—DERECHO CIVIL COMUN ESPAÑOL.— 1/a. Edición de REUS.— Madrid.— 1922.
- Busso Eduardo B.—CODIGO CIVIL ANOTADO.— 1/a. Edición de EDIAR. Tomo II.— Buenos Aires.— 1945.
- Bonnetase Julien.—LA FILOSOFIA DEL CODIGO DE NAPOLEON APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA.— 1/a. Edición de la Biblioteca Jurídico Sociológica.— Traducción de José M. Cajica.— Puebla, 1945.
- Coulanges Fustel de.—LA CIUDAD ANTIGUA.— 2/a. Edición de Daniel Jorro y Simón.— Traducción de M. Ciegas Aparicio.— Madrid.— 1931.
- Colin Ambrosio y Capitant Enrique.—CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL.— 3/a. Edición de REUS.— Traducción de Demófilo de Buen.— Tomo I.— Madrid.— 1952.
- Cicu Antonio.—EL DERECHO DE FAMILIA.— 2/a. Edición de Losada. Traducción de Santiago Sentís Melendo.— Buenos Aires.— 1947.
- Conta Ricardo.—DERECHO CIVIL MEXICANO.— 3/a. Edición de La Vasconia.— Tomo II.— México.— 1919.
- Diego Clemente de.—INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. 1/a. Edición de los Talleres de Artes Gráficas.— Tomo II. Madrid.— 1930.
- Dugit León.—MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. 2/a. Edición de LIBRERIA ESPAÑOLA.— Traducción de José G. Acuña.— Madrid.— 1926.
- Fraga Gabino.—DERECHO ADMINISTRATIVO.— 6/a. Edición de Porrúa, S. A.— México.— 1955.
- Fernández Clérigo Luis.—EL DERECHO DE FAMILIA EN LA LEGISLACION COMPARADA.— 1/a. Edición de UTEHA. —México.— 1947.
- Gurvitch George.—LAS FORMAS DE LA SOCIABILIDAD.— 3/a. Edición de Losada, S. A.— Buenos Aires. —1954.
- García Mnynez Eduardo.—INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO.— 9/a. Edición de Porrúa, S. A.— México.— 1960.
- García Téllez Ignacio.—MOTIVOS, COLABORACION Y CONCORDANCIA DEL NUEVO CODIGO CIVIL MEXICANO.— México.— 1932.

- Gettel Raymond G.—HISTORIA DE LAS IDEAS POLITICAS.— 2/a. Edición de la "Nacional, S. A."— México.— 1951.
- Gurvitch George.—LA IDEA DEL DERECHO SOCIAL.— 2/a. Edición de "Sirey".— Traducción de Losada.— Buenos Aires.— 1935.
- Josserand Louis.—TRATADO DE DERECHO CIVIL.— 3/a. Edición de BOSCH Y CIA.— Traducción de Cunchillos y Maunterola.— Tomo I.— Volumen II.— Buenos Aires.— 1938.
- Kipp y Wolff.—EL DERECHO DE FAMILIA.— 1/a. Edición de BOSCH y CIA.— Traducción de José Castán Tobeñas.— Tomo IV.— Volumen II.— Barcelona.— 1946.
- Mateos Alarcón Manuel.— ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.— 1/a. Edición de J. Valdez Cuevas.— Tomo I.— México.— 1885.
- Mendieta y Núñez Lucio.—EL DERECHO SOCIAL.— 1/a. Edición de Porrúa, S. A.— México.— 1953.
- Oncken Guillermo.—HISTORIA UNIVERSAL.— Nueva edición ilustrada de Montaner y Simón.— Barcelona.— 1917.
- Olea y Leyva Teófilo.—LA SOCIALIZACION DEL DERECHO.— 1/a. Edición de "CULTURA"— México.— 1933.
- Ortiz-Urquidí Raúl.—MATRIMONIO POR COMPORTEAMIENTO. 1/a. Edición de "Stylo".— México.— 1955.
- Petit Eugene.—TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO.— 9/a. Edición de Araujo.— Traducción de Manuel Rodríguez Carrasco.— Buenos Aires.— 1950.
- Planiol Marcel y Ripert George.—TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS.— Tomo II.— traducción del Dr. Mario Díaz.— La Habana.— 1927.
- Pina Rafael de.—ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. 2/a. Edición de Porrúa, S. A.— México.— 1960.
- Recasens Siches Luis.—TRATADO GENERAL DE SOCIOLOGIA.— 4/a. Edición de Porrúa, S. A.— México.— 1961.
- Radbruch Gustavo.—INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO.— 1/a. Edición del Fondo de Cultura Económica.— México.— 1950.
- Rojina Villegas Rafael.—DERECHO DE FAMILIA.— 1/a. Edición de la "Antigua Librería Robredo".— Tomo segundo.— Volumen II.— México.— 1962.
- Sohom Rodolfo.—INSITUACIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO.— 1/a. Edición de "Gráfica Panamericana".— Traducción de Wenceslao Roces.— México.— 1951.
- Sánchez Román Felipe.—ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL.— Editorial "MADRID".— 2/a. Edición.— Tomo V.— Volumen II.— Madrid.— 1921.
- Castán Tobeñas José.—DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORAL.— 6/a. Edición de "REUS".— Tomo I.— Volumen I.— Madrid.— 1936.

Verdugo Agustín.—PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO.—
1/a. Edición de Alejandro Marcué.— Tomo II.— México.— 1886.

Valverde Calixto.—TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL.— 3/a.
Edición de los "Talleres Gráficos Cuesta".— Tomo IV.— Valladolid.—
1926.

Pallares Eduardo.—CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1884.— Edición ano-
tada y concordada con el Código de 1928 por el Lic. Eduardo Pallares.—
Editorial "Herrerros Hus. y Suc".— México.— 1920.

Pallares Eduardo.—LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.— Concor-
dada con el Código Civil de 1928. por el Lic. Eduardo Pallares.— Edito-
rial "BOURET".— México.— 1917.

Andrade Manuel.—NUEVO CODIGO CIVIL para el Distrito y Territorios
Federales, anotado y concordado por el Lic. Manuel Andrade.— Edito-
rial Información Aduanera de México.— 10/a. Edición.— México.— 1952.

CODIGO PENAL para el Distrito y Territorios Federales.— 13/a. Edi-
ción de "Información Aduanera de México".— 1960.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICA-
NOS.— 6/a. Edición de Porrua, S. A.— México.— 1956.