

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

Los Hijos Nacidos Fuera de Matrimonio  
y sus Derechos Hereditarios

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA

SERGIO AGUILAR HERNANDEZ

MEXICO 1970



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.

Dedico este trabajo a mis padres: Sr. Enrique Aguilar Macías y Sra. Juana Hernández de Aguilar; a mis hermanos Concepción, María Cristina, Enrique, Humberto, Guillermo, Miguel (q.e.p.d.) y José de Jesús, sin cuya ayuda no hubiera sido posible mi formación universitaria, y a quienes agradezco de por vida todo lo que hicieron por mí.

**A Luz María.**

Con mi cariño, fé y  
esperanza puestas en tí.

A los **Sres. Dr. Raúl Ortiz-Urquidi y Lic. Miguel Angel Quintanilla García**  
con sincero agradecimiento por su valiosa colaboración y atinada di-  
rección.

## INDICE

|  | Págs. |
|--|-------|
| INTRODUCCION   |       |
| <b>CAPITULO PRIMERO</b>  |       |
| DE LA FAMILIA:   |       |
| a).—Concepto y definición  | 7     |
| b).—Desarrollo histórico   | 13    |
| c).—El Derecho de Familia  | 21    |
| <b>CAPITULO SEGUNDO</b>  |       |
| DEL MATRIMONIO:  |       |
| a).—Concepto y definición  | 32    |
| b).—Breve estudio histórico,<br>sociológico y jurídico                 | 35    |
| c).—El Concubinato y el amasiato                                       | 56    |
| <b>CAPITULO TERCERO</b>  |       |
| DE LA FILIACION:   |       |
| a).—Concepto y definición  | 62    |
| b).—La filiación de los hijos de<br>matrimonio                         | 64    |
| c).—La filiación de los hijos nacidos<br>fuera de matrimonio           | 65    |
| d).—El reconocimiento  | 71    |
| e).—La investigación de la paternidad                                  | 79    |
| f).—La investigación de la maternidad                                  | 82    |
| <b>CAPITULO CUARTO</b>   |       |
| DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA<br>DE MATRIMONIO Y EL<br>DERECHO SUCESORIO: |       |
| a).—Introducción al Derecho Sucesorio                                  | 86    |
| b).—Derechos en la sucesión<br>testamentaria                           | 91    |
| c).—Derechos en la sucesión legítima                                   | 102   |
| CONCLUSIONES   | 118   |
| OBRAS CONSULTADAS  | 120   |

## INTRODUCCION

La elaboración del presente trabajo marca el término de mi carrera como estudiante de la Facultad de Derecho. Por lo cual manifiesto mi más profundo agradecimiento a mis maestros, a mis compañeros y a todas las personas que de una manera directa o indirecta colaboraron para el logro de este fin.

La inquietud que motivó este trabajo es el resultado de una meditación de nuestra realidad viviente, al pregón del amor libre, la inmoralidad, la delincuencia, la prostitución, las drogas y muchas cosas más que hacen que la humanidad se opaque poco a poco.

De lo anterior de llegado a la conclusión que esa desorientación tiene su origen en el hogar; en la disgregación de la familia, ya que por desgracia muchos de los jefes de hogar no tienen el carácter, la fuerza moral para educar, para guiar a sus hijos, porque ellos mismos no fueron guiados y educados. Siendo la causa la ignorancia, el alcoholismo, los placeres, los vicios y un falso concepto de la vida.

Si en un hogar establecido no se forman, ni se educan, ni se guía a los hijos, qué podría suceder cuando no hay hogar, donde no hay un jefe de familia, donde el único que padece es el hijo; un hijo al que sus progenitores no les preocupa su educación, que es absorbido por la vorágine de la vida, de donde va a resultar un delincuente, un drogadicto, una rémora para el progreso social; y todo esto es lo que más preocupa, porque el hijo nacido fuera de matrimonio no es el culpable.

El problema de los hijos nacidos fuera de matrimonio en el Distrito Federal, es de proporciones colosales. Baste decir que el último censo practicado arrojó el increíble porcentaje del 38% de madres solteras, por lo cual no debemos de escatimar esfuerzo alguno para solucionar este problema. Hay que procurar que los hijos de esas uniones libres, ya sean llamados adulterinos, incestuosos o de concubinatos, no sean estigmatizados y que posean nombre y disfruten de alimentos, y de todos los derechos que tienen los hijos de matrimonio.

En este modesto trabajo expongo las posibles soluciones y trato de contribuir al bienestar de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Aunque estas soluciones sólo abarcan el aspecto jurídico y legal de las mismas: cumpliendo con mi deber social como miembro, como hijo de la Facultad de Derecho.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **DE LA FAMILIA**

- a).—Concepto y Definición;**
- b).—Desarrollo histórico;**
- c).—El derecho de familia.**

## a) . . CONCEPTO Y DEFINICION

Es indudable que la familia es una institución legendaria que arrastra un inmenso caudal de historia, considerándose más antigua que el propio Estado y más universal que cualquier otra institución; su importancia se funda en el valor creativo que representa socialmente y en la estructura de la vida colectiva.

En efecto, la familia así considerada es la célula social, es la parte más pequeña, pero más importante de la sociedad, y es de estimarse que la sociedad es más perfecta a medida que la familia alcanza su mayor grado de evolución. He aquí el interés del Derecho por abarcarla en su aspecto constitutivo y regularla en su función social, velando para su mayor integridad y previendo jurídicamente sus efectos.

El sociólogo argentino Alfredo Poviña (1) nos dice que la familia es la unidad básica en la composición de toda agrupación, en tal forma que no podemos concebir la existencia de la sociedad como un todo, sin que previamente supongamos la existencia de vínculos familiares. Es la unidad social y básica por excelencia.

Asimismo, el sociólogo ibero Luis Recasens Siches (2) comenta que también se destaca si tomamos en cuenta que ella es fundamental para el desarrollo de la personalidad humana, y que constituye indiscutiblemente la fuente originaria, el vínculo esencial, el primer apoyo que tiene el individuo para desenvolver todas las facultades que integra su personalidad, por lo que precisamente la motivación esencial de la familia consiste en el hecho de que cuando los hijos han nacido necesitan ser cuidados, asegurados en su existencia y educados, todo lo cual no pueden hacerse por propia cuenta, ni siquiera pueden pedirlo, puesto que no tienen aún conciencia ni voluntad suficiente para ninguno de esos menesteres.

Gabriel De Bonald dice (3) que es tal su importancia, que el género humano nace de la familia y continúa en ella a tal punto que si la humanidad se redujera a una sola familia, bastaría ese núcleo para constituir de nuevo toda la humanidad. La familia, dice el autor, es natural y es

---

1. Poviña Alfredo.—“Sociología”, Ed. Assandri, Argentina, 1961, Pág. 455.

2. Recasens Siches Luis.—“Sociología”. Ed. Porrúa, S. A. Méx. Pág. 466.

3. Ct. Poviña Alfredo. ob. cit. Págs. 457-59.

necesaria y hasta formada por lo menos de tres individuos entre sí, en cuanto que todos son humanos, pero al mismo tiempo diferentes, porque cada uno de ellos tiene sus funciones esenciales, el padre, la madre y el hijo.

Para tener una visión más amplia de la institución familiar, hay que abordar diversos aspectos de la misma, conexos a las exigencias del orden familiar.

La unión del hombre y de la mujer es la forma más valiosa de unión humana, por las muchas vitalidades que el desenvolvimiento implica. Estas virtudes polarizan en torno a dos razones esenciales de la unión. Una de ellas constituye más bien el fin inmediato que normalmente se persigue: la felicidad de los cónyuges. La otra parte más bien, el resultado: la procreación de los hijos. A primera vista estas dos razones parecen independientes, inclinándose cada una, según su temperamento, a considerar la una o la otra. El hombre verá sobre todo en el matrimonio el instrumento de la felicidad o de la fecundidad, según sienta mayor preocupación por su descendencia o por su felicidad inmediata. Para comprender la armonía de la unión conyugal hay que penetrar en los diversos aspectos e investigar cómo se unifican.

Empecemos por la unión conyugal en sí misma: La diferencia de sexo es la diferencia natural más profunda que existe entre los seres humanos. Va unida a un elemento fundamental de la naturaleza humana, de tal riqueza y de aplicaciones tan múltiples que resulta imposible formularlo de un modo preciso y completo; por lo que nos inclinamos a calificarlo de misterio del hombre. Este misterio del hombre ha dado origen a la Historia del pensamiento y de la Literatura, a numerosas explicaciones que adolecen, en general, de cierta vaguedad y de ser muchas veces contradictorias.

La unión familiar consiste, esencialmente en que, por una parte, el hombre aparece como un ser completo en sí mismo, que, bastándose, busca su propio fin de una manera autónoma; esto es lo que queremos significar al llamarle persona. Pero por otra parte el hombre es esencialmente incompleto; no se basta a sí mismo; necesita de otros hombres para desarrollar su personalidad. Particularmente cada uno de los sexos denotan una humanidad incompleta; el hombre necesita de la mujer y la mujer del hombre, según la expresión del Génesis, el hombre necesita una ayuda semejante y diferente dado que es complementaria. Ni el hombre ni la mujer poseen en cierto modo, una humanidad completa, la humanidad completa se realiza de la unión de ambos, engendradora de hombres. Este carácter incompleto del ser humano lo encontramos de nuevo en toda la vida social, pues el hombre necesita de la sociedad: ésta parece aportarle elementos de desarrollo en cierta manera sobre humanos, en el sentido de que sobrepasan las capacidades de desarrollo del ser humano, en tanto que forman parte de un todo, el individuo como tal.

Así, según el punto de vista que se adopte, el hombre aparece como un ser completo que se basta así mismo, superior a los demás seres, ordenado a un fin que debe seguir por sí mismo, y todas las formas de agrupación o de sociedad están al servicio del hombre; o al contrario, como un ser incompleto que busca la perfecta realización de sí mismo en otros seres con los cuales forma una unidad de asociación que trasciende al individuo. Este doble aspecto, se manifiesta preponderantemente en la unión conyugal.

El sexo aparece ante todo como una necesidad, de otro semejante y diferente a la vez. A esta necesidad de un semejante complementario corresponde a lo que se ha llamado como el amor. Los filósofos definen el amor, en función de la unión a otro, "tendencia a la unión o goce por la unión realizada". Ciertamente que la noción de amor no se limita a la sola unión de los sexos.

La sexualidad ha sido estudiada en nuestros días más que en cualquier otra época. Estos estudios han subrayado la repercusión del sexo en el conjunto de la personalidad, no sólo física sino intelectual y moral; han hecho notar también hasta qué punto el hombre y la mujer se complementan, el uno al otro, desde todos los puntos de vista. De todo esto se deduce que la unión de sexos no es sólo física, ni se limita a las satisfacciones propiamente físicas de esta unión, sino que tiene un carácter moral que exige la unión de vida, la vida en común, la ayuda mutua en todas las actividades.

Así pues, la unión más completa posible de un hombre y una mujer se complementan cuando se trata de dos seres humanos que poseen la misma dignidad y el mismo derecho a realizar, íntegramente, sin que uno tenga derecho a esclavizar al otro, los derechos y las obligaciones propias de la unión. Debemos entender esta unión como una perfecta igualdad que no excluye ciertas diferencias, sino que las implica, puesto que la unión se basa precisamente en esta diferencia. Las relaciones del hombre con la mujer no son las mismas que las de la mujer con el hombre; las ventajas, los servicios que el hombre espera de la mujer no deben ser los mismos que espera ésta de aquél. Igualdad absoluta pero diferencia; no intercambio de servicios cuantitativamente mesurables, sino unión de dos seres humanos que aportan el uno al otro el apoyo de una personalidad diferente de la propia.

La unión de los sexos tiene como efecto traer al mundo nuevos hombres. Estos son el fruto de la unión y el símbolo esencial de la unidad del hombre y la mujer, porque el niño es un ser portador de la personalidad de su padre y su madre; él es algo de ellos mismos que se desgaja para formar un nuevo ser, en quien no se puede separar ni apenas distinguir lo que procede del padre de lo que procede de la madre.

En el niño, la unidad de los esposos se realiza de un modo absoluto, mientras que la unión por sí nunca puede llegar a la fusión de los esposos tal que no sean en verdad más que uno. El hijo es la unidad de los esposos realizada y proyectada fuera de ellos. También el desea del hijo es la consecuencia natural, normal y espontánea. Al mismo tiempo, el hijo eleva la vida conyugal, porque induce a los esposos a superarse, a sobrepasar la búsqueda de la sola satisfacción propia, orientando su vida hacia otros seres. Otros seres que al mismo tiempo y en algún sentido son ellos mismos, su continuación. Como dice la gente, el hijo proporciona un objetivo a la vida, porque gracias a él hay algo que continúa cuando uno muere.

Por el hijo los esposos se superan: pero con el hijo aparece, en unión de los esposos, un elemento que objetivamente sobrepasa a los esposos. Porque también el hijo es un ser humano; tiene la misma dignidad de ser humano que los padres, el mismo derecho de desenvolverse según la exigencia de su personalidad. Con el hijo la unión conyugal se convierte en familia, en entidad colectiva que sobrepasa a los esposos convertidos en padres. Desde este momento los padres deben ponerse al servicio de la colectividad. Ellos son los responsables; el niño es el fruto de sus obras, les debe la vida y tiene derecho a que sus padres le aseguren ciertas condiciones de desarrollo y bienestar ya que el hecho de haberle traído al mundo confiere a los padres una responsabilidad.

Ahora bien, la primera necesidad del hijo es tener a sus padres unidos. El sano desenvolvimiento del hijo reclama que éste reciba la doble influencia del padre y la madre en la manera más homogénea posible, o sea que ésta doble influencia se ejerza sobre él con tal unidad, que el niño no pueda imaginar o notar diferencia alguna entre sus padres. La buena educación del hijo exige que sus padres estén unidos como sea posible; en otros términos que haya un padre y una madre y no sólo una madre abandonada; ya que los hijos son las víctimas.

La familia forma a los hijos y sostiene a los adultos. A su servicio ante todo trabajan la mayoría de los hombres, para defenderla, para hacerla vivir y prosperar. El hombre que no tiene familia le falta algo esencial, elemento de ponderación y estímulo, la mayoría de los hombres que no fundan un hogar corren el riesgo de disminuir su impulso vital y creador o de desviarlo.

Los padres, en efecto, se dedican a transmitir a los hijos todo su caudal, el caudal material de los bienes, el moral del honor, los sentimientos, las convicciones. La Familia conserva, transmite y asegura la estabilidad social la estabilidad de las ideas y de la civilización. Cuando es sana, la familia forma un medio ambiente cerrado que escapa en gran parte a las influencias exteriores y encuentra en sí misma todo cuanto reclama su vida moral.

La familia es una institución natural, nace espontáneamente donde quiera que haya hombres. No espera para aparecer, a que el Estado le designe un Estatuto Jurídico. La mayoría de las sociedades existe sin intervención del Estado y se rige por costumbres tradicionales. Sin embargo, la unión de los sexos y la procreación puede darse en condiciones contrarias a las exigencias de la naturaleza humana. De ahí la distinción entre el matrimonio, la unión legítima, conforme a las exigencias de la naturaleza y la unión ilegítima. Viviendo el hombre en la sociedad, la distinción entre el matrimonio, base de la familia, y la unión ilegítima, requiere la intervención de la sociedad. La familia no puede desenvolverse sin un reconocimiento social que consagre el vínculo que una a los esposos entre sí y a los hijos con los padres. La personalidad social del hombre viene determinada ante todo por la descendencia o la ascendencia. El niño no tiene ante la sociedad más personalidad propia que de ser el hijo o la hija de fulano y de zutana.

La familia y el matrimonio son instituciones de una importancia mayor, no sólo para las personas particulares, sino también para la sociedad. Esta tiene, por tanto, por exigencias del bien común el deber y el derecho de protegerlas y conservarlas y oponerse asimismo a que sean abiertamente lesionadas, por medio del Derecho. Ya que la negligencia de los deberes familiares no sólo afectan a los particulares, sino a la sociedad misma; tales son por ejemplo, las enfermedades, la criminalidad, la prostitución, el abandono de niños, el pauperismo y la ruina de los fundamentos morales de la sociedad.

Los pocos principios que acabamos de establecer bastan para determinar el puesto de la familia en la humanidad. Ahora trataremos de dar una definición de ella, siguiendo a diferentes autores:

Luis Fernández de Clérigo (4), en su obra define a la familia como "un agregado cultural", elemento y embrión del Estado", en la introducción de su obra asienta: "Entre las instituciones del llamado Derecho Civil, pocas o tal vez ninguna, habrán sufrido la profunda evolución que ha conmovido y aún conmueve jurídicamente a la familia; por esa razón el ilustre profesor de la Universidad de Bolonia, Antonio Cicu, en su obra "La Filiación" comenta que la legislación de la familia ha comprendido en sus principales manifestaciones, el tránsito desde la esfera peculiar, y para muchos tradicional, del Derecho Privado, hasta la más amplia del Derecho Público.

Antonio Cicu (5) expresa: "Que en el ordenamiento jurídico, la familia es un conjunto de personas unidas por vínculos jurídicos, de consanguinidad o de afinidad "Efectivamente el nexo que une a los indivi-

4. Fernández de Clérigo Luis.—"Derecho de la familia en la Legislación comparada". UTHEA. México 1947. Pág. 1, sgts.

duos es un vínculo natural, la consanguinidad, es una comunidad de sangre de los individuos que forman la familia a su vez la ley ha construido un artificio para establecer un medio de parentesco de los individuos con relación a los grupos al que se ha llamado la afinidad.

La afinidad es un vínculo puramente legal, pero es indiscutible que en cierta forma se apoya en consanguinidad; así hay consanguinidad entre un tío y un sobrino; y hay afinidad entre cuñados, pero esta afinidad es un parentesco legal. Por eso el vínculo que une a los miembros de la familia es lo que se denomina parentesco, ya sea parentesco por consanguinidad, que es la regla común, ya sea por afinidad, que es el parentesco legal establecido indirectamente sobre vínculos de sangre.

Tratando de dar una definición que abarque todas las formas MACLVER, dice: (6) "La familia es un grupo definido por una relación sexual suficiente, precisa y duradera para proveer la protección y crianza de los hijos, puede incluir a no parientes, descendientes de segundo o anterior grado o miembros adoptados; pero esencialmente la familia está constituida por la vida conjunta de los esposos con la prole formando una unidad colectiva definida.

Tóennies (7), define la familia como: "la relación del hombre y de mujer para procrear hijos de común voluntad; voluntad tanto del hombre como de la mujer de reconocerlos como suyos y de cuidarlos, pero la voluntad también cuando no se logra ningún hijo de vivir juntos, de protegerse mutuamente y de gozar los bienes comunes.

Es de observarse que aquí el autor amplía su visión hacia la falta de hijos, fin primordial del matrimonio, situación en la cual es de considerarse que al mencionarlo está buscando el fin inmediato que es la felicidad de los cónyuges, protegiéndose el uno al otro.

Ruggiero (8), dice que la familia, como organismo social, está fundada en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, la religión; la costumbre y la moral para el bienestar general.

Josserand (9) por su parte sostiene que la familia se entiende en dos sentidos diferentes, más o menos comprensivos, que podrían representar-

---

5. Cicu Antonio.—El Derecho de la Familia. Pág. 27.

6. Cit. Poviña Alfredo, ob. Cit. Pág. 461.

7. Cit. Poviña Alfredo. Ob. Cit. Pág. 470.

8. Ruggiero Roberto de, "Instituciones de Derecho Civil". Traduc. Ramón Serrano y José Santacruz Teljeiro. Págs. 657 y 658.

se por círculos concéntricos de extensión variable. En sentido lato la familia engloba todas las personas unidas por un lazo de parentesco de afinidad; se extiende hasta los límites lejanos, en esta acepción se descansa a la vez en la comunidad de la sangre en el matrimonio y en la adopción. En el sentido mucho más restringido y muy diferente se entiende por familia las personas que viven bajo el mismo techo: padre, madre, hijos y si hubiere lugar nietos y aún colaterales; se convierte poco más o menos, en el sinónimo del hogar, de domus.

Rafael Rojina Villegas (10), nos dice que en sentido amplio, la familia comprende en general a todos los que descienden de un antepasado común, para abarcar los parientes en línea recta y en línea colateral hasta determinar el grado en que el derecho en cada caso va precisado. En sentido estricto comprende en realidad sólo a los padres e hijos, en tanto éstos no se casan y forman una nueva familia.

Concluiremos con la definición dada por el diccionario de Derecho Usual (11), la cual dice: Familia.—Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común y los cónyuges de los parientes casados. Con predominio de lo afectivo, de lo hogareño, la familia en la inmediata parentela de uno, por lo general el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica; por familia se entiende la gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella y los hijos o la prole; grupo o conjunto de individuos con alguna circunstancia importante, común, profesional, ideológica, o de alguna otra índole.

## b) DESARROLLO HISTORICO

La familia es una Institución Social. Como tal presenta la característica de necesaria y relativamente inmutable; pero esto no quiere decir que como Institución no haya sufrido modificaciones sucesivas, especialmente en su forma de manifestación. La Familia es esencial en toda la vida social, pero sus modos de expresión, sus maneras de traducirse en la vida práctica, han sufrido modificaciones. Estas transformaciones, es lo que se llama evolución de la Familia.

Estamos acostumbrados a considerar que la familia monógama ha existido siempre, salvo en aquellos casos excepcionales en que han sido reemplazados por la forma patriarcal. Por el contrario el concepto de familia es producto del desarrollo de formas sucesivas, siendo la monógama

9. Jossierand Luis.—"Derecho Civil". Traduc. Santiago Cuchinchillas y Manterola. Buenos Aires. Pág. 4.—1961.
10. Rojina Villegas.—"Compendio de Derecho Civil I". "Introducción personas y familia". Ed. Porrúa, S. A. Méx. 1962, Pág. 34.
11. Diccionario de Derecho Usual Guillermo Cabanellas. Tomo II, Pág. 176. Ed. Viracoché, S. A. Buenos Aires.

la última de la serie. Pero veremos que ésta fue precedida por formas más primitivas que predominaron durante el período del salvajismo y en los estadios inferiores y medio de la barbarie, y que ni la forma monógama ni la patriarcal pueden remontar su origen hasta más haya del último estadio de barbarie. Ellos son esencialmente modernos. Además no habrían sido posibles en medio de la sociedad antigua, hasta tanto la experiencia previa de las formas más primitivas preparan el camino de su introducción en todas las razas del género humano.

Existen dos grandes teorías con respecto al origen de la Familia y son las siguientes:

La doctrina Patriarcal y la Teoría Matriarcal.—Según la primera teoría, muy conocida, la familia ha existido en formas dispersas; en otras palabras, existían familias separadas unas de otras, cada una de las cuales reconocía como jefe a un ascendiente paterno, que era generalmente, el de mayor autoridad y de mayor edad. La familia patriarcal en una palabra, se organizaba alrededor de un jefe que era el hombre más viejo.

Frente a la doctrina patriarcal se levantó, más tarde, la teoría Matriarcal que sostiene que la humanidad se inicia con un sistema de hordas desorganizadas. Se parte de un estado de promiscuidad primitiva, que reconocía como único vínculo directo de la familia a la madre. La madre era el centro de toda organización familiar.

La Teoría Patriarcal Clásica, se inicia ya en la época de los griegos. Los pensadores griegos, empezando por Platón, sostuvieron esta posición. También el mismo Aristóteles participa de la misma, y pone como ejemplo clásico, dentro del mundo histórico, los pueblos ciclopeos de que hablaba Homero, que tenían como jefe y como autoridad a un hombre. También de acuerdo con los principios tradicionales católicos, se sostiene, presto, apoyo a la Teoría Patriarcal, y se encuentran pruebas directas de ella, especialmente en el Derecho Mexicano (12).

La palabra familia aplicada a las personas, se emplea en el Derecho Romano en dos sentidos contrarios:

1.—En el sentido propio se entiende por familia o domus la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único. La familia comprende, pues, el paterfamilias, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad y la mujer in manu, que está en una condición análoga a la de una hija (loco filiae).

La constitución de la familia romana, así entendida, está caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre o del abuelo paterno. Dueño absoluto de las personas colocadas bajo

---

12. Povina Alfredo. Ob. Cit. Pág. 469.

su autoridad; el jefe de la familia arregla a su manera la composición: puede excluir a sus descendientes por la emancipación, puede también, por la adopción, hacer ingresar a algún extranjero. Su poder se extiende hasta las cosas: todas las adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único, sobre el cual ejerce él sólo durante toda su vida los derechos de propietario. En fin, el paterfamilias cumple como sacerdote de dioses domésticos, la sacra privata, la ceremonia del culto privado, que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos.

Esta organización, que tiene por base la preeminencia del padre y donde la madre no juega ningún papel, es del tiempo de la Roma primitiva, habiendo quedado intacta durante varios siglos. Se modificó muy lentamente sobre todo en el Bajo Imperio, donde la autoridad llegó a ser menos absoluta.

2.—El paterfamilias y las personas colocadas bajo su autoridad, o su "manus", están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado "agnatio". Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos sui iuris, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o domus, que entre los miembros de las cuales están formadas. Todas las personas se consideran como pertenecientes a una misma familia civil; he aquí el otro sentido de la palabra familia, en cuyo caso, que es el más común, la familia se compone de agnados, es decir del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil (13).

La doctrina patriarcal esbozada así en sus grandes líneas, llega, posteriormente, a tener una forma orgánica y sistematizada. Toda la corriente patriarcal encuentra las pruebas, como aserto de su posición, dentro del mundo clásico, especialmente, como lo hemos visto, en los pueblos grecoromanos. Sostiene, desde un punto de vista legal, que, en Roma, donde nace el Derecho, existen las Instituciones que demuestran claramente la teoría.

La teoría matriarcal, tiene como punto de partida el origen de la humanidad. Afirma que la humanidad se inició por medio de aldeas, entre las cuales no existía ningún lazo de unión. Era el reinado de la promiscuidad, y la madre constituía, en realidad, el centro de la familia, porque la madre era cierta. Como argumentos se aducen una serie de estudios, tanto del mundo biológico humano, como del orden del reino animal. La doctrina patriarcal, nace para contraponerse a la primera.

Morgan pasa por ser el sistematizador más completo de la teoría matriarcal y así nos habla de diferentes fases por la cual ha pasado la familia, en las que se pueden distinguir cinco formas diferentes y sucesi-

13. Petit Eugene.—"Tratado elemental de Derecho Romano". Ed. Nacional México, 1963, Pág. 95 ss.

vas, en las que cada una de las cuales poseen un régimen de matrimonio característico. Son las siguientes:

**La familia consanguínea.**—Se basaba en el matrimonio entre hermanos y hermanas, propios y colaterales, en grupos.

**La familia punalúa.**—Se basaba en el matrimonio entre varias hermanas propias y colaterales, con los maridos de cada uno de las otras, en grupo, no siendo indispensable que los maridos comunes estuviesen emparentados entre sí. Asimismo, varios hermanos, propios y colaterales, se casaban con las esposas de cada una de los otros, en grupos, no siendo indispensable que estas esposas estuviesen emparentadas entre sí aunque en ambos casos esto sucedía con frecuencia. En cada caso el grupo de hombre se casaba en conjunto con el grupo de mujeres.

**La familia sindiásmica o por parejas.**—Se basaba en el matrimonio entre parejas solas, pero sin cohabitación exclusiva. El matrimonio duraba a voluntad de las partes.

**La familia patriarcal.**—Se basaba en el matrimonio de un hombre con varias mujeres; por lo general estaba acompañado por la reclusión de las esposas.

**La familia monógama.**—Se basa en el matrimonio por parejas solas, con cohabitación exclusiva.

Tres de estas formas a saber: la primera y la segunda son propios del tiempo de los salvajes y llegaron a ser tan generales e influyentes como para crear dos sistemas diferentes de consanguinidad, los cuales todavía se mantienen en vigor. Considerando esto a la inversa dichos sistemas bastan por sí mismos para comprobar la existencia anterior de las formas de familia y de matrimonio con los cuales se relacionan respectivamente.

La sindiásmica y la patriarcal, son propias del período bárbaro, fueron intermedias y no lo suficientemente influyente como para crear un nuevo sistema de consanguinidad o modificar esencialmente los que ya existían en la época. No debe suponerse que estos tipos de familia estuvieron completamente separados entre sí por límites bien definidos, pues al contrario el primero se funda en el segundo, éste en el tercero, y así sucesivamente en graduaciones insensibles. Con la época civilizada la familia adopta la última forma, la monógama (14).

Recansens Siches (15), nos menciona en su obra, reafirmando la teoría matriarcal, "a la familia poliándrica, que es la unión de una mujer con

14. Lewis H. Morgan.—"La sociedad primitiva". Ed. Ayuso, Madrid, España, 1970, Pág. 327 ss.

varios hombres. hecho que suele llevar al matriarcado, que es una organización familiar en la cual la madre, por ser el progenitor individual conocido, es el centro de la familia, y quien ejerce en ella la autoridad, y en la cual la descendencia y los derechos de ésta se determinan por línea femenina, el matriarcado se inició en algunos pueblos; cuando la cultura inestable de los cazadores se transformó en cultura sedentaria de los agricultores; desde siempre la mujer había estado como recolectora de frutos, en estrecho contacto con la tierra y sus productos. Con los progeesos debidos a la mujer; cultivo de la tierra, tejido y alfarería, le ganó poco a poco el predominio económico al hombre que dieron a la mujer, como elemento productor, la preponderancia económica, tuvo lugar esta transformación que convirtió a la mujer en la clase directora de la sociedad humana y trajo por consecuencia una época de cultura femenina. Sin embargo el antropólogo Müller-Lyer, afirma que el matriarcado fue sólo un fenómeno transitorio, al que precedió cierta forma de Patriarcado, y al que sucedió un patriarcado inequívoco; hay también antropólogos, como George P. Murdock, que consideran que el matriarcado era una mera hipótesis no suficientemente comprobada". Existió también, nos indica nuestro autor, "la familia polígama, en algunas sociedades primitivas, temporalmente en otras de la antigüedad israelita, en los musulmanes, y entre los mormones. Se da dicho que entre los pueblos cazadores y guerreros, la poligamia pudo haberse motivado por las bajas del contingente masculino producidas por los accidentes de guerra o de caza; sobran mujeres debido a que perecen los hombres. En otras sociedades se ha motivado, quizá también por el hecho de que se desean multiplicidad de esposas, para aumentar el número de hijos, los cuales son importante fuerza de trabajo, o de poder, o de prestigio".

"Aunque a veces se supone que el matriarcado estuvo ligado a la poliandria, esto no es necesario, hay casos en los pueblos primitivos, y en algunos pueblos antiguos, sobre todo orientales del pacífico, de organización familiar monógama, pero centrada alrededor de la madre y regida por la autoridad de ésta".

**La Familia Monógama.**—La monogamia es, aun dentro de la teoría matriarcal de Morgán, el sistema actual de familia. Es evidente que la monogamia no tiene una estructura única como sistema, sino que presenta diferentes tipos, según las características.

Las formas de familia de carácter monogámico, que es la familia humana civilizada, ha sido clasificada especialmente por Federico Le Play (16). Sostiene que la familia monogámica se presenta en tres grandes tipos; la familia patriarcal, la familia inestable y la familia raíz o tronco, traducción de familia souche.

La familia patriarcal, es propia de los pueblos pastoriles de Oriente, y que en Europa se mantiene en el tipo de "Mir ruso y la zadruga" de los

15. Recasens Siches Luis.—Ob. cit. Pág. 468.

países balcánicos, se caracteriza por ser una unidad amplia. Agrupa en su seno a los padres, a los hijos y a los de éstos, forma una unidad extensa y se caracteriza porque la autoridad del padre es suprema. Los hijos, aún casados, no tienen independencia, sino siempre viven bajo la potestad del padre.

Así se derivan consecuencias directas sobre los diferentes aspectos de la vida familiar. La propiedad no es individual sino es colectiva. Ella produce para sostener y alimentar a toda la familia, y el resto se ahorra para poder subvenir a las necesidades de todos.

El régimen de trabajo también es común, y sobre todo se ejerce bajo la autoridad del padre, y al mismo tiempo, es una corporación de carácter perpetuo. Desaparecen los padres, y otros van ocupando su lugar para mantenerse siempre cual tal. Por eso, el postulado fundamental es el respeto a la tradición.

El segundo tipo de familia de Le Play, es la familia inestable, es propia de los pueblos de Occidente, especialmente de la población de carácter febril, manufacturero. Es la forma de la familia obrera. Se caracteriza como principio fundamental, por la independencia de los hijos; el hijo llega a una cierta edad o una vez casado se desliga de la familia, a tal punto que una vez desaparecidos los padres, la familia de origen se disuelve. Nacen las nuevas familias formadas por los hijos.

En consecuencia, ya no hay una propiedad colectiva como en el primer tipo, sino que existe la propiedad individual. Cada uno de los miembros tiene sus propios bienes. Esto es así, porque legalmente se establece el régimen de la partición forzosa a la muerte de los padres. Cada uno de los hijos recibe su herencia, y cada uno de ellos es dueño absoluto de su parte. La familia inestable se funda en el principio de la novedad, de la innovación, de la modificación frente a las tendencias tradicionalistas, y conservadoras de la familia patriarcal. Este tipo, dice el autor, produce funestas consecuencias en el régimen familiar y en el orden social.

La tercera forma es la familia raíz, es de un tipo, dice Le Play intermedio entre los dos primeros y se da principalmente en los países escandinavos. La familia está constituida por los padres y los hijos. Llega un momento en que estos últimos se separan de la familia, pero en el hogar paterno queda un hijo, vinculado directamente a la casa paterna. Este hijo casado continúa la tradición de la familia, y los otros forman sus propios hogares, adquieren su independencia y los padres les facilitan la iniciación con su dote respectiva. La familia, sin embargo, mantiene siempre el principio de tradición. Es un centro de protección para todos los hijos. En ella encuentran amparo y refugio y les dan las directrices. Si por una fatalidad desaparece el hijo que quedó en la casa paterna, entra en ella otro de los hijos, para el cual es un honor esa designación.

Esta familia, dice Le Play, no ofrece ninguno de los inconvenientes de los otros dos tipos anteriores de familia. No tienen la característica de la propiedad colectiva de la primera, ni posee la completa inestabilidad de la segunda. En cambio, goza de las ventajas de cada una de las dos. En la familia raíz se concilia el principio de la tradición de la familia patriarcal con la necesidad de la novedad, que es la característica del segundo tipo de familia, porque permite llenar todas las funciones que la sociedad le ha dado.

El cristianismo fundó la familia sobre la base del matrimonio sacramento y del amor a los hijos, como reducto sólido e irreductible. La potestad marital en nombre de Dios y con la responsabilidad de las almas al jefe confiadas. La fidelidad recíproca y la abnegación y el sacrificio con miras a una vida superior y espiritual; la familia cristiana en la Edad Media constituye un reducto religioso, económico y político".

En cuanto a la familia actual debemos manifestar que es un grupo social, una agrupación humana, es un agregado social del tipo de los primarios, porque la comunidad que existe entre la familia es íntima y al mismo tiempo hay un conocimiento directa y personal entre los individuos que la componen. Los grupos primarios son íntimos, informales, espontáneos, reducidos, están unidos por motivos afectivos, se fundan en la presenciadirecta y el contacto íntimo; características de la familia (17)

La familia tiene ciertas características que la distinguen como medio de agrupación social de todos los otros tipos. Se refieren estas características, al vínculo, a los fines y a los límites:

**El Vínculo Social.**—Se desprende como lo que se conoce como un sentimiento de simpatía natural, fundado sobre la base de los lazos del parentesco, que solamente en la familia se da.

**Los Fines.**—No son especialmente establecidos, dicen los sociólogos que los fines de la familia nacen después de ella a diferencia de lo que sucede en otros tipos de asociación, en los que el fin determina la creación de la asociación que son teleológicos. La familia en cambio no es teleológica, sino natural, llena fines pero como consecuencia de la constitución previa de la familia, o a lo sumo son paralelos o simultáneos pero nunca anteriores.

**En Cuanto a los Límites.**—La familia tiene los límites cerrados, estrechos, no es fácil salir o entrar en ella, salvo casos muy excepcionales, como sucede en el vínculo voluntario del matrimonio.

---

16. Cit. Povíña Alfredo. Ob. Cit. Pág. 470.

---

17. López Rosado Felipe.—"Introducción a la Sociología". Ed. Porrúa, S. A., México. 1970, Pág. 69.

Así, la familia actual es monógama patriarcal, en razón de que la familia gira alrededor de la autoridad del padre, habiendo una relación sexual continúa, exclusiva entre los cónyuges. Pero la autoridad del padre no es de un todo totalitaria, como el pater-familias, sino es a través de estímulos y restricciones, ayudando a formar el carácter del hijo, a su educación, y a su bienestar; además la condición social y jurídica de la mujer cambia considerablemente, ya no es la sujeción a la manus marital del Derecho Romano, sino que hay una plena equiparación con el varón; y con ello, la mujer dentro de la familia ocupa un lugar idéntico, al del marido, ayudando a la educación de los hijos y muchas veces a la economía del hogar.

Pero, nunca falta un pero, con el triunfo del individualismo, del protestantismo, de la reforma, de la revolución francesa y de los grandes movimientos que conmovieron al mundo desde el Renacimiento suprimieron los lazos más estrechos del grupo familiar. A partir de entonces la familia ha sido regulada, no desde el punto de vista del interés del grupo, sino en consideración al interés del individuo, su mujer, sus hijos, sus bienes, sus relaciones, sus deberes, sus derechos. No el individuo miembro del grupo, sino éste en función de aquél. Tal vez a este fenómeno se haya debido, como causa principal, la paulatina disgregación familiar. Sin dejar de reconocer multitud de factores que han determinado también dicha disgregación. Así, la separación de los hijos desde temprana edad, lograda por su pronta independencia económica; la de la mujer misma que a de salir del hogar, porque las nuevas exigencias demandan mayores ingresos; la concentración en las grandes ciudades, de la cual derivan las masas extra-familiares, en que se diluyen los individuos; la industrialización que es la que requiere de brazos y elementos que se restan a la familia; la corrupción y tergiversación de valores, propaganda de los modernos monstruos de la civilización, introducidos hasta el mismo seno del hogar; el egoísmo del hombre que se va formando por luchar por él mismo sin consideración a los más elementales vínculos.

Así, actualmente en la familia nos asombra comprobar que ella subsiste únicamente por datos estrictamente biológicos. Dos seres se unen exclusivamente en forma física y las más de las veces por tiempo escasamente transitorio, sin comunidad espiritual superior; porque además cada uno de ellos se siente con derecho a su propia vida, ambos encerrados en su egoísmo, sin sentimiento alguno de sacrificio, de abnegación. De esta unión, se engendra el menor número de hijos, que pronto son confiados a cuidados extraños, debidos a las apremiantes necesidades de la madre. Muchas veces, en el caso de las madres solteras, trabajadoras, los hijos van a parar a las manos oficiales burocráticas, deshumanizadas de las guarderías. Los hijos crecen recibiendo la influencia masiva de la ciudad. A temprana edad despiertan a tal influencia nociva de la gran ciudad para hacerse por sí mismos; y esto sí aún tienen hogar, pues el divorcio frecuentemente acaba con él desde los primeros años de los hijos. Por su

propia cuenta, los hijos serán lo que su sola inclinación o suerte les de-  
pare y tal vez se unan con otro ser para iniciar otra vida semejante.

### c).—EL DERECHO DE LA FAMILIA

La intervención del Estado en la organización jurídica de la familia es determinante, porque la solidaridad política está supeditada al vínculo familiar, de tal modo que la existencia misma del Estado peligraría si ocurriera la disolución de la familia; además, porque deben tutelarse una serie de intereses de orden público que existen en el grupo familiar. Asimismo porque el Estado debe intervenir por medio de sus órganos a efecto de que se realicen determinados actos jurídicos del Derecho Familiar, como son: el matrimonio, el reconocimiento de hijos, etc., etc., a fin de otorgarlos autenticidad a los mencionados actos y se protejan los derechos de quienes intervienen en su celebración. Como también tiene inge-  
rencia acerca de la actitud de los que ejercen la patria potestad, la tutela, y de los derechos hereditarios, evitando así que se realicen perjuicios a los intereses legítimos.

Por lo tanto estimándose que la vida social se desarrolla dentro del ámbito del derecho, a la sociedad le interesa, lo mismo por razones biológicas, que por económicas la formación legítima de la familia; por lo que se llama "Derecho de Familia a aquella parte del Derecho Civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros".

La familia, como lo indica Sánchez Román (18) es expresión de un estado social, que debe calificarse de familiar, y aún se dice doméstico, dentro del cual se desenvuelven diversas relaciones que lo integran, relaciones patrimoniales entre padres e hijos; y, relaciones de parentesco entre las personas de un origen familiar común, más o menos remoto.

Dados los conceptos de familia y de Derecho de Familia, veremos que son ideas que se complementan: Valverde (19) dice: que la primera es el hecho y su reglamentación jurídica la segunda. Ambas ideas representan, a su juicio, modalidades de una misma esencia a través de su doble conceptualización, siendo de la competencia del sociólogo la exposición de la primera, auxiliándose de los medios de conocimiento que la historia la presta, correspondiendo exclusivamente a la ciencia del Derecho el desarrollo del segundo punto.

La familia y el Derecho de Familia dice Valverde (20) actualmente representan tan sólo un momento histórico del gradual desarrollo de la institución, pero a pesar de los cambios y transformaciones operados en

18. Cit. Pina Rafael de Ob. Cit. Pág. 302.

19. Cit. Pina Rafael de Ob. Cit. Pág. 302.

20. Cit. Pina Rafael de Ob. Cit. Pág. 302.

la institución y régimen, a pesar de su diversa organización en el curso del tiempo, es la institución jurídica que más tenazmente conserva su tipo en cada pueblo; y aunque en diferentes lugares se observan hondas variantes y diferencias de constitución, presenta siempre en la idea familiar un principio inmaterial en su esencia, que reclama su soberanía, especializa su naturaleza y singulariza su concepto. De aquí puede afirmarse con exactitud que en cada pueblo su tipo es permanente y háyase como petrificado resistiendo toda innovación que provenga del poder. Existen sin embargo tantos patrones de organización familiar en la sucesión del tiempo, y que la historia resume, como pueblos han morado la tierra, especializándose en grupos por la influencia recíproca de los factores étnicos, económicos y políticos.

En el mundo de ahora y en lo que afecta la relación de la familia con el Derecho, nos dice Demófilo de Buen, se encuentran frente a frente dos concepciones, la que define el principio de la autarquía familiar y considera que debe huírse de toda intromisión del Estado y subsistir los vínculos que de ella nacen y ampliar la esfera de sus atribuciones, y, la que entiende por el contrario que cada día a de ampliarse a este respecto más la esfera de acción del Estado y que éste a de venir a realizar muchas de las funciones antes encomendadas a la familia, sobre todo lo que se refiere a la misión más alta, la del cuidado de los hijos que no pueden dejarse en absoluto a la actuación de la familia, puesto que el Estado tiene interés decisivo en que sus ciudadanos futuros sean para él hombres útiles, cualidad que no garantiza suficientemente la institución familiar (21)

La acción familiar va encomendada a una comunidad de vida, a la unión moral y física de sus integrantes creando un concepto de rectitud y consistencia en los lazos que los unen. La acción del Estado se sujeta al cuidado, a la protección, a la ayuda, al beneficio que tiene que aportar a la comunidad familiar para que ésta crezca y se desarrolle en forma sana y vigorosa, tanto física como moral. Para el logro de ese fin deben utilizarse como medios: la educación, la planeación económica, la creación de fuentes de trabajo, la prevención y el castigo a las violaciones a la ley; en fin el logro de lo que se pueda considerar como benéfico en la protección y ayuda al núcleo familiar.

Por lo que desconocer que el problema de la delimitación de funciones entre la acción familiar y la del Estado es difícil, siendo que se complementan, y que su resolución no puede olvidar la circunstancias peculiares que concurren en cada pueblo.

Se ha dicho que el Derecho de Familia es una parte del Derecho Civil, que a su vez pertenece al Derecho Privado. Sin embargo algunas doctrinas sostienen que el Derecho de Familia pertenece al Derecho Público.

---

21. De Pina Rafael.—"Derecho Civil Mexicano". Tomo I, Ed. Porrúa, S. A. Pág. 302 y 303, 1968, México.

Por lo cual es necesario saber que se entiende por tal Derecho: asimismo hay una nueva corriente doctrinaria, denominada Derecho Social, la cual trata de englobar dentro de sus postulados a todas las ramas del Derecho; por lo que trataremos de diferenciar a esas dos divisiones del Derecho, con la de los postulados del Derecho Privado.

**TESIS ROMANA.**—La división de las normas jurídicas en dos grandes ramas, del derecho privado y del derecho público, es obra de los juristas romanos. La doctrina se encuentra sistematizada en la conocida sentencia del jurista Ulpiano "Publicum jus est quod ad statum rei romanas spectat; privatum quod ad singulorum utilitatum". Derecho Público es el que atañe a la conservación de las cosas romanas; privado es el que concierne a la utilidad de los particulares. Esta concepción se conoce con el nombre de Teoría del interés en juego. La naturaleza pública o privada, de un precepto o conjunto de preceptos depende de la índole del interés que garantice o proteja, las normas del público corresponden al interés colectivo; las del Privado refiérense al interés de los particulares. Dícese público lo que beneficia a la colectividad. Derecho Público es pues, el que regula las relaciones provechosas para el bien común. Las facultades del Derecho Público; las gubernativas del empleado, el derecho de voto del ciudadano, etc., etc. El Derecho Público rige los poderes que se hayan al servicio de todos, es decir, del pueblo. En cambio los Derechos Privados; el de la propiedad, los que tienen interés para sí antes que para nadie háyanse al servicio de su poder, de su voluntad.

En contra de esta teoría se han argüido diferentes objeciones:

a) La nota al interés en juego es sumamente vago, que, por otra parte, los autores de la doctrina no se tomaron el trabajo de definirla.

b) La Teoría Clásica desconoce, o parece ignorar, el hecho de que los intereses privados no se hayan vinculado sino, por el contrario, fundidos de tal manera que es difícil, cuando no imposible, señalar en cada caso dónde termina el particular y dónde el colectivo.

c).—Si se acepta el criterio preconizado por los romanos, la determinación de la índole, privada o pública de la institución o una norma de derecho, queda por completo al arbitrio del legislador, ya que éste será quien establezca en cada caso, según sus personales convicciones qué intereses son de orden público y cuáles de naturaleza privada. Y, en tal hipótesis, la distinción puramente formal, resultará sujeta a consideraciones de oportunidad, fundamentalmente políticas que le quitan todo valor científico.

Se piensa que el error más grave de la teoría estriba en proponer como criterio de una clasificación, que pretenda dar valor objetivo a una noción esencialmente subjetiva. Quien dice interés en sentido propio del término, alude a la apreciación que una persona hace de determinados fines. Tener interés en algo, significa atribuir valor o importancia a su rea-

lización. De aquí que todo interés sea, por esencia subjetivo. Tal interpretación del término sirve de base a la tercera de las objeciones mencionadas. Si el interés es algo subjetivo, la determinación de la índole de los fines que el Derecho ha de realizar queda necesariamente sujeta al criterio del legislador.

La imposibilidad de establecer un criterio material de distinción entre el Derecho Público y el Privado, imposibilidad reconocida en nuestros días por un número siempre creciente de juristas, puede verificarse por el hecho de que hay más de un centenar de definiciones de esas dos especies, de la cual ninguna ha podido adquirir fuerza.

**TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA RELACION.**—La doctrina más generalmente aceptada consiste en sostener que el criterio diferencial entre los derechos privado y público no debe buscarse en la índole de los intereses protegidos, sino en la naturaleza de las relaciones que las normas de aquellos establece. Una relación es de coordinación cuando los sujetos que en ella figuran encuéntranse colocados en un plano de igualdad, como ocurre si dos particulares celebran un contrato de compra-venta, o si contraen matrimonio. Si los conceptos de Derecho dan origen a relaciones de subordinación, y cuando a las personas a quien se aplica no están consideradas como jurídicamente iguales, es decir, cuando en la relación interviene el Estado en su carácter de entidad soberana, y un particular.

Las relaciones de coordinación o de igualdad no sólo pueden existir entre los particulares, sino entre los órganos del Estado o entre un particular y el Estado, cuando el último no interviene en su carácter de soberano. Las relaciones de Derecho Privado, si los sujetos de la misma encuéntranse colocados por la norma en un plano de igualdad. Es de Derecho Público si se establece entre un particular y el Estado, cuando hay subordinación del primero al segundo, o si los sujetos de la misma son órganos del poder público o dos estados soberanos.

**TESIS DE ROGUIN.**—Dice que la calidad con la que el Estado interviene en la relación jurídica puede determinarse examinando si la actividad del órgano de que se trata se encuentra sujeto a una relación especial o a leyes comunes. Si existe una legislación especial, establecida con el propósito de regular la relación, ésta es de Derecho Público; si, por el contrario, el órgano estatal se somete a la legislación ordinaria, la relación es de índole privada (22).

## **TEORÍA DEL DERECHO SOCIAL**

“La teoría del Derecho Social afirma que sus principios son distintos de aquellos que sustentan al Derecho Privado y al Derecho Público, te-

22. García Maynes Eduardo.—“Introducción al Estudio del Derecho”. Ed. Porrúa, S. A. Págs. 131-135.

niendo además sus propios fundamentos sociológicos.

El estado puede definirse como una sociedad jurídicamente organizada, en un territorio propio, con independencia y soberanía.

El Estado tiene, entre sus objetivos primordiales la realización de los propósitos de la sociedad, que son: vida en común para conseguir el bienestar de los individuos y el más amplio desarrollo de sus posibilidades materiales y espirituales. Por eso, como muy bien ha expresado Sombart, los fines del Estado son, entre otros, la "conservación y cultivo de los valores específicos del grupo" (sociedad).

Hay, pues, una diferencia substancial entre Sociedad y Estado. La Sociedad es el contenido de la forma Estado; pero esta forma sólo existe en razón de su propio contenido.

Durante mucho tiempo, diremos, desde que surgió el Estado, la forma, por ese proceso de mecanización que ha surgido en la sociedad, dominó al contenido. El ente que la sociedad creó, con el nombre de Estado, la cojuzgó hasta hacer que la sociedad viviese para el Estado. Esta es la situación de muchos, acaso de la mayoría, de los Estados; pero en los tiempos modernos empieza a perfilarse claramente la dualidad: Sociedad, Estado, y aquella se levante frente a éste, reivindicando sus derechos, exigiendo su cumplimiento.

Pensamos que es, en este sentido, sociológico y jurídico a la vez, que puede hablarse de un Derecho Social. Es el Derecho de toda sociedad a mantenerse como unidad autónoma; el derecho de la sociedad a desarrollarse vitalmente por el único medio posible: la conservación, la seguridad y el bienestar de los miembros que la integran. Ese derecho lo ejerce la sociedad frente al Estado, creando un conjunto de voluntades (derecho subjetivo) consagrados en ordenamientos legales producto de la misma sociedad, pero fundamentados en la sanción del Estado (derecho objetivo).

De aquí se deriva la naturaleza propia de este Nuevo Derecho, que no es ni Público ni Privado, sino una tercera categoría: que pertenece a ese "dominio en donde el Derecho Público y el Derecho Privado se entrecruzan para entrar en una síntesis y formar un nuevo término entre las dos especies": el Derecho Social.

No cabe clasificarlo dentro del Derecho Público, cuando menos en su aspecto sustantivo, que es el determinante, porque éste se ocupa, desde los tiempos de la antigua Roma, de "lo que concierne a la organización de la cosa pública". En la actualidad se entiende por Derecho Público el conjunto de ordenamientos que se refieren a la organización del Estado, a su funcionamiento, a los servicios públicos y a las relaciones del Estado con los individuos para delimitar la esfera de acción de aquél frente a éstos.

Nada de eso encontramos en los ordenamientos que componen, según nuestra idea, el Derecho Social. El Derecho Obrero por ejemplo, no tiene 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. Igual cosa puede decirse del Derecho Agrario, de las Leyes de Seguridad Social, de las de Asistencia, etc., etc.

Por otra parte tampoco puede decirse que los ordenamientos citados corresponden al Derecho Público porque en ellos domina el interés público. Por intereses públicos debe entenderse lo que concierne a la organización del Estado, a la "cosa pública", en su lato sentido jurídico.

El Derecho Social tampoco puede clasificarse en el Derecho Privado en virtud de que, aún cuando regula intereses y relaciones de individuos particulares: obreros, campesinos, proletarios, etc., no lo hace como el Derecho Privado, que considera las relaciones de los particulares entre sí; más bien en el Derecho Social los individuos son estimados en su calidad de integrantes de agrupamientos o de sectores de la sociedad, en él domina la idea de clase o de situación económico-social, no regula tanto las relaciones de obrero a obrero, o de campesino a campesino, cuanto las relaciones frente al patrón o la empresa o su situación frente al Estado, teniendo siempre en cuenta el interés social, el interés de la convivencia, el fin de la integración de todos los sectores sociales en la sociedad.

Por esta última situación debe entenderse la circunstancia en que se haya el individuo como sujeto del Derecho Social ante el Estado, obligado por sus fines a cumplir con ese derecho. Esta relación nada tiene que ver, según se advierte desde luego, en la organización del Estado o con los servicios públicos; no es de Derecho Público, sino de Derecho Social.

El Derecho Social en razón de que regula la conducta humana y ésta es manifestado por el hombre, y el hombre forma parte del Estado, como integrante de su sociedad; y el Estado es el regulador del Derecho, es claro que cae dentro del Derecho Público; pero aún en ese aspecto no sólo la organización burocrática encargada de llevar a la práctica cuanto se refiere a tal Derecho está poderosamente influida por su carácter social, sino que los procedimientos mismos ostentan un sello específico en puntos fundamentales.

Por lo demás, ya se sabe que el derecho es una gran unidad, que sus divisiones obedecen principalmente a fines prácticos interdependencia indiscutible entre sus diversas ramas, de tal modo que no es posible señalar entre ellas límites precisos, fronteras infranqueables. Las grandes divisiones del Derecho obedecen simplemente a las características fundamentales de la ley, y tratándose del Derecho Social, los fines de la sociedad son los predominantes.

Entre esos fines está, como hemos dicho, el de mantener su unidad, su integración, para que dentro de todo, que es la sociedad, pueda el individuo desarrollarse física y moralmente y la sociedad misma realizar sus valores específicos; pero las diferencias de clases y las injusticias inherentes a ellas amenazan romper esa unidad e interfieren la realización de los fines sociales; los económicamente débiles, los sin trabajo, los miserables, los impedidos que van quedando al margen de la vida social, porque éstos sienten que se aflojan los lazos que a ella les unen, se llenan de escepticismo, de desaliento, de odio. La historia refiere numerosos casos de disolución social debidos a estas situaciones, y cómo después de disturbios, de revoluciones sangrientas, los Estados que las han sufrido se reorganizan haciendo a las sociedades algunas concesiones. Esas concesiones han sido el embrión del Derecho Social.

En los tiempos actuales, el derecho social ya no es una concesión graciosa del Estado, es, como tenemos expuesto, un derecho en la sociedad frente al Estado y se está formando con propio contenido y con propia doctrina; es, según el concepto de Gurvitch, un Derecho de integración en el más alto sentido de esta palabra, porque su objeto no es otro que mantener la unidad de la sociedad sobre bases de justicia, la unión de los individuos en un todo de altos fines, con lazos humanos.

Ya se ve, ahora, cuán lejos de estas ideas se hayan las definiciones de Derecho Social que lo presentan como regulador de las relaciones obrero-patronales. Entre las definiciones que conocemos, la que más se acerca a la teoría que se expone es la de Francisco Bergamín, lo que define como "aquel conjunto de condiciones externas e internas que, dependientes de la voluntad, conduzcan al fin de la sociedad misma".

Esta definición, es demasiado vaga aun cuando en el fondo responde a la verdadera naturaleza del Derecho Social.

Para nosotros, dice nuestro autor, 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".

Sin pretender que sea perfecta la definición, se considera que responde al fenómeno de formación del Derecho Social por la concurrencia de distintos afluentes jurídicos y a sus finalidades específicas.

Cada uno de los cuerpos de leyes que forman esta novísima rama del Derecho tiene su objeto propio, distinto a los otros ordenamientos del mismo Derecho, y pone en práctica especiales principios y técnicas, si bien con el mismo propósito; evitar las injusticias inherentes a las diferencias económicas de clase.

No son iguales por ejemplo, los fines y el contenido del Derecho del Trabajo, del Derecho Agrario, que los de las leyes de Seguros o de Asistencia sociales. El primero fija las normas a que deben ajustarse patrones y obreros en sus relaciones contractuales con el propósito de evitar la explotación desmedida de la mano de obra por el capital y de proporcionar a los trabajadores un sistema de seguridad económico suficiente para que gocen del bienestar a que tiene derecho todo ser humano. El Derecho Agrario se refiere a la equitativa distribución y explotación de la tierra, a la conservación de la riqueza agraria con el fin de procurar el mejoramiento de la clase campesina. El Derecho de Seguridad Social trata de los beneficios de una posición estable y satisfactoria para todos los individuos que carecen de bienes, de fortuna, cualquiera que sea su condición y su género de actividades; el Derecho de Asistencia Social acude en socorro de los enfermos, de los pobres, de los desamparados.

El Derecho Social, como se ve, de acuerdo con la definición, se dirige a los individuos en tanto que forman parte de una clase económicamente débil, para integrarlos dentro de la sociedad en un orden de convivencia basado en la justicia. Este último elemento, el orden justo es la parte idealista, dinámica, del Derecho Social que marca sus rumbos y metas.

La denominación "DERECHO SOCIAL" parece la correcta porque tiene en cuenta principalmente los intereses de la sociedad, que no pueden existir en paz, ni progresar, cuando entre las partes que lo componen existen desajustes y contradicciones vitales insalvables; es un derecho de la sociedad, porque aun cuando protege a los grupos y a los individuos, lo hace para conservar la propia existencia de aquella; pero en todo caso, el éxito que ha tenido esa denominación la justicia plenamente, pues como dice Gurvitch: "los términos de las ciencias sociales que designa a menudo fenómenos que agitan a la humanidad entera, y que se convierten ellos mismos en fuerzas reales de la vida histórica, no se escogen, se imponen".

El derecho social concebido según la teoría desarrollada, como una nueva parte del Derecho, exige una reclasificación jurídica que podría ser la siguiente:

|          |                 |                          |
|----------|-----------------|--------------------------|
| Derecho  | ( Natural       | ( Constitucional         |
|          | ( Positivo      | Derecho ( Administrativo |
|          |                 | Público ( Penal          |
|          | ( Público       | ( Procesal               |
| Derecho  | ( Privado       |                          |
| Positivo | ( Social        | Derecho ( Civil          |
|          | ( Internacional | Privado ( Mercantil      |

|         |                 |               |           |
|---------|-----------------|---------------|-----------|
|         | ( del Trabajo   |               |           |
|         | ( Agrario       |               | ( Público |
| Derecho | ( Económico     | Derecho       | ( Social  |
| Social  | ( de Seguridad  | Internacional | ( Privado |
|         | ( de Asistencia |               |           |
|         | ( Cultural      |               |           |

Según esta reclasificación del Derecho y vistos los postulados de la Teoría del Derecho Social; el Derecho Civil no encaja dentro de ellos, aunque es de considerar que todo el Derecho por regular la conducta del hombre y éste vivir en la sociedad es social, claro desde un punto de vista subjetivo y no así sustantivo como se ha indicado; y como el Derecho de Familia es Derecho Civil; será el Derecho de Familia: Derecho Privado (23).

Expuesto así de grosso modo, las teorías más conocidas para la distinción entre derecho público y derecho privado, y el nuevo derecho Social, veremos en cual se puede incluir el Derecho de Familia.

El ilustre jurista italiano Antonio Cicu, (24), nos dice que el Derecho de Familia se considera generalmente como parte del Derecho Privado; éste puede dividirse en cuatro especies: Derechos Reales, de Crédito, de Familia, de Sucesiones, a los que se antepone una parte general que contiene la exposición de los conceptos y principios comunes a todo derecho privado. Nosotros sin embargo disentimos de esta concepción tradicional, por lo que se refiere al derecho de familia; y creemos que él no puede aplicarse a los principios y preceptos propios del Derecho Privado, que, por consiguiente debe ser estudiado, expuesto sistemáticamente fuera del campo del Derecho Privado".

Además de las ideas expuestas, Cicu acepta colocar el Derecho de Familia junto al Derecho Público y no como una rama del Derecho Privado, pues las características de esta rama radica en que el Estado actúa como extraño en las relaciones de los particulares reconociendo al individuo libertad para crear sus relaciones jurídicas y realizar sus propios fines. En cambio el Derecho Público lo mismo que el Derecho de Familia, el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas que se originan entre los distintos sujetos interesados y además, procura realizar directa-

23. Mendieta y Núñez Lucio.—"El Derecho Social". Págs. 58-71. Ed. Porrúa, S. A. Méx. 1967, México.

24. Cicu Antonio.—"El Derecho de Familia". Pág. 34.

mente los bienes superiores bien sea de la comunidad política o del grupo familiar.

Cicu nos indica que es de Derecho Público, entre otras tantas razones, en el que "el estado interviene en todas las relaciones jurídicas que se originan entre los distintos sujetos interesados". Si nos sujetamos en forma literal a esta afirmación no tendríamos para que hacer diferencias entre las dos clases de Derechos ya que el Estado ante cualquier situación, siempre, ya sea por la fuerza o por el Derecho, se impone y está por encima de la voluntad de los sujetos. Pero esto no es así ya que tradicionalmente, y no sólo tradicionalmente, sino para delimitar las funciones propias del Estado como ente gobernante y las de los sujetos como entes gobernados, se ha hecho una distinción clara y simple; y si atendemos a la teoría de la Naturaleza de la Relación, aun sea entre sujetos subordinados o coordinados es natural y lógica la intervención del Estado; en una como autoridad mandante y en la otra como autoridad decisoria; pero ambos casos son situaciones diferentes ya que en una se impone y en la otra el particular voluntariamente se somete a su decisión. Cuando el Estado se impone será Derecho Público; y el Estado nunca se ha impuesto, ni se impone y ni se podrá imponer dentro de la organización familiar. En tanto que la intervención del Estado como ente decisorio es de Derecho Privado; en tanto que los particulares se someten voluntariamente a su decisión, por ejemplo: en el matrimonio los futuros cónyuges se someten voluntariamente a la declaración de Estado que haga el oficial del Registro Civil; igualmente en el divorcio, o en la declaración de legitimación, o de reconocimiento de hijo que se haga ante el juez; y no el Estado se va a imponer, diciendo que se case fulano con zutana, o que se divorcie, o que reconozca como hijo a tal o cual muchacho. Muy diferente a donde el Estado si se puede imponer, y que si es Derecho Público, cuando impone un impuesto. Por lo que reafirmamos, que el Derecho de Familia es Derecho Privado.

Así con este criterio publicista nos atrevemos a decir que el Derecho de Familia es y será, aunque día con día la socialización va inundando a los países del mundo y que las normas que integran el Derecho de Familia son indiscutiblemente irrenunciables, de interés público y superior; de Derecho Privado.

En cuanto a lo que se refiere a la moral dentro del Derecho de Familia nos remitiremos a la opinión expresada por el maestro Julián Bonnescase (25), por considerar sus puntos de vista de gran acierto y propios de nuestra concepción. "El derecho es impotente para realizar por sí solo una obra verdaderamente eficaz en el terreno de la familia; aunque los textos de la ley sean conforme al derecho, y estén colocados exactamente en los estudios naturales sobre la vida social, valdrán tanto como un cuer-

25. Cit. Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 211.

po sin alma, si desdeñamos a la moral o al sentimiento. El sentimiento moral es el alma de la familia. Es verdad que frecuentemente y con razón, se habla de sentimiento del derecho. Parecería que, para vivificar la regla del derecho y asegurar su soberanía, debería bastar la conciencia que se traduce de su necesidad y de su bondad. De hecho es así en numerosos dominios del derecho de familia. Es que el sentimiento del derecho se reduce al sentimiento del menor sacrificio de parte de cada uno, en tanto que el sentimiento moral, es el del extremo sacrificio; el alma misma transfigurándose y no conociendo sino sus aspiraciones más elevadas y generosas. Ahora bien, si el sentimiento del menor sacrificio es el único necesario para el restablecimiento de la paz entre los vecinos respecto de un muro medianero, sólo el sentimiento del extremo sacrificio dará al marido y a la mujer, a los padres y a los hijos, la energía para hacer frente a todos los deberes, cuyo cumplimiento es el secreto de la dicha familiar”.

La constitución de la familia, en nuestro Derecho, obedece a tres fuentes generadoras que son: el matrimonio, la filiación y la adopción. Podemos por tanto decir que Derecho de Familia es una parte del Derecho Civil, rama del Derecho Privado, que regula el conjunto de personas unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción, que al efecto constituyen la familia, y que son el padre, la madre y los hijos, no importa si se trata de filiación matrimonial o extramarital y entre adoptante y adoptado.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **DEL MATRIMONIO**

- a).—Concepto y definición;
- b).—Breve estudio histórico, sociológico y jurídico;
- c).—El concubinato y el amasiato.

## **EL MATRIMONIO**

### **CONCEPTO Y DEFINICION**

Siendo considerado el matrimonio como una forma que determina la constitución y establecimiento de la Familia, y para concebir el sentido real que tiene como expresión humana, sólo es posible hacerlo cuando se coloca en el supuesto legítimo de la familia, pues por ser ésta de categoría altamente social, se hace partícipe de esa condición al vínculo conyugal.

Hemos de tomar la posición de que el matrimonio sea el fundamento de la institución familiar; no obstante, es evidente considerar a la unión conyugal como la base legítima de la familia, no siendo necesario para su existencia toda vez que ésta puede aparecer al margen del Estado matrimonial.

La misma protección que el Derecho otorga a la Familia, señala los lineamientos que corresponden a la esfera de acción del matrimonio, estableciendo la posición justa que dentro de la regulación legal a de guardar.

Siendo que el Derecho Mexicano ha variado la Teoría Tradicional de no considerar el matrimonio como el fundamento familiar en punto de contradicción señalamos la tesis sustentada por Ruggiero (1) en los siguientes términos:

“El matrimonio es institución fundamental del Derecho Familiar; porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarias. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstas, o de un orden inferior o meramente asimiladas a las que el patrimonio genera. La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobada por el Derecho y degenerada en el concubinato cuando no, lo estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido de la unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es la patria potestad; fuera del matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijos. Una benigna extensión limitada siempre en los efectos, es la hecha por la Ley de las Relaciones de la Familia Le-

1. Ruggiero Roberto.—Instituciones de Derecho Civil. Traduc. de Ramón Serrano y José Santacruz, Ed. Assandri, Argentina, Págs. 712 y 713.

gítima a relaciones naturales derivadas de la unión ilegítima y ello responde a razones de piedad y a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad contraída por quien procrea fuera de las justas nupcias; la artificial creación del vínculo parental en la adopción no es más que una imitación a la filiación legítima. Esta importante y preeminencia de la institución que hace del matrimonio el jefe de todo el sistema jurídico familiar se revela en todo el Derecho de Familia que representa aún más allá del ámbito de éste”.

Es de observarse que ésta idea es anacrónica a nuestra realidad social, en cuanto a que se refiere a la unión del hombre y de la mujer en matrimonio, que es reprobada por el Derecho al degenerarla en concubinato y por la sociedad al repudiar la unión; pero estas formas no son sino simples protecciones a la unidad social, protecciones con las que estamos de acuerdo; pero como se verá más adelante, el concubinato crea situaciones tan legales como el matrimonio. Cuando se refiere el autor al hijo, no es una benigna extensión del Derecho, ni una concesión graciosa, sino una visión apegada a la situación social viviente.

Actualmente hay que proteger al hijo, porque él es el menos interesado en su existencia en la vida; en nuestra actual situación social la protección al hijo es una visión amplia, con mayor criterio, y tan es así que a partir de la ley de Relaciones sobre Familia de 9 de abril de 1917, que sustenta un criterio perfectamente humano, en razón de que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y especialmente en las relaciones que originan la filiación tanto legítima como natural. Por lo tanto el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones jurídicas de maternidad, paternidad y patria potestad, ya que tanto los hijos legítimos como los naturales resultan agrupados a efecto de reconocerles los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.

Lo anterior no quiere decir que estemos totalmente de acuerdo, en que la familia no se funde en el matrimonio, por razones expresadas con antelación sobre todo en lo referente a la moral de los hijos, ya que en nuestra realidad viviente, en la que se propaga el amor libre, con uniones transitorias y matrimonios de hecho, pasajeros, que tienen como consecuencia la existencia de hijos ilegítimos, sin moral y los más bajos instintos.

El primitivo Código Soviético de la Familia, el más extremista de todos, en cuanto permitía uniones matrimoniales exentas de toda formalidad, borrando así casi totalmente la diferencia entre la familia matrimonial y extramatrimonial, razón digna de ser tomada en consideración en cuanto que se hizo para la protección de los hijos, pero que propició las uniones transitorias y por ende gran número de hijos sin protección (2).

2. Fernández de Clérigo Luis.—El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Ed. UTEHA, México, Pág. 7.

Aunque no es posible, dado el estado actual de la Ciencia del Derecho y de los avances en que se inspiraron las más importantes y progresivas legislaciones, negar a las uniones extramatrimoniales determinados efectos jurídicos, entre las que las mantienen y las han mantenido, ni el reconocimiento de ciertos derechos respecto a los hijos de dichas uniones.

Se puede distinguir entre el acto constitutivo del matrimonio, casamiento, y el estado de convivencia, que no se funda en dicho acto. Se trata de dos cosas íntimamente relacionadas, pero que, siendo diferente, es preciso distinguir cuidadosamente.

El acto del casamiento, se caracteriza sobre todo por su libertad, en él se cumplen todos los requisitos que la ley indica para la declaración de estado; si por algún motivo es invalidado, las consiguientes relaciones entre el hombre y la mujer tienen el sello de ilegitimidad, que entraña importantes consecuencias morales, jurídicas y sociales; pero creando ciertos derechos y el llamado matrimonio putativo; iguales consecuencias tiene el estado de convivencia pero sin la declaración de invalidez. Por otra parte siendo el matrimonio una institución social, está sometido a ciertas situaciones no sólo con acto sino también como estado, situación que no ocurre en el estado de convivencia. Estas condiciones caracterizan al matrimonio, que es un deber ser que la ley considera como justo y que sujeta a la perpetuidad, haciendo más difícil su disolubilidad, y brinda a los hijos una protección, creándoles una situación jurídica, social, moral y económica más estable y segura. En cambio el estado de convivencia, o sea uniones transitorias y de hecho, no brindan la protección de estabilidad y seguridad que la ley brinda; aunque no hay que desconocer, que actualmente, muchos de estos estados de convivencia son más estables y seguros que un matrimonio legalmente establecido.

El antiguo Derecho Romano (3) formuló una definición acerca del matrimonio que dice "*Comiunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris. Communicatio o viri et muliaris communicatio individuum vitae consuetudinem coxitinens*". "El matrimonio es la unión legítima del hombre y de la mujer, unión conforme al Derecho".

Julián Bonnescase (4) expresa: "El matrimonio es una institución constituida por un conjunto de reglas de Derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y, por tanto, a la familia una organización social y moralmente que corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todo momento invadían a la noción del Derecho".

3. Petit Eugene.—Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Edinal. México, Pág. 127.

4. Cit. Rojina Villegas Rafael.—Compendio de Derecho Civil, Tomo I. Ed. Porrúa, S. A. México. Pág. 284.

Antonio Cicu (5) nos dice: "El matrimonio es una comunidad plena de vida material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola".

Del matrimonio se desprenden las siguientes notas esenciales:

- a).—Diversidad de sexos.
- b).—Unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer, o sea el principio monogámico, opuesto a la poligamia y a la poliandria.
- c).—Perpetuidad, es decir propósito de perpetuidad al contraerlo, porque, en otro caso no habría verdadero matrimonio, ya que ni lo son ni pueden serlo las uniones condicionales ni las que se hayan sujetas a plazo.

No confundir la perpetuidad con la indisolubilidad. El propósito de contraer el matrimonio a de ser perpetuo o vitalicio dada la constitución de la vida humana, sin perjuicio de que en el transcurso del tiempo puedan sobrevivir incidentes que impongan la disolución del matrimonio por determinadas causas y como pueden conocerse motivos que dan lugar a su nulidad, pero que no están en el propósito de los contrayentes al celebrarlo.

El matrimonio se dirige a estos tres fines substanciales:

- a).—La procreación y perfección de la especie.
- b).—El mutuo auxilio.
- c).—El mejor cumplimiento de los fines de la vida.

Adviértase que no es preciso la concurrencia de los tres fines y basta cualquiera de ellos para legitimar el matrimonio, lo cual significa que pueda contraerse por personas que no tienen la edad para procrear y que ni siquiera se propongan auxiliarse; pero que mediante el matrimonio, desen cumplir otros fines de la vida, como por ejemplo, legitimar a los hijos que hayan tenido (6).

#### b).—BREVE ESTUDIO HISTORICO, SOCIOLOGICO Y JURIDICO

El matrimonio, así como todas instituciones jurídicas, ha sufrido profundas transformaciones a través de su devenir histórico; por lo cual señalamos las grandes etapas de evolución del matrimonio (7).

1.—PROMISCUIDAD PRIMITIVA.—Según las hipótesis más profundas de los sociólogos; en las comunidades primitivas existió en un prin-

5. Cicu Antonio.—El Derecho de Familia, Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ed. Ediar, S. A. Buenos Aires.
6. Fernández de Clérigo Luis. Ob. Cit. Pág. 10.
7. Ortiz-Urquidí Raúl.—Matrimonio por Comportamiento, Tesis Doctoral. Ed. Privada, México, Pág. 93 ss.

cipio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre. Los hijos seguían la condición jurídica y social de aquella, donde, como ya hemos visto, da lugar al matriarcado. Sin embargo algunos sociólogos consideran que la referida promiscuidad era realmente relativa, puesto que el hombre, por ciertos instintos y sentimientos naturales, debió haber permanecido con la mujer hasta el nacimiento o hasta el destete del hijo, naturalmente que ésta es una mera hipótesis que no ha logrado una comprobación efectiva.

- 2.—**El Matrimonio por Grupos.**—El matrimonio por grupos se presenta ya como una forma de promiscuidad relativa, pues la creencia mítica deriva del Totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí, y en tal virtud, no podían contraer matrimonio con mujeres del propio clan. De aquí la necesidad de buscar la unión sexual con mujeres de una tribu diferente. Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, puesto que en sí era también una promiscuidad, aunque relativa, manteniéndose, por tanto, en cuanto a la filiación, el mismo origen matriarcal de la promiscuidad primitiva, que era absoluta.
- 3.—**El Matrimonio por Rapto.**—En la evolución posterior debida originalmente a la guerray a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas en pugna. La mujer se consideraba, como parte del botín de guerra, adquiriéndola en propiedad los vencedores, de la misma de manera que se apropiaban de los bienes o de los animales. Es aquí donde la paternidad se define por la unión monógama, pues el marido es entonces el jefe de la familia y como tal se somete a su autoridad tanto la esposa como los hijos. Surge así el patriarcado, según la hipótesis formulada en razón de las organizaciones primitivas de los pueblos de pastores y cazadores.
- 4.—**El Matrimonio por Compra.**—Aquí es donde definitivamente se consagra la monogamia, es en esta suerte de matrimonio en el que por virtud de la compra, el marido adquiere el verdadero derecho de propiedad sobre la mujer, quien de este modo se encuentra totalmente sometida al poder de aquél. En esta nueva forma matrimonial la familia se organiza jurídicamente sobre la base de la potestad marital, reglamentándose la filiación en función de la paternidad, que así resulta bien conocida. En la patria potestad al estilo Romano, esto es, el poder absoluto e ilimitado del paterfamilias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.
- 5.—**El Matrimonio Consensual.**—Esta nueva forma matrimonial es, por decirlo así, la culminación de la institución del matrimonio, dado que se presenta como una libre manifestación de voluntades del hombre y de la mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida, con el fin de ayudarse a soportar el peso de la vida y perpetuar la especie, que es justamente el concepto de matrimonio moderno.

6.—El Matrimonio Sacramento.—Tomando como fundamento esa libre manifestación de voluntades del hombre y de la mujer para constituir un estado permanente de vida, la Iglesia Católica desde el siglo IX hizo tímidos intentos, para regular canónicamente el matrimonio, hasta que por fin el Concilio de Trento abiertamente incurrió en este camino. Los Padres de la Iglesia exigen que la unión de los esposos sea bendecida por un sacerdote; la bendición nupcial es la confirmación del matrimonio ya contraída y su consagración eclesiástica.

7.—El Matrimonio Civil.—Este es el que se celebra conforme lo establecido por la Ley, que analizaremos al término de la relación histórica.

Una vez determinadas las etapas sociológicas, veremos lo relativo a su aspecto histórico, siguiendo la tesis Doctoral del Dr. Raúl Ortiz Urquidí. "Matrimonio por Comportamiento". (8).

La India.—Entre las primitivas costumbres de los pueblos que habitaban los valles del Indo y del Ganges, costumbres recopiladas en el Mahabaratta, que es la recopilación más antigua de las más viejas tradiciones indias, la costumbre reinante en cuanto al matrimonio se refiere, era la promiscuidad, como acreditaba uno de los textos de dicha recopilación: "Hubo un tiempo en que no era delito al ser infiel al esposo, antes bien, era un deber. Las hembras de todas clases son comunes. . ."

Pero cuando en la época teocrática del pueblo hindú los brahmanes se adueñaron del poder público, impusieron a la India una legislación eminentemente religiosa en la que la poligamia era permitida, aún cuando con algunas restricciones. Así un brahman o sacerdote podía tener cuatro mujeres; un chatria o guerrero, tres; un vaisia, labrador o mercader, dos; y un sudra o esclavo, una. Estas formas matrimoniales debieron realizarse, por lo menos en un principio, por la compra de la mujer, según se desprende de algunos pasajes del Código de Manú.

Hebreos.—La Ley Mosaica deja subsistir la poligamia como forma matrimonial, pero prohíbe que las uniones se realicen entre los parientes próximos. En el Antiguo Testamento no se describen normas legales sobre el matrimonio; pero sí que las esposas podían comprarse a cambio de servicios, como sucedió en el caso de Jacob, quien trabajó siete años a Labán para que le diera por esposa a su hija Raquel. Otra forma de matrimonio judío era derivado del matrimonio por compra y que es el de la Khetuba, consiste en la constitución por escrito de una dote otorgada por el marido en favor de la mujer, pero que aquél administraba libremente durante el matrimonio, mismo que al ser disuelto, bien por la muerte del marido o porque éste llegara a repudiar a la mujer, originaba que ésta entrara al pleno dominio de la dote, por lo cual se llegó a interpretar como una cláusula penal de divorcio, siendo el valor de dicha

8. Ortiz-Urquidí Raúl. Ob. Cit. Pág. 53 ss.

dote en la época de Talmud, dos siglos después de J. C., de doscientos denarios por una doncella y cien por una viuda. Sea como sea, la familia entre los judíos señala el comienzo del perfeccionamiento que adquiere en el cristianismo, ya que aunque practicaban la poligamia, la mujer tenía en el hogar un puesto de honor y la Ley Mosaica ordenaba honrar a la madre, también al padre, y respetar a la mujer ajena.

Egipto.—Es bien sabido que el culto más antiguo en este pueblo era el de Isis, o sea la diosa de la maternidad, que era el principio de todas las cosas.

De manera, pues, que no es extraño que entre los egipcios la mujer ocupaba un lugar preminente en la familia, pues hasta se llegó a decir que la función social de los esposos estaba invertida, ya que las mujeres eran las que ejercían el comercio y dirigían la casa, mientras que el hombre ejercía oficios inferiores aún dentro de la familia. También la poligamia estaba permitida en este pueblo. Se señalan tres formas de matrimonio en este pueblo: la servil, en que la mujer venía a ser casi una esclava del marido; el igualitario, en que se establecía la igualdad de derechos entre los cónyuges y una especie de comunidad en los bienes; y el tercero que participaba de ambos caracteres y se distinguía por cierta dote nupcial que el marido hacía a la mujer en el acto del matrimonio.

Grecia.—En Grecia la familia era más que una asociación natural, una asociación religiosa en la que la mujer perdía la religión de su familia para adquirir la de la familia del marido. Tenía pues, un lugar secundario en el hogar. El matrimonio fue en un principio obligatorio a fin de lograr la continuidad de la familia y del culto doméstico; pero como cuando a consecuencia de la natural sobrepoblación, así originada, se impuso la limitación a la natalidad y apareció la crisis del matrimonio, surgió el concubinato como una costumbre general que por cierto no causó escándalo ni produjo sorpresas.

Roma.—Bien es sabido para nosotros que el matrimonio en Roma se adquiría por tres modos: "la confarreatio", "la coemptio" y "el usus".

"La confarreatio" consistía en una ceremonia religiosa celebrada por el gran Pontífice y el "flámene" de Júpiter en presencia de diez testigos y con palabras solemnes. La mujer debía tener en la mano un pan de trigo, "Ferreaus panis", que era el símbolo de su asociación a la vida entera del marido. Pronto este modo matrimonial, que era propio de los patricios, cayó en desuso.

La "coemptio", consistía en la mancipación o venta de la mujer al marido hecha por ella misma con autorización de su padre o de su tutor en su caso. La mujer pasaba bajo la manus del marido, gracias a las palabras especiales de la Coemptio. Cuando dejó de existir la Confarreatio, la coemptio, que era propia de los esclavos, se generalizó también entre los patricios.

El "Usus", consistía en una especie de usucapión de la mujer por el marido después de un año de hacer vida marital, en la inteligencia que la mujer podía evitar la manus durmiendo tres noches seguidas fuera de la casa de aquél. Esta forma matrimonial desapareció al fin de la época clásica.

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

El celebrado entre ciudadanos romanos era y se le aplicaba el nombre justas nupcias, pues para los romanos el "connubium", o "jus conubii", o sea la aptitud legal para contraer las justas nupcias, solamente era privativa de los ciudadanos romanos, careciendo de él los esclavos, los peregrinos y aún los latini que no hubieran obtenido este favor especial.

Las injustas nupcias eran las que se contraían entre personas que por razón de su nacionalidad no tenían el "jus connubii". Desapareció esta forma matrimonial cuando el derecho de ciudadanía fue otorgado a todo el Imperio.

El concubinato consistía en Roma en una unión regular, pero que no podía tener la categoría de las justas nupcias por algún motivo de moralidad pública.

El contubernio era la unión regular y continua entre dos esclavos o entre dos personas, la cual una de ellas era esclavo.

Por último el estupro era cualquier unión de un hombre y una mujer, que no podía clasificarse entre las anteriores.

El matrimonio a partir del Bajo Imperio hasta el Concilio de Trento. —La invasión de los Bárbaros encuentra al Imperio Romano, en cuanto al matrimonio se refiere, con la realidad de que éste se formó únicamente por el consentimiento de los esposos. La omnipotencia del marido había desaparecido. La tutela perpetua a la que estuvo sometida la mujer, había sido abolida definitivamente por Constantino en el año 321. La idea de potestad sobre ella, fue substituída, al influjo del Cristianismo, por la de protección.

Así del siglo V que dicha invasión se efectuó hasta el Concilio de Trento, de 1545 a 1563, el matrimonio permaneció consensual, ya que si bien es cierto que en el primer Concilio de Letrán, celebrado en el año 1123, la Iglesia Católica trató por primera vez en convertirlo en sacramento, mejor dicho, de organizarlo, de reglamentarlo como sacramento, puesto que no hay que perder de vista que fue el mismo Jesucristo quien lo elevó a la dignidad de tal, no es menos cierto que las disposiciones que

al respecto dictó la Iglesia, no tuvieron ningún efecto sino hasta la celebración de dicho Concilio Tredentino.

**Secularización del Derecho Matrimonial.**—Aquí empieza a tomar cuerpo la idea de que únicamente el Estado puede dictar reglas obligatorias sobre el matrimonio, arribándose así a 1787, en que por virtud del Edicto de 28 de noviembre de dicho año, promulgado por Luis XVI, se da en Francia el paso definitivo dentro de esta tendencia, al autorizar a los no católicos para producir su declaración matrimonial, bien ante el vicario de su domicilio, o bien ante el juez real del lugar; en la inteligencia de que el primer antecedente de esta tendencia vino a constituir la autorización de que el 15 de septiembre de 1655 concedió el "Conseil des Des-pêches" a los protestantes para contraer matrimonio ante los oficiales de la Justicia Real, aún cuando esta autorización, que sólo precedió en unas semanas a la revocación del Edicto de Nantes, expedido por Enrique IV y ya en la época de la revolución la Asamblea Constituyente, en el Artículo en 1958, no tuvo aplicación alguna. Posteriormente en la misma Francia, siete del Título dos de la Constitución de 1791, decidió que el matrimonio, al igual que el nacimiento y de la defunción de todos los habitantes de Francia, se hiciera constar por los oficiales públicos encargados de redactar y conservar las actas; y el año siguiente la Asamblea Legislativa en la Ley 20-25 de septiembre de 1792, reglamentó la cuestión confiando los registros a las municipalidades y decidiendo que en el futuro tales registros serían los únicos que tendrían fuerza obligatoria ante la justicia.

Así fue como se estableció de un modo definitivo la tesis del matrimonio como contrato frente al matrimonio como sacramento de la Iglesia Católica, pues la propia Constitución designó el principio de que "la Ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil", y fue así como también se le quitó a la Iglesia el monopolio en la materia y se le dio al Estado en una actitud por lo más explicable, pues cualquier consideración aparte, de que dentro del territorio de un Estado habitan individuos que profesan diversas religiones y aún individuos que no profesan ninguna, es natural que éstos no puedan celebrar su matrimonio en la forma establecida por la Iglesia Católica.

El matrimonio en el México precolonial y en el colonial, con la conquista los españoles trajeron al país sus costumbres y sus leyes, y como a los pocos años de iniciada tuvo lugar el Concilio de Trento cuyos acuerdos tuvieron vigencia en México, sólo que la aplicación en las Indias de los preceptos Tridentinos no se hizo de manera absoluta e inalterable, ya que el legislador comprendiendo lo injusto e impolítico que hubiera sido tratar de imponer a los hombres de aquella raza los mismos moldes en que se había venido vaciando una civilización de siglos, buscó el medio de condensar en preceptos nuevos las reglas más adecuadas para el régimen civil de aquellos pueblos, atrayéndolos lentamente al Derecho de Castilla, sin transiciones demasiado violentas, que hubiesen resultado, a más de abu-

sivas y tiránicas, en absoluto contraproducentes. Era forzoso ir administrando a los neófitos los sacramentos del catolicismo, y si en cada uno de éstos se ofrecían dificultades de muy penoso vencimiento, éstas aumentaban cada día más al tratar al matrimonio, por el carácter básico que esta institución tiene en la vida de los pueblos. De ahí que por lo menos en los primeros tiempos de la Colonia se reconoció como legal y se tuvo como válido el matrimonio celebrado consensualmente por los autóctonos de la Nueva España (indios), por cierto que porque así se lo enseñaron los propios misioneros entre tanto era gradual y definitivamente incorporados a la civilización Cristiana.

Es conveniente citar, como lo cita nuestro autor el Dr. Ortiz Urquidi, las palabras pronunciadas por el Sr. Lic. García Rojas, con motivo de un amparo directo cuando era Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. "En el siglo XVI se realizó la Conquista de México. La cristianización del pueblo de México duró aproximadamente un siglo, del año 1521 al año 1635 ó 1640. El Concilio de Trento funcionó a mediados del siglo XVI, de 1545 a 1563. Cuando llegaron los españoles a México se encontraron con la poligamia entre los indios, quienes al ser cristianizados tenían que abandonar la poligamia y ser monógamos, y les enseñaron los misioneros a los indios la forma de hacerlo; pero al mismo tiempo les enseñaron esa manera de casarse, anterior al Concilio de Trento, entre los fieles, consiste en convivir, tener trato sexual continuo con deber de fidelidad y un tratamiento de igualdad en la matrimonio; no se necesitaba la bendición del cura, no se necesitaba ceremonia de ninguna naturaleza. En toda la vastedad del territorio nacional, en la raza indígena, ese matrimonio se celebraba sin formalidad de ninguna naturaleza, por el puro consentimiento manifestado por la convivencia, por el trato recíproco sexual; bastaba con que se unieran hombre y mujer para que la unión se convirtiera en matrimonio y el matrimonio eclesiástico, en matrimonio canónico, cristiano válido. Pero las costumbres del matrimonio, que es perfecto cuando se ha consumado, es decir, cuando ha habido yacimiento carnal entre el hombre y la mujer esas costumbres enseñadas por los misioneros, son todavía las que nuestro pobre pueblo practica. Hay un porcentaje muy grande de los llamados concubinatos, amasiatos, en el pueblo de México. Pero no es por malas costumbres o malos hábitos, es porque a eso fueron enseñados. El misionero no enseñó a casarse al indio con las formalidades del Concilio de Trento que todavía no existía. Le decían: Si quieres a tal mujer. llévatela; porque recordarán los señores Ministros que en el Derecho Canónico no se necesitaba el consentimiento de los padres para la validez del matrimonio. Así era en el Derecho Francés que se ha difundido por el mundo y es una de las cosas que se puso en el Código de Napoleón. Cuando hablan de amasiato y lo desprecian, no se dan cuenta que esa fue la enseñanza de los Franciscanos. Cuando se celebraba ese matrimonio no había bendición del cura: en ranchos donde no había cura ni había curatos, y en donde la población era muy grande, tampoco el cura bendecía las unio

nes; se casaban llevándose a la mujer a su casa, haciendo vida con ella. Vino el Concilio de Trento, en las postrimerías del siglo XVI, en que se decretaron las bulas. Yo no quiero comenatr ni es aquí tampoco lugar para tratarlo, si la recepción de las bulas por Felipe II para crear el matrimonio eclesiástico para los indios, fue bien o mal hecho por el Rey de España; yo tengo formada mi opinión sobre el particular. Así es que esa era la situación entre los indios que no sabían leer, ni sabían escribir no tenían instrucción, y en nuestra clase pobre todavía hay la costumbre de llevarse a la muchacha a su casa, porque así se les enseñó a hacerlo; no necesitaban el consentimiento de los padres, luego el amor espontáneamente se desarrollaba. Ya cuando se recibieron las bulas en México vino el matrimonio Tridentino. Y aún cuando era facultad de la Corte reunida en pleno, porque hasta 1917 estaba dividida en tres salas, juzgar de la recepción de las bulas, y oponer, por disposición de los reyes españoles, excepciones dilatorias para que quedaran exentos los indios de multitud de ellas, lo cierto es que en el caso nada de esto sucedió. Sin embargo, esa costumbre del matrimonio consensual antitridentino no ha desaparecido entre nosotros, como tampoco en algunos otros países, como entre los americanos y sobre todo entre los escoceses. En el Estado de Nueva York y otras de la Unión Americana, por ejemplo, se llevan a la mujer y después registran la unión mediante una manifestación, y si no la registran, el matrimonio es, de todos modos válido. Esto ha pasado en México siempre en las costumbres de nuestro pueblo; se llevan a la muchacha a su casa y viven como marido y como mujer. Nosotros con mucho desprecio les llamamos amasiato o amancebados, pero los frailes les enseñaron a eso, y ellos no han sabido de las formalidades del Concilio de Trento para los pueblos civilizados, cultos, con recursos o la menos con ciertos elementos económicos. Y vino la Reforma de Trento porque contra el matrimonio consensual de Europa se levantaban las voces de protesta por los grandes escándalos que había. Lutero, entre otros, fue el que más duramente los atacó. De manera que fue así, hasta dicho Concilio, cuando se establecieron esas formalidades. Pero en pueblos tan pobres, como éste pueblo de América, que no tiene muchos años de vida, en donde las gentes no tienen con que cubrirse sus carnes, cualquier gasto, por insignificante que sea ya está fuera de sus posibilidades”.

El Matrimonio en el México Independiente.—Al venir la Independencia, la realidad de México, heredada de los españoles, era que se reconocía a la Iglesia competencia no solamente para celebrar el matrimonio, sino para legislar sobre la materia, pues la Real Cédula de 12 de julio de 1564 aseguró en España el carácter sacramental del matrimonio con la publicación de las disposiciones del Concilio de Trento como la Ley del Reino, en tanto que la Real Cédula de 21 de marzo de 1749 y las Reales Ordenes de 8 de mayo de 1801 y de 15 de octubre del mismo año, ordenaron concretamente que los asientos de los registros parroquiales debían someterse y ajustarse a determinados modelos y señalaron ciertas disposiciones que

tendían a la conservación y custodia de dichos registros. Perduraron entre nosotros estas prescripciones hasta 1857 en que se promulgó la Ley de 27 de enero, por medio de la cual se estableció en la República el Registro Civil, con el antecedente inmediato del Estatuto Orgánico Provisional de la República de 23 de mayo de 1856, y con la posterior separación de la Iglesia y el Estado proclamada por la Ley de 12 de julio de 1859, elevada a la Ley Constitucional el 25 de septiembre de 1873. Vinieron, después de la citada Ley de 12 de julio de 1859, las de 23 y 28 del mismo mes, por la primera de las cuales se estableció que el matrimonio es un contrato civil y por la segunda la secularización del registro de los actos del estado civil, estableciéndose así la independencia absoluta entre el Estado y la Iglesia, pues si bien es verdad que por medio de la aludida Ley de 27 de enero de 1857 el Estado se emancipó totalmente de la tutela de los registros parroquiales, también lo es que dicha emancipación no fue perfecta, ya que la Ley confería a los encargados de los archivos eclesiásticos la facultad de extender las actas de nacimiento, de matrimonio, cuya celebración y formalidades quedaron a cargo de los curas de almas. Pero la verdadera organización del Registro Civil se produjo de dos formas: por medio de la Ley de 10. de noviembre de 1865 expedida por el Emperador Maximiliano, y por medio de las disposiciones del primer libro del Código Civil de 1866, cuyos dos primeros libros fueron promulgados por el propio Maximiliano, en el concepto de que del 5 de diciembre de 1867, el Gobierno del Presidente Juárez revalidó los actos del estado civil registrados conforme a tales disposiciones del Imperio.

No fue, sin embargo sino hasta el 10 de julio de 1871, cuando se proclamó cumplidamente el registro civil, ya que el decreto respectivo de esa fecha determinó los libros y la forma de inscripción de la institución registral, cuyas disposiciones fueran ampliadas y modificadas con posterioridad por las leyes y decretos relativos de las siguientes fechas: 11 de octubre de 1871, 10 de julio de 1877, 6 de septiembre del mismo año, 14 de diciembre de 1874, 31 de octubre de 1875, 5 de diciembre de 1876, 2 de junio y 10 de diciembre de 1877, 8 de junio de 1878 y 6 de septiembre del mismo, incluyéndose en el artículo 23 de la citada Ley de 14 de diciembre de 1874, las bases a que habían de atenerse los Estados de la Unión para legislar sobre registro de matrimonios civiles y panteones, y fue precisamente el origen de que esta materia pasara a ser de la competencia local.

Lo cierto es que después de las citadas Leyes de Reforma de julio de 1859 y del decreto de 25 de septiembre de 1873, de Adiciones y Reformas a la Constitución de 1857, abiertamente se orientó nuestra legislación, inspirándose en los principios del Derecho Civil Francés, por este camino de considerar al matrimonio como un contrato civil, como lo demuestran las disposiciones relativas del artículo 130 de la Constitución actualmente en vigor y la reglamentación que de aquél han hecho las diversas codificaciones que sobre el particular han regido en México Independiente, o sea en los Códigos de 1870, de 1884 y el vigente de 1928 y antes de éste.

## La Ley sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917.

Naturaleza Jurídica del Matrimonio (9). La doctrina ha elaborado diversas teorías respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, las cuales son:

- 1.—Como Acto Jurídico Condición.
- 2.—Como un Acto Jurídico Mixto.
- 3.—Como un Contrato Ordinario.
- 4.—Como un Contrato de Adhesión.
- 5.—Como un Estado Jurídico.
- 6.—Como un Acto del Poder Estatal.
- 7.—Como Institución.

De las teorías enunciadas serán analizadas únicamente la del matrimonio como Contrato Ordinario, por ser el más tradicional y la del matrimonio como Institución.

El Matrimonio como un Contrato Ordinario.—Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el Código Civil como en la Doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un Contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso, como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las voluntades de las partes, pero además, por acudir necesariamente ante el Oficial del Registro Civil es un contrato solemne.

En contra de la tesis de que el matrimonio es un contrato, tenemos la opinión de Ruggiero y Bonnacase, (10) el primero se expresa así: "Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en él un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato, aunque los contratos constituyen la categoría más amplia de tales negocios. Nada se gana en añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regula la materia contractual. Precisamente las normas que no sólo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de la voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades, ni disciplinar las relaciones conyugales a modo contrario a lo establecido en la Ley; la li-

9. Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 281.

10. Cit. Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 283.

bertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aún en tal caso está limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella en la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio no hay contrato que no pueda disolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista”.

Julián Bonnecase (11), ha sostenido que es totalmente falsa la tesis Contractual. En efecto, el ilustre jurista francés hace un estudio de la naturaleza del matrimonio desde todos los puntos de vista que sería posible considerarlo, para tratar sin embargo la teoría contractual y adherirse a la teoría institucional del matrimonio. Desde luego rechaza el punto de vista de Planiol de que el legislador francés haya procedido con espíritu de modernización y cordura en la regulación jurídica de la familia y en cuanto a la concepción del matrimonio como un contrato, reconoce que en los trabajos preparatorios del Código de Napoleón, los redactores a pesar de todos los esfuerzos no lograron substraerse a la creación de la idea del matrimonio como contrato, aún cuando pensaron en algunas diferencias. Especialmente influyó la de Juan Jacobo Rosseau “El Contrato Social”, también las ideas de Pothier que se adhirió a la tesis de Rosseau. Expresamente este último nos dice: “El matrimonio es el más excelente y antiguo de los contratos. Aún considerado únicamente en el orden civil. Es el más excelente porque la sociedad civil está más interesada en él. Es el más antiguo porque fue el primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo de formar a Eva de una de las costillas de Adán, y que hubo presentado a éste, nuestros dos primeros padres celebraron un contrato de matrimonio, Adán tomó a Eva por esposa... Eva tomó a Adán por esposo”.

En el matrimonio, considera Bonnecase (12), “no se cumplen las reglas que lo caracterizan como un contrato, ni menos aún, existe el principio de autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución. En cuanto a los efectos del matrimonio, encuentra el citado autor, que hay una diferencia aún más radical, si se le compara con el contrato, pues el principio de la autonomía de la voluntad que domina sin excepción las consecuencias de los contratos conforme el Código de Napoleón, no tiene ninguna aplicación en materia matrimonial. Los consortes no pueden alterar el régimen del matrimonio estipulando derechos y obligaciones distintas a los que imperativamente determina la Ley. Carece de valor cualquier pacto que los contrayentes estipulasen para cambiar el régimen legal o modificar los fines del matrimonio. En cuanto a su disolución, el matrimonio también se separa radicalmente, pues aunque sea voluntad de los consortes disolver el vínculo matrimonial, necesita ser declarado por un juez, en cambio los contratos concluyen por el mutuo disenso”.

11. Cit. Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 283.

12. Cit. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 284.

Por nuestra parte, dice el maestro Rojina Villegas (13), "creemos que debe desecharse totalmente la idea contractual del matrimonio, pues además de las razones expuestas por Bonnacase, debe reconocerse que en el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participa en forma constitutiva del mismo, el oficial del Registro Civil. En este aspecto se vuelve a comprobar la existencia activa del citado oficial del Registro Civil, que no sólo declara unidos en matrimonio, sino que tiene que dictar y levantar un acta cumpliendo estrictas solemnidades en su constitución. Los mismos autores que han admitido la existencia del matrimonio como un contrato no han podido negar las características que tiene como acto jurídico mixto y el papel esencial que juega el oficial del Registro Civil".

En nuestro Derecho, el artículo 155 del Código Civil de 1884 decía expresamente: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". En el Código Civil de 1870, en el artículo 159 había consagrado la citada definición que después redujo textualmente el Código de 1884. En la Ley Sobre Relaciones Familiares, el artículo 13 decía: "El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble, para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". En el Código Civil vigente ya no se contiene una definición del matrimonio, de tal suerte que no se le caracteriza expresamente como un contrato, pero diferentes preceptos aluden al mismo dándole la categoría de un contrato.

Aún cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917, tanto en la Constitución como en la Ley sobre Relaciones Familiares consagraron la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el Derecho Canónico, que dio carácter de Sacramento al matrimonio. Por esto en el artículo 130 de la Constitución de 1917 se determina el matrimonio como contrato civil, indicando también que es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. No debe considerarse que el legislador, al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo a sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para este acto.

Así se explica que el artículo 147(\*) prohíba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, y dice: "Cualquier condición contraria

13. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 284.

\* Todo artículo citado sin indicación especial, corresponde al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta". Por la misma razón el artículo 182 declara: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio". De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina el sistema Contractual. Es decir, no sólo no pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la Ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades que afecten a este régimen que se considera de interés público. En este sentido es de aplicación estricta el artículo 6: "La voluntad de los particulares no puede eximir a la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros; es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, sí afectan gravemente el interés público.

En cuanto a la forma de disolución del matrimonio, se dispone que el divorcio sólo procederá por las causas que señala la ley o por mutuo consentimiento de los consortes. Ahora bien, podría pensarse que en esta forma de divorcio se aplicará el régimen contractual ya que se equipara al mutuo disenso, pero la diferencia es evidente, si se reflexiona que no puede haber divorcio sin la intervención del juez o de un oficial del Registro Civil. Por lo tanto no basta el mutuo consentimiento entre los consortes por sí solo para disolver el matrimonio, se requiere la intervención de un funcionario o del Estado y sobre todo que exista sentencia de juez civil o la declaración del oficial del Registro Civil, decretando el divorcio; y tampoco como en el régimen contractual se puede obligar a los cónyuges a mantener la unión por medio de la ejecución forzosa.

**El Matrimonio como Institución.**—El matrimonio ha sido considerado como unainsitución; es decir como un conjunto de normas jurídicas, de igual naturaleza, que regulan un todo orgánico y persiguen una finalidad, de interés público.

Julián Bonnecasse (14), al respecto, expresa: "el matrimonio es una institución constituida por un conjunto de reglas de Derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y, por tanto, a la familia, una organización moral y social que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todo momento irradian de la noción del Derecho".

En opinión pronunciada por el maestro Rojina Villegas (15) nos indica: "El matrimonio como Institución significa el conjunto de normas ju-

14. Cit. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 283.

15. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 281.

rídicas que lo rigen". Una Institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regula un todo orgánico y persiguen una misma finalidad.

Ihering (16) explica: "que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructuras y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el Derecho Positivo". Para el citado autor, el enlace entre las normas es de carácter teleológico, es decir, en razón de sus finalidades.

Para Hauriou (17). "Institución es una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en el medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes dirigidas por los órganos del poder y dirigidas por procedimientos".

La tesis de Hauriou (18) aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la Institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida que le da, significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma".

El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para el logro de las finalidades comunes que impone la Institución; se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos del poder, asumiendo igual autoridad, como ocurre en nuestro sistema, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia de la Institución.

Hemos de adherirnos a la tesis Institucional en virtud de considerar que el matrimonio desde el punto de vista jurídico se traduce en el hecho natural, la unión de sexos y la familia que se deriva de él, y teniendo en cuenta el concepto de Institución, que es un conjunto de normas jurídicas, imperativas que regulan las relaciones entre los cónyuges, determinándolos con precisión en el orden personal y sin que la voluntad de ellos pueda, por regla general, alterar ni menos contrariar las disposiciones legales, que no sólo en el orden personal donde la acción de la Ley se hace sentir, sino

16. Cit. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 282.
17. Cit. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 282.
18. Cit. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 282.

rídicas que lo rigen". Una Institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regula un todo orgánico y persiguen una misma finalidad.

Ihering (16) explica: "que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructuras y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el Derecho Positivo". Para el citado autor, el enlace entre las normas es de carácter teleológico, es decir, en razón de sus finalidades.

Para Hauriou (17). "Institución es una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en el medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes dirigidas por los órganos del poder y dirigidas por procedimientos".

La tesis de Hauriou (18) aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la Institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida que le da, significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma".

El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para el logro de las finalidades comunes que impone la Institución; se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos del poder, asumiendo igual autoridad, como ocurre en nuestro sistema, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia de la Institución.

Hemos de adherirnos a la tesis Institucional en virtud de considerar que el matrimonio desde el punto de vista jurídico se traduce en el hecho natural, la unión de sexos y la familia que se deriva de él, y teniendo en cuenta el concepto de Institución, que es un conjunto de normas jurídicas, imperativas que regulan las relaciones entre los cónyuges, determinándolos con precisión en el orden personal y sin que la voluntad de ellos pueda, por regla general, alterar ni menos contrariar las disposiciones legales, que no sólo en el orden personal donde la acción de la Ley se hace sentir, sino

16. Cit. Rotina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 282.

17. Cit. Rotina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 282.

18. Cit. Rotina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 282.

que alcanza también las relaciones patrimoniales, y si bien, en este aspecto, se permite a la voluntad de los cónyuges una más amplia esfera de autonomía, aunque no deja aquella voluntad de estar limitada por preceptos legales ineludibles y por ciertos requisitos exigidos necesariamente.

Como se ha indicado el matrimonio es una Institución jurídica; pero no debemos desconocer que también es un acto jurídico y como tal no impide que en su celebración se tomen en cuenta las disposiciones generales que el Código Civil regula para los contratos.

Requiere de los elementos esenciales y de validez de todo acto jurídico. Los elementos esenciales según expresa el artículo 1794 son: "Para la existencia del contrato se requiere".

I.—El consentimiento o mejor dicho la voluntad, dado que por consentimiento se entiende el acuerdo de voluntades; esta voluntad debe ser expresada como lo indica el artículo 1803: "El consentimiento debe ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los que por Ley o convenio la voluntad debe manifestarse expresamente".

II.—El objeto que pueda ser materia del contrato; el objeto del acto jurídico puede ser, primeramente, lo que constituye el objeto directo y éste es la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones; pero se habla también en la doctrina del objeto indirecto o mediato del acto jurídico que es la cosa en sí; por lo cual el objeto del matrimonio no es la cosa en sí; sino es natural y propiamente la prestación.

En cuanto al consentimiento, se relaciona el artículo 97 que nos dice: "Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al Oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellas en que exprese... III.—Que es su voluntad unirse en matrimonio... En cuanto al objeto que pueda ser materia del contrato, la ley es bastante clara, si interpretamos a contrario sensu el artículo 147 que dice: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta"; o sea que el objeto es la perpetuación de la especie y la ayuda mutua entre los cónyuges.

Es oportuno aclarar que el objeto del matrimonio además de éste es de carácter moral.

Un tercer elemento esencial para la existencia del matrimonio es la Solemnidad; ya que de todos es bien sabido que el matrimonio es un acto solemne, sin el cual no existe la situación jurídica, por más que un hombre y una mujer tengan plena voluntad de llenar los fines del matrimonio, y que inclusive los llenen viviendo maritalmente, procreando hijos y ayudándose mutuamente. Este requisito esencial se encuentra fundado en el artículo 146 que nos indica: "El matrimonio debe celebrarse ante los fun-

cionarios que establece la Ley y con las formalidades que ella exige”, completándolo con el 97 que nos indica: “Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al Oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellas. . .” Y el segundo párrafo del artículo 102: “Acto continuo el Oficial del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias presentadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes los declarará unidos en nombre de la Ley y de la sociedad”, y el artículo 103: “Se levantara luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

I.—Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes”.

Al respecto, y saliéndose del orden que nos marca nuestro ordenamiento legal, artículo 1795, en relación con los elementos de validez; en razón de la opinión que sobre el particular nos brinda el Dr. Raúl Ortiz-Urquidí” (19), al distinguir entre solemnidades y formalidades. No considerará a la forma como un elemento de existencia, ya que nos indica que no es necesaria en razón de lo dispuesto por el artículo 250 que dice: “No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta matrimonio celebrado ante el Oficial del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posición de estado matrimonial”. Al respecto nos indica nuestro autor, la distinción entre formalidades y solemnidades; nos dice que las formalidades se asientan en los artículos 102 y 103: “1.—Asentar el lugar día y hora del acto matrimonial. 2.—Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes. 3.—Si son mayores o menores de edad. 4.—El consentimiento de los padres, abuelos o tutores, o el de las autoridades que deban substituirlos, haciendo constar los nombres, los apellidos y domicilio de todas las personas. 5.—Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó. 6.—La manifestación de los cónyuges sobre sí el matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes. 7.—Los nombres, apellidos, edad estado, ocupación y domicilio de los testigos y su declaración si son o no parientes de los contrayentes y si son en qué línea o en qué grado. En tanto que considera como Solemnidades, y por tanto elementos esenciales para su existencia; a).—Que se otorgue el acta matrimonial; b).—Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los consortes para unirse en matrimonio, como la declaración del Oficial del Registro Civil considerándolos unidos en nombre de la Ley y de la sociedad; c).—Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.

Además nos indica, que en el artículo 250, que dice: “No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio

celebrado ante el Oficial del Registro Civil —debería decir: “de formalidades”, pues sabemos que la omisión de ésta origina la nulidad, y de las solemnidades la inexistencia— cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial”.

Vamos a analizar el elemento de validez denominado Forma; nos dice el artículo 1795 “El contrato puede ser invalidado”:

IV.—Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece”. Así la parte in fine del artículo 146, es congruente con él y nos indica: “. . . y con las formalidades que ella exige”. Así mismo vemos que el artículo 97 nos dice: “Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al Oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellas que exprese:

II.—Que no se tiene impedimento legal para casarse;

III.—Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, o si alguno no pudiera o no supiere firmar o escribir, lo hará otra persona conocida, mayor de edad y vecina del lugar.

## **ELEMENTOS DE VALIDEZ**

Los elementos de validez son los citados por el artículo 1795, que interpretado a contrario sensu nos dice:

“El contrato puede ser invalidado:

I.—Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.

Es bien sabido que la capacidad puede ser de goce o de ejercicio; la primera llamada capacidad de derecho o titularidades, consiste en la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones; en tanto que la segunda, o sea la de ejercicio, que es la aptitud para poder ejercitar esos derechos; así el artículo 22 nos dice: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”. Asimismo el artículo 24 indica: “El mayor de edad tiene facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la Ley”, y el 646: “La mayor edad comienza a los dieciocho años de edad cumplidos”; la parte in fine del artículo 22 nos está indicando la capacidad de goce; en tanto que el 646 y el 24 se refieren a capacidad de ejercicio.

En cuanto a la capacidad para contraer matrimonio debemos estudiar los impedimentos para contraerlo; que son clasificados por la Doctrina Canónica en dos especies: dirimentes e impedientes. Los primeros son aque-

llos que traen consigo la nulidad del matrimonio, los segundos son aquellos que sólo producen la ilicitud.

El artículo 156 nos indica: "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

I.—La falta de edad requerida por la Ley, cuando no haya sido dispensada;

Al respecto el artículo 148 indica: "Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Los presidentes municipales pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas". Es de hacer notar que las edades mencionadas por el artículo 148 se refieren a la pubertad legal.

Debemos señalar en cuanto a lo que se refiere la parte in fine del artículo 148 "... Los presidentes municipales pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas". La razón de esto es que la pubertad supone la aptitud física de los que contraen el acto, esta aptitud física se adquiere fisiológicamente para la unión sexual y la procreación; los pretendientes necesitan haber cumplido dichas edades, pero hay casos en que sin cumplir dichas edades la mujer se encuentra en una situación grave, y justificada como el embarazo, o sea el paso de la pubertad legal a la real.

II.—La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, del autor o del juez, en sus respectivos casos; a tal capacidad no se contrae a la falta de aptitud para casarse, sino que previene el caso de que teniendo la edad requerida por el artículo 148, haber cumplido el hombre dieciséis años y la mujer catorce, no haya sin embargo llegado a la mayor edad y por tanto no tenga capacidad necesaria para disponer libremente de su persona y de sus bienes, como lo previenen los artículos 646 y 647 que indican: "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos"; "La mayor edad dispone libremente de su persona y de sus bienes", respectivamente; en cuyo caso se tiene que apegar por lo dispuesto por el artículo 149". El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si sobrevivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos", o también se previene por medio de lo que indican los artículos 150 y 151: "Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando éstos, el juez de primera instancia de la residencia del menor suplirá el consentimiento"; y "Los interesados pueden ocurrir al presidente municipal respectivo, cuando los ascendientes o tutores nieguen su con-

sentimiento o revoquen el que hubiere concedido. Las autoridades mencionadas, después de levantar una información sobre el particular, suplirá o no el consentimiento”.

Es oportuno mencionar un acuerdo publicado en el Diario Oficial del 30 de junio de 1956 en el que: ACUERDO que faculta al C. Director General de Gobernación del Distrito Federal para autorizar, en materia de matrimonios, las dispensas de edad de menores, o las suplencias de consentimiento de los ascendientes o tutores, con fundamento en los artículos 23 fracción II inciso primero, 24, 27, 36 fracción I de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, para ser más expedito el despacho de los asuntos relativos. (20).

VIII.—La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para lo cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias;

IX.—El idiotismo y la imbecilidad.

Todos los impedimentos mencionados son dirimentes salvo la falta de edad que es impeditivo, sin embargo ya sea que se trate de impedimentos empeditivos o dirimentes, lo cierto es que en cualquiera de ambos la sanción es la nulidad, como lo previene la fracción II del artículo 235, que dice: “Son causas de nulidad del matrimonio:

II.—Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156”.

II.—POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

A este elemento se refiere la fracción VII del multicitado artículo 156, en relación con el 235 y 245.

“Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

VII.—La Fuerza o Miedo Graves.—En caso de raptó subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a un lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad”.

Esto es que mientras la voluntad se encuentre presionada no surte los efectos legales relativos, porque por esa presión la decisión tomada es provocada por la fuerza o el miedo.

Artículo 235.—Son causas de nulidad del matrimonio:

I.—El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndose un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo

20. Cit. Código Civil para el D. y T. F. Ed. Andrade, México, Pág. 73.

contrae con otra; por ejemplo, cuando los contrayentes son gemelos y no distingue con exactitud cuál de ellos es.

Artículo 245.—“El miedo y la violencia serán causas de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias siguientes:

I.—Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de sus bienes;

II.—Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que tiene bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio.

III.—Que uno u otra hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

Asimismo podemos incluir el Dolo, que no es más que las maquinaciones o artificios para inducir a error y así lo manifiesta el artículo 1812: “El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por DOLO.

### III.—PORQUE SU OBJETO O SU MOTIVO O FIN SEA ILÍCITO.

Concuerdan con este elemento de validez las fracciones III, IV, V, VI, y X del artículo 156 que respectivamente se refieren al incesto.

Artículo 156: “Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

III.—El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

IV.—El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna.

Aquí nos referimos a lo que entendemos por parentesco: Es un vínculo jurídico que liga a varias personas entre sí, si bien por proceder unas de otras, o bien por creación de la Ley. En el primer caso, el parentesco se llama natural; en el segundo, legal.

El Código Civil reconoce tres clases de parentesco: el de consanguinidad, el de afinidad y el civil. El de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor; el de afinidad, el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón, y el civil es el que nace de la adopción.

El parentesco de consanguinidad es bilateral si procede del mismo padre y de la misma madre, hermanos; es unilateral si sólo es común el padre o la madre, medios hermanos.

Por el origen, el parentesco puede ser por cognación o por agnación. La cognación es el parentesco por ambas líneas, es decir, la paterna y la materna, es el que existe entre las personas unidas entre sí por el nacimiento y la procreación. El parentesco cognativo, está basado en la comunidad de sangre, siendo su origen natural, no jurídico, no pudiendo crearse, por lo tanto artificialmente.

El parentesco agnaticio era en Roma el de aquellas personas que estaban sometidas a la misma patria potestad, o que lo estarían si viviese el común "pater familias". La agnación no supone, en todo caso, la existencia del vínculo de sangre entre los parientes de esta clase.

En relación con el parentesco hay que considerar el grado y la línea. Cada generación forma un grado y la serie de grados constituye lo que se llama la línea de parentesco.

La línea de parentesco es recta o transversal; la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras: la transversal, de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.

La línea recta es ascendente o descendente: ascendente, la que liga a un persona con su progenitor con los que de él proceden, la misma línea es, pues, ascendente o descendente según el punto de partida y la relación a que se atiende.

En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones o por el de las personas, excluyendo al progenitor. En la transversal se cuentan por el número de generaciones subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la de progenitor o tronco común. Todo esto lo encontramos dispuesto en el Título Sexto Capítulo I del libro primero, "Del Parentesco", correspondiendo los artículos del 292 al 300.

V.—El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.

VI.—El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

X.—El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

Siendo todos estos casos de notoria ilicitud en el objeto, motivo o fin del matrimonio, todos ellos dan causa de nulidad a éste. Siendo de advertir

que toda condición ilícita queda resuelta por el artículo 147: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".

### c).—EL CONCUBINATO Y EL AMASIATO.

Concepto diferente al del Matrimonio, es el Concubinato. A diferencia de aquél, que en sus diversos aspectos de acto institución, suponen manifestación expresa de la voluntad de los contrayentes éste es un mero hecho que engendra una situación de hecho, pero con reconocimiento de efectos jurídicos.

Puede decirse que el matrimonio es la forma jurídica relativa al hecho natural de la unión sexual y la descendencia; en tanto que el concubinato es la forma de hecho de expresión de tales datos naturales. Se comprende, así, que el matrimonio se considera en derecho la forma típica y no el concubinato y que de aquí resultan consecuencias de derecho distintas.

La actitud que debe asumir el derecho en relación con el concubinato, constituye, a no dudarlo, el problema moral más importante del derecho de familia. Podemos decir que más que un problema de regulación técnica, es fundamentalmente una cuestión de orden moral. Así el derecho contempla diferentes aspectos del concubinato.

a) Ignorar en absoluto las relaciones que nacen del concubinato de tal manera que éste permanezca al margen de la Ley, tanto para no estatuir consecuencias jurídicas por virtud del mismo, cuanto para no sancionar ni en forma civil ni penal dicha unión, si no existe adulterio:

b) Regular exclusivamente las consecuencias del concubinato, pero sólo en relación a los hijos, sin preocuparse de consagrar derechos y obligaciones entre los concubinos.

c) Prohibir el concubinato y sancionarlo, bien sea desde un punto de vista civil o penal, permitiendo incluso la separación por la fuerza a los concubinos.

d) Reconocer el concubinato y regularlo jurídicamente, para crear una unión de grado inferior a la matrimonial, concediendo derechos y obligaciones a las partes principalmente a la facultad otorgada a la concubina para exigir alimentos o heredar en la sucesión legítima.

e) Equiparar el concubinato, que reúna ciertas consecuencias, con el matrimonio para crear por virtud de la Ley o de una decisión judicial, según el caso, un tipo de unión que consagre entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges; con relación a los hijos; situación a la cual nos adherimos, por considerarla beneficiosa para la creación de una mayor protección a los hijos (21).

Haremos una breve referencia histórica desde el punto de vista del Derecho Romano: (22).

Los romanos dan el nombre de "Concubinatus" a una unión de orden inferior más duradera y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas.

Esta especie de matrimonio completamente extraña a nuestras costumbres actuales, aunque frecuentemente en Roma, parece haber nacido de la desigualdad de las condiciones. Un ciudadano tomaba para concubina a una mujer poco honrada, indigna, por tanto, de hacerla su esposa. Tal como una manumitida o una ingenua de baja extracción hasta el fin de la República, el Derecho no se ocupó de estas simples uniones de hecho, pues fue bajo Augusto cuando el concubinatus recibió su nombre. La Ley "Julia de Adulteriis" calificaba "Stuprum" y castigaba todo comercio con toda joven viuda, fuera de "las Justae nuptiae", haciendo una excepción en favor de la unión duradera llamada concubinatus, que recibió de esta manera una especie de sanción legal. Desde entonces le fueron impuestas ciertas condiciones para precisar los límites por los cuales ya únicamente existía un comercio ilícito. Por eso el concubinatus sólo estaba permitido entre personas púberas y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio. No se puede tener más de una concubina, y únicamente no habiendo mujer legítima. Estas son las condiciones de que nos hablan los textos. El consentimiento del jefe de familia no era exigido, escapándose el concubinatus de las demás prohibiciones publicadas para "las justae nuptiae"; por ejemplo: un gobernador que no pudiese casarse con una mujer de su provincia, podía tomar una concubina.

En un principio el concubinatus no producía ninguno de los efectos civiles unidos a "las justae nuptiae". Por eso la mujer no era elevada a la condición social del marido, pues aunque algún ciudadano hubiese tomado para concubina una mujer de su mismo rango, lo cual era muy raro no era tratado como "uxor" en la casa y en la familia: de donde venía el nombre de "inaequale conjugium", aplicado a esta unión.

En cuanto a los hijos del concubinatus, son "Cognados" de la madre y de los parientes paternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre, y nacen "Sui iuris". Por lo tanto, un ciudadano puede elegir dos clases de uniones, cuyas consecuencias son distintas si quiere desarrollar su familia civil, contrae "las justas nuptiae", que le darán hijos bajo su autoridad; ahora, si quiere dejar fuera de su familia los hijos que le nacieren de la mujer a la cual se unió, entonces toma una concubina. Pero si estos hijos, no siendo agnados del padre, tienen con él al menos un parentesco natural, legalmente, cierto se distinguen por esto los "spurii" o "vulgo conceptii". En la época clásica y desde Constantino, cuando parece haber sido reconocido un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del con-

cubinato, designándoles con la nueva apelación de "liberii naturales". El padre puede legitimarlos, y Justiniano terminó dándole como efectos a esta filiación natural la obligación de alimentos y ciertos derechos de sucesión.

Los Emperadores Cristianos buscaron la manera de hacer desaparecer el concubinato. Constantino creyó acertar ofreciéndoles a las personas que viviendo entonces en concubinato, y teniendo hijos naturales, legitimarlos, siempre que transformasen su unión en "justae nuptiae", siendo también acordado por Zenón este mismo favor sin ningún reparo. Anastasio fue todavía más lejos, pues decidió que, tanto en el presente como en el futuro, todos los que tuviesen hijos nacidos de concubinato podían legitimarlos contrayendo la "justae nuptiae". Esta disposición fue conservada por Justiniano; es la legitimación por matrimonio subsiguiente. Sin embargo el concubinato subsistió, como institución legal y tolerada por la Iglesia. El Concilio de Toledo del año 400 de nuestra era autorizaba el concubinato, aunque fue prohibido en Oriente, por primera vez, por León el filósofo".

La reglamentación del concubinato tiene por objeto, derechos que es preciso salvaguardar. Se salva lo que se puede, y la esposa también. De ahí muchas normas jurídicas que nos asombran pero que se explican si se tiene en cuenta que el adulterio del marido, en las sociedades, está profundamente enraizado en las costumbres de la misma esposa, ya no se ofenden por él. La esposa se limita a defender la paz y cierta dignidad del hogar. La historia nos reporta, por ejemplo, "en Babilonia, la esposa puede dar a su marido una concubina escogida entre sus propias esclavas o comprarla de acuerdo con él; si esa esclava tiene hijos con el marido no puede tomar otras concubinas. Es fácil advertir que esa regla tiene por objeto retener al marido en el hogar, evitando que vaya a buscar placeres peligrosos en otra parte y poner coto a su libertinaje. La esclava concubina pasa a ser liberta en cuanto tiene un hijo, pero su dueña conserva el derecho de reducirla a la esclavitud si pretende erigirse como su rival. La historia de Abraham ilustra esa norma. Sabido es que Abraham había vivido en la Mesopotamia antes de emigrar a Canaán, y se cree que su práctica de la poligamia procedía de las costumbres babilónicas.

Otro caso que nos reporta la Historia, cuyo objeto es también mantener la primacía de la esposa principal, es que ella sea legalmente la madre de todos los hijos de su marido y así nos lo reporta la Biblia, cuando Sara la mujer de Abraham, le pide que tome una concubina escogida entre sus esclavas, dice: "mira, Yahvé me ha hecho estéril, entra, pues, a mi esclava, haber si ella puede tener hijos. Entonces Sara toma a Agar, y se la da por mujer a su marido Abraham. Sara continúa siendo la única esposa. Pero cuando Agar, habiendo concebido, miraba con desprecio a su señora, Sara se queja de ella a Abraham quien responde, mira en tus manos está tu esclava, haz con ella como bien te parezca.

Otras normas jurídicas tienen por objeto reglamentar la situación de los hijos. Así, el texto citado nos dice: "Cuando un hombre tenga dos mujeres, la una amada, la otra aborrecida, si la amada y la aborrecida le dieran hijos y el primogénito fuera de la aborrecida, el día que distribuyera entre sus hijos sus bienes, no podrá dar a los hijos de la amada el derecho de la primogenitura con preferencia al de la aborrecida, si éste es el primogénito, más habrá de reconocer por primogénito al hijo de la aborrecida dándole de sus bienes dos tantos, porque es el primogénito de su robustez y suyo el derecho de la primogenitura (23).

El concubinato actualmente tiene su origen generalmente en la ignorancia y en la miseria, y el único medio de combatirlo racionalmente está en destruir la causa de estas plagas sociales. El Estado debe preocuparse especialmente, en orden a la familia, de facilitar las uniones legales, para asegurar los intereses de la mujer y principalmente de los hijos, que en la unión libre, concubinato no encuentra garantías suficientes.

Los autores del Código Civil Vigente en la exposición de motivos justifican su posición frente al Concubinato y nos indican: "Hay entre nosotros sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal modo vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para darse cuenta de un modo de ser generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Esos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia; si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado; hecho que el legislador no debe ignorar".

El derogado Código Civil de Tamaulipas, en su artículo 70 trató de equiparar el concubinato y el matrimonio, claro está, el concubinato con determinadas condiciones, para que pueda ser elevado al rango de una unión que produzca efectos iguales al matrimonio. El citado artículo 70 tuvo la peculiaridad de distinguirse en muchos aspectos de los demás Códigos de la República: "Para los efectos de la Ley, se considera matrimonio la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer". A esta concepción deben de seguir una serie de condiciones que son exigidas para contraer matrimonio; porque si se hubiera limitado a la citada definición habría concubinatos en la unión entre hermanos o de ascendientes y descendientes, o de personas que

23. Arredondo Muñoz-Ledo Agustín.—Introducción a las Ciencias Sociales. 4a. Edic. Privada. México, 1966. Pág. 97.

tuviere graves impedimentos para celebrar el tradicionalmente llamado matrimonio. En el artículo siguiente, se exige fundamentalmente, para que la unión concubinaria del Código de Tamaulipas produzca los mismos efectos del matrimonio y fuera considerado como tal, que las partes tengan capacidad jurídica suficiente para unirse. Y en este respecto se consideran los impedimentos de los demás Códigos de la República; es decir, no haber cumplido determinada edad, el parentesco por consanguinidad o por afinidad en línea recta, el parentesco colateral entre hermanos, la existencia de un matrimonio anterior, por lo contrario habría adulterio o bigamia. El enajenado no puede cumplir esta unión, ya que sólo sería una unión de hecho''.

Otra forma asumida por el Derecho para reconocer consecuencias jurídicas al concubinato, respecto a los hijos, parte de un criterio moral, pues considera que entre los concubinos no debe tomar partido alguno la regulación jurídica, si es necesario que lo haga para proteger a los hijos, determinando sobre todo su condición con relación a los padres. Tal es la posición que adopta nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, además de reconocer ciertos derechos a la concubina para heredar o recibir alimentos en la sucesión testamentaria. Así se reconocen los hijos de estas uniones, el artículo 383: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

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

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

Visto así el Concubinato, y siguiendo los razonamientos del Dr. Raúl Ortiz-Urquidí (24), expuestos en su obra Doctoral, consideramos que el tipo de legislación del derogado Código Civil del Estado de Tamaulipas, artículo 70, debería de imperar para sanear las situaciones ajurídicas en las que se encuentran este tipo de uniones; aunque hay autores que fijan su atención en la inmoralidad y el escándalo que provoca sostener este tipo de legislación, pero como el derogado Código de Tamaulipas tenía una serie de requisitos que se equiparan a los del matrimonio, y esto no es nada inmoral o escandaloso; más inmoral o escandaloso es tolerar esas uniones. Nos parece que si es justo, de toda justicia, legislar en ese sentido ya que existen uniones de este tipo con una fuerza, física y moral, más fuerte que muchos matrimonios legalmente establecidos; ya que nos parece injusto que se deje al abandono a la concubina y a los hijos sin derechos inherentes a su condición de seres humanos al abandonarlos la Ley.

Es preciso y oportuno, para que se note con mayor diafanidad, la distinción entre el matrimonio y el concubinato; referirnos al amasiato,

24. Ortiz Urquidí Raúl.—Obra Cit. Pág. 9 y sgts.

que es la unión de un hombre y de una mujer, pero esta unión es pasajera; el concubinato es una unión que cumple los fines atribuidos al matrimonio, los concubinos deben ser personas de diferente sexo y solteros o sea que ninguno de los dos sea casado, en caso contrario será amasiato; debe haber, en el concubinato, nombre, trato y fama de esposos, con estabilidad y permanencia; en el amasiato no hay ese trato, nombre y fama, ni esa estabilidad y permanencia, éste es un hecho clandestino, oculto, manteniendo la relación marital en la sombra, además hay una condición inmoral de infidelidad, condiciones totalmente adversas a la decencia y hasta incluso degenera en ilícitos como el adulterio y la bigamia; en cambio el concubinato es considerado por la Ley en el artículo 163 que dice: "La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos que hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar...", de lo cual se deduce que se vive, se cohabita, como si fuera matrimonio, faltando únicamente la solemnidad legal del matrimonio.

Por lo cual este tipo de uniones, amasiatos, que no tienen ninguna situación y que van en contra de todos los principios rectores de la moral y de la estabilidad del Estado; esto es lo que se debe repudiar, los cuales si son inmorales y escandalosos, el repudio debe hacerse en cuanto a los amantes; pero debe de protegerse y equipara al matrimonio a los hijos para que todos los hijos tengan los mismos derechos.

## **CAPITULO TERCERO**

### **DE LA FILIACION**

- a).—Concepto y Definición.
- b).—La Filiación de los Hijos de Matrimonio.
- c).—La Filiación de los Hijos Nacidos Fuera de Matrimonio.
- d).—El Reconocimiento.
- e).—La Investigación de la Paternidad.
- f).—La Investigación de la Maternidad.

## DE LA FILIACION

### a).—CONCEPTO Y DEFINICION

El hecho físico de la generación origina el hecho jurídico de la Filiación, produce un conjunto de relaciones que reciben el nombre de parentesco, de los cuales se derivan múltiples y complejos derechos y obligaciones de atención y cuidado, respeto y obediencia, asistencia mutua y beneficios sucesorios, que a tanto alcanza el parentesco creado por la Filiación.

Hay pues, en ésta, un aspecto natural como hecho, y un aspecto jurídico como relación y aún como estado social, que el derecho tiene que reconocer y regular cuidadosamente.

Pero para que el Derecho pueda dictar normas reguladoras, lo primero que interesa es conocer el hecho generador y su atribución a determinadas personas, con las cuales, y aún con sus más próximos allegados, se establece por nuevo ser, por el nuevo sujeto de aquellas relaciones.

De ahí como dice el ilustre profesor de Bolonia Antonio Cicu (1), en su famosa obra la Filiación: "El Estado, declarador del Derecho y elaborador técnico de las normas jurídicas, le interesa rodear al simple hecho generador de determinadas garantías que aseguren dos condiciones esenciales para el ulterior desenvolvimiento de las relaciones que origina, a saber, la certeza y la estabilidad".

En este punto, tanto más importante, cuanto que el fenómeno de la generación está, en cuanto al padre, rodeado de un misterio casi impenetrable y pocas veces propicio a la justificación mediante prueba directa, razón por la cual, es preferible establecer relaciones objetivas, solemnes y comprobables fácilmente, que, por otra parte, sirvan de base para instituir una presunción, allí donde no es posible lograr una demostración:

He aquí una de las razones de las que nace la importancia que se concede a la celebración del matrimonio; la publicidad y la solemnidad de que están revestidas.

Mediante el hecho público y solemne del matrimonio, puede presumirse que los hijos nacidos de la mujer han sido engendrados por el

1. Cit. Luis Fernández de Clérigo.—El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Edit. UTHEA, 1947. México. Pág. 179.

marido y llegar fácilmente al famoso aforismo Romano, todavía imperante en el Derecho Moderno, que, basándose, en tan lógica presunción proclama "Pater is est quod justae nuptiae demonstrat" o sea "que el marido de la madre es el padre del hijo", según lo demuestra el hecho del matrimonio". No quiere decir esto que fuera del matrimonio no existió para el Derecho la generación y, por tanto, también la filiación. Como el hecho de la filiación extramatrimonial; se produce, y frecuentemente, la ley no puede cerrar los ojos ante esa realidad y tiene que reconocerla y regularla.

La filiación es primero que nada, un vínculo natural, que une a los hijos con sus progenitores. Siempre un ser humano es hijo de una madre y un padre que lo han procreado; engendrado éste; concebido y gestado. Pero este vínculo, se traduce en jurídico, ya hemos indicado, en cuanto al Derecho lo toma en consideración para atribuirle efectos jurídicos.

El maestro Rojina Villegas (2), nos dice que el término filiación tiene dos connotaciones; una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grados; es decir, entre personas que descienden unas de otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además en este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: La relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo.

La filiación es entonces, una relación jurídica entre los hijos y sus padres y a la cual el derecho reconoce consecuencias jurídicas; siendo éstas múltiples y muy importantes. Es así que constituye fuente de la familia en Derecho, engendrando toda las consecuencias de los vínculos jurídicos, familiares; alimentos, sucesión, patrimonio familiar, patria potestad, tutela legítima, nombre, educación, asistencia, etc., en una palabra toda la suma de deberes que impone y otorga dicha relación.

Podemos definir, pues, la Filiación como: "La relación existente entre los hijos y sus padres, derivada del derecho de procreación; engendramiento del padre y concepción y a luz por la mañana, a la cual atribuye el Derecho efectos jurídicos. En sentido genérico, se denomina filiación, dicha relación, pero considera desde un punto de vista de los progenitores se llama paternidad; y filiación en el sentido específico, desde el punto de vista de los hijos. Además, la paternidad se llama así en sentido estricto, considerada en cuanto al padre y maternidad en cuanto a la madre". Son

2. Rojina Villegas Rafael.—Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Ed. Porrúa, S. A., México, 1968. Pág. 429.

Se tomarse en cuenta las expresadas acepciones, porque el Derecho los usa, para las diversas regulaciones que él lleva a cabo (3).

### **b).—LA FILIACION DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO**

La filiación matrimonial, reposa en la presunción antes indicada de atribuir la paternidad al marido de la madre. Pero en razón de la concepción y el engendramiento, con base en el hecho del parto, del nacimiento, la indicada presunción funciona cuando, ocurrido el nacimiento, quepan presumir la concepción en la época en que se había celebrado el matrimonio, o en época en que éste aún no se hubiese disuelto. Por tanto, la calidad de hijos de matrimonio, o sea de hijos que corresponda atribuir al marido de la madre; resulta, para el Derecho, del nacimiento en época que hagan inferir la concepción en matrimonio. Así el Libro I Título Séptimo en su capítulo I de nuestro Código Civil, en su artículo 324 indica: "Se presumen hijos de los cónyuges":

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

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

Los plazos señalados por este artículo constituyen los términos máximos y mínimos de gestación, en consecuencia es de atribuirse el engendramiento al marido de la madre, ya que en la época de la concepción existían entre ellos los deberes matrimoniales.

Esta presunción se establece tanto en favor de los hijos, como en favor del padre y en favor de la madre.

El hijo legítimo, por pertenecer a esa calidad posee plenamente todos los derechos que corresponden a una persona en su carácter de hijo, como llevar los apellidos y nacionalidad de los padres; asimismo el derecho de recibir alimentación y educación de los mismos, de sus ascendientes y en su caso, de sus hermanos; también derechos a la sucesión legítima y demás derechos accesorios; a gozar de los beneficios derivados de la patria potestad; y a contrario sensu, tiene todas las cargas y obligaciones que éste carácter implica.

El artículo 340 nos indica: "La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres".

3. Flores Barrueta Benjamín.—Derecho Civil Primer Curso. Ed. Priv. U. I. A. México, Pág. 405.

Es oportuno que veamos cómo se lleva a cabo la inscripción del nacimiento de un niño, conforme lo indicado por nuestra ley.

El artículo 54 nos indica: "Las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el oficial del Registro Civil, en su oficina o en la casa donde aquél hubiere nacido".

Asimismo, el artículo 55.—"Tienen obligación de declarar el nacimiento: el padre dentro de los quince días de ocurrido aquél y, en su defecto la madre dentro de los cuarenta días.

Los médicos, cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto, tienen obligación de dar aviso del nacimiento al Oficial del Registro Civil, dentro de los 3 días siguientes. La misma obligación tiene el jefe de familia en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento, si este ocurrió fuera de la casa paterna.

Recibido el aviso, el Oficial del Registro Civil tomará las medidas legales que sean necesarias, a fin de que se levante el acta de nacimiento conforme a las disposiciones relativas".

El Artículo 58.—"El acta de nacimiento se extenderá con asistencia de dos testigos que pueden ser designados por las partes interesadas. Contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellido que se le ponga, sin que por motivo alguno puedan omitirse, y la razón de que si se ha presentado vivo o muerto. Se tomará al margen del acta la impresión digital del presentado".

El Artículo 59.—Cuando el nacido fuere presentado como hijo de matrimonio, se asentarán los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, los nombres y domicilios de los abuelos y los de, las personas que hubieren hecho la presentación. Los testigos de que habla el artículo 60 declararán también acerca de la nacionalidad de los padres del presentado al Registro".

### **c) LA FILIACION DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO**

El problema del hijo natural tiene un interés particular, ya que con respecto a él parece que hay un conflicto en el Derecho Familiar.

El hijo natural, en cierto modo ha sido una víctima y en la mayoría de las legislaciones existen marcadas diferencias.

Sabemos que en Roma la mujer sólo por el matrimonio estaba en la familia del marido, el matrimonio instituía legalmente a la familia, entrando a formar parte de ella los hijos, aquí poco importaba que fueran naturales o legítimos. El Derecho Germánico era más duro para el hijo natural, pues lo excluía de la familia. Para el Derecho Canónico, al san-

tificar el matrimonio, quedan deshonradas las relaciones extraconyugales, y el hijo que nace de ellas es hijo del pecado. Parece que el Derecho Canónico ha favorecido, contra los hijos naturales, la opinión de una mancha impresa desde su nacimiento, puesto que estableció en principio que los ilegítimos no podían ser promovidos a las Ordenes Sagradas, ni más tarde a los Beneficios. (4)

No puede negarse que la antigua severidad y el duro trato dado al hijo natural y a su madre han acarreado muchas injusticias, sombras trágicas, y serios peligros. La presión del desprecio social fue tan fuerte que constituía, un serio peligro de infanticidio y prostitución por parte de la madre. Hubo épocas en que se aplicaban castigos tan severos como ser empalada, quemada o enterrada viva.

La situación desventajosa del hijo natural tiene una poderosa razón de ser, en el deseo de frenar así la imprudencia. Obliga a reflexionar sobre la carga que significa poner en el mundo un hijo natural y, por tanto, incita a cambiar la intención. Se debe tener en cuenta que la carga grava de una manera unilateral a la madre; en el momento más importante la víctima es el hijo. Este crece generalmente en circunstancias muy desventajosas, expuesto a una educación mala y defectuosa y a un fuerte sentimiento de inferioridad que con frecuencia conduce a inclinaciones criminales. La mortalidad de los hijos ilegítimos es, en general, sea por indigencia, sea por negligencia, mucho mayor que la de los demás niños; muy a menudo, se crea en el niño una profunda amargura y un sentimiento de venganza contra la sociedad. Se ha comprobado recientemente que, entre los hijos naturales el porcentaje de criminales es extraordinariamente alto, así como taras hereditarias de los padres; todo resultado de falta de amor materno y de cuidados paternos.

Por tanto la filiación extramatrimonial, es la que resulta de la procreación fuera de matrimonio, es decir, habiendo sido concebido el hijo por personas que no se encontraban unidas en matrimonio en el momento de la concepción; la diferencia fundamental entre esta especie de filiación y la matrimonial radica en que, esta última es la de los hijos concebidos en época en que los progenitores se encontraban unidos en matrimonio. En realidad, la misma distinción tiene su origen en la posibilidad de presunción que es susceptible de establecer cuando se trata de hijos que ha dado a luz una mujer casada, dentro de los plazos que suponen la concepción por obra de su marido, y que no es en cambio factible sostener con relación a los hijos provenientes de mujer soltera, a efecto de atribuir la paternidad que a cargo del marido se funda, en los deberes matrimoniales de cohabitación, relación sexual, y fidelidad; por lo cual ninguno de estos deberes existen respecto del hombre y de la mu-

4. Flores Barrueta Benjamín.—Obra Cit. Pág. 411.

jer unidos libremente, ya que no hay ningún dato para que la ley pueda tener un principio como apoyo para determinar la paternidad.

Se distinguen tres formas de filiación natural o extrematrimonial: La simple; la adulterina; la incestuosa (5).

**La Filiación Simple.**—Es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir, no había ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio, si se hubiese celebrado. Simplemente el hijo fue procreado por un hombre y una mujer que pudieron unirse en matrimonio, pero que no lo hicieron.

**La Filiación Adulterina.**—Es cuando el hijo concebido por la madre estando unida en matrimonio y el padre es distinto al marido, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa. El hecho de que uno de los progenitores esté unido en matrimonio con tercera persona, hará que el hijo sea adulterino.

**La Filiación Incestuosa.**—Es cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impida para el matrimonio. Es decir entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; entre hermanos, o sea, parientes en línea colateral en segundo grado, sean hermanos por ambas líneas o medios hermanos y, finalmente entre parientes en línea colateral de tercer grado, tío y sobrino y sobrino y tía, aún cuando ésta es un parentesco susceptible de dispensa.

Los sistemas jurídicos tradicionales han seguido el molde del Código de Napoleón, en la actitud deliberada de otorgar reconocimiento jurídico solamente en forma plena a la filiación y desconocer casi en forma absoluta, en derecho, todo efecto a la extramatrimonial, llamada natural o ilegítima. Se afirma que Napoleón expresaba que ya que los padres han ignorado a la ley al unirse fuera de sus preceptos, el derecho no tiene porque ocuparse de los hijos producto de esa unión. Pero, actualmente por fortuna, se ha comprendido que la culpa de los padres no debe en justicia imputarse a los hijos, y los Códigos ya reconocen, cada vez más ampliamente, los efectos jurídicos a la filiación de los hijos concebidos fuera de matrimonio, como nuestro Código Civil del Distrito y Territorios Federales, que equipara en forma plena los efectos jurídicos correspondientes a ambas especies de filiación, manteniendo la distinción solamente en razón de la diferente forma de establecimiento de una y de otra, debido al problema fundamental de la prueba de la paternidad.

El Título Séptimo Capítulo IV del Libro Primero de nuestro Código Civil, no es lo todo técnicamente deseado, pues da la filiación, según hemos visto, resulta, no del nacimiento, sino de la concepción aunque aquél haga

5. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 429 ss.

suponer ésta. El artículo 360 colocado al principio nos indica: "La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad"; la idea que hemos señalado descansa en la diferencia fundamental entre esta filiación y la matrimonial que es la diversidad de establecimiento de una y la otra en derecho, por la imposibilidad, en principio, de atribuir la paternidad a determinado varón. Además destaca también otra idea ya apuntada con anterioridad, en la que la maternidad es cierta por el nacimiento, que hace suponer la concepción; pero la paternidad es incierta en forma que no cabe más que presumir a cargo del varón que tuvo trato carnal con la madre en la época de la concepción.

El artículo transcrito, supone respecto al establecimiento de la maternidad, la prueba del nacimiento resultante del acta relativa, de manera que funcione lo prescrito por el artículo 60, que nos indica en su segundo párrafo: "La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre, se pondrá en el acta ue el presentado es hijo de madre desconocida; pero la investigación de la maternidad podrá hacer ante los tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este código". Por lo que se refiere al nombre del padre, el párrafo primero del citado precepto establece: "Para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre del padre de un hijo nacido fuera del matrimonio, es necesario que aquél lo pida por sí o por apoderado especial constituido en la forma establecida en el artículo 44; haciéndose constar en todo caso la petición".

Es oportuno referirnos a la Legitimación, que es una institución 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. La palabra legitimación se emplea también para designar los efectos producidos en relación con el hijo natural, por el matrimonio de los padres, celebrado con posterioridad al hecho de su nacimiento. La designación que hace nuestro Código de hijos legitimados, sin duda se usa por no haber encontrado otra más conforme con el verdadero y propio Espíritu del Código.

De las distintas formas de legitimación históricamente conocidas, la única que reconoce nuestro Derecho, es la producida por el matrimonio de los padres del hijo natural y así lo dice nuestro artículo 354: "El matrimonio subsecuente de los padres hace que setenga como nacidos de matrimonio a los hijos".

"La Legitimación en el Derecho Romano (6), era entendida en sentido propio e indicaba ciertas medidas por las cuales los Emperadores

6. Petit Eugene.—Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Edinal, México, 1963. Traducción de José Fernández González, Pág. 117 ss.

Cristianos, para favorecer las uniones regulares, permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre naturales nacidos del concubinato.

Esta institución implica un sentimiento extraño en la época clásica, pues la cualidad de espurios no tiene nada de deshonrosa.

Se encuentra, en verdad ciertas de hipótesis en las cuales el padre obtenía como favor la autoridad paterna sobre los hijos nacidos fuera de las "justae nuptiae". Esto solía ocurrir: a) Cuando el Emperador, confirmando la ciudadanía a un peregrino y a sus hijos le concedía especialmente sobre ellos la autoridad paterna. Cuando un latino "Juniano" disfrutaba del beneficio de la "Causae pronatio". Y, por último, en caso de "erroris causae pronatio". Esta institución consistía en lo siguiente: Una persona se casa equivocadamente sobre su cualidad o la de su cónyuge, creyendo existe entre ellos el "connubium": por ejemplo, un ciudadano se casa con una latina creyéndola ciudadana; si de esta unión nace un hijo o una hija, un senado-consulta permite al padre hacer la prueba de su buena fe, "erroris causam probare", y desde entonces el matrimonio quedó convertido en "justae nuptiae". Todos tienen la ciudadanía y el padre posee la autoridad paterna sobre el hijo. Esta práctica se hizo cada vez más rara, por la extensión del derecho de ciudadanía.

Es sólo en el Bajo Imperio donde se ve aparecer, con la idea de que las "justae nuptiae" sólo son honrosas para los padres y para los hijos, la legitimación, que es la consecuencia.

En principio el hijo no puede ser legitimado sin su voluntad. En efecto, estando "sui iuris", tiene un patrimonio que se absorbe en el de su padre, en cuya autoridad cae en su legitimación siendo un resultado en el cual debe de consentir. Si es demasiado joven basta con que no contradiga. Los procedimientos para la legitimación son los siguientes:

El matrimonio subsiguiente del padre y de la madre.—Ya hemos visto cómo, ofrecido primeramente por Constantino y Zenón, creyéndolo una ventaja momentánea, este modo fue después sancionado como institución regular por Anastasio y Justiniano.

Para que los hijos pudieran ser legitimados era preciso que hubiesen nacido de personas entre las cuales era posible el matrimonio como consecuencia de la concepción. Esta condición excluye no sólo a los hijos adulterinos e incestuosos, sino también a aquellos cuyo padre o madre no podían contraer matrimonio por alguna prohibición temporal o legal; por ejemplo: un gobernador que tiene una concubina de su provincia, y de esta unión les nace un hijo, no puede legitimarle por el matrimonio ni aún marchándose de la provincia. Era también necesario que al matrimonio se acompañase una acta escrita probando que se había constituido una dote, a fin de quedar bien establecido que se trataba de las "justae nuptiae". Esta legitimación produce efectos completos, pues el hijo entra como agnado en la familia civil del padre.

**La Oblación a la Curia.**—Esta manera de legitimar fue creada por Teodosio II y Valentiniano III en el año 412 de nuestra era, permitía al padre que tuviese un hijo natural legitimarlo, ofreciéndole en la curia de su villa natal si era hijo, y siendo hija casándola con un “decurión”.

Las curias formaban en las villas municipales una especie de nobleza análoga a los senadores de Roma. Durante el Bajo Imperio, los miembros de la curia o “decuriones”, estaban encargados de la recaudación de los impuestos, respondiendo de sus bienes; y por eso los emperadores buscaban por todos los medios favorecer el reclutamiento. De esta manera ofrecían al padre la autoridad paterna sobre el hijo natural que ingresaba a la curia, exigiendo, además, que el hijo tuviese una fortuna mobiliaria de veinticinco “fanegas”, y una dote igual a la hija.

Este procedimiento de legitimación sólo tiene efectos restringidos. El hijo cae bajo la autoridad paterna, haciéndose el agnado de su padre, aunque no entra en la familia civil, ni tampoco es el agnado de los agnados de su padre.

**El Rescripto del Príncipe.**—Justiniano decidió que estando muerta la madre, ausente o casada con otro, el padre podía dirigirse al emperador pidiendo la legitimación de sus hijos naturales. Se concedía después de un examen, con tal de que el padre no tuviese hijos legítimos, produciendo los efectos completos. También tenía autorización el padre para solicitar esta legitimación en su testamento, y los hijos de esta manera legitimados después de su muerte se hacían sus herederos”.

La tesis de la Legitimación es una ficción en virtud de la cual se considera que ha nacido de matrimonio a quien ha nacido fuera de él, es generalmente aceptada por todas las legislaciones.

La legitimación se recomienda por sí sola, porque por ella se colocan a los hijos en la condición de los legítimos. Adquieren un nombre en la sociedad y los alimentos seguros, una fácil y mejor educación, y por parte de los padres, reparar sus faltas y el mal causado a sus hijos.

Es además de gran utilidad, ya que la circunstancia de encontrarse tan generalmente admitida en las legislaciones es por sí un argumento muy poderoso en defensa de los hijos, como se ha indicado al tener una mejor educación, y principalmente que el hijo goce del derecho de ser tenido como de matrimonio.

Nuestro artículo 355 nos dice: “Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo, o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente”.

“En el caso de que el hijo haya sido reconocido por el padre, si en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita reconocimiento expreso de ésta para que la legitimación surta sus efectos legales. Tampoco se necesita el reconocimiento del padre, si ya se expresó su nombre en el acta de nacimiento del hijo según lo expresa el artículo 356.

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

Los hijos legitimados adquieren todos los derechos como tales desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento sea posterior, lo que significa que tiene efecto retroactivo.

#### **d).—EL RECONOCIMIENTO**

Se afirma que partiendo de un hecho cierto, el de la celebración del matrimonio y, tomando en cuenta los plazos de gestación máximo y mínimo, se han podido fijar presunciones de legitimidad que sólo mediante determinadas pruebas se pueden combatir, y aún suposiciones de paternidad que pueden desvanecerse por el ejercicio de las acciones de desconocimiento respectivas; pero al entrar al estudio de la filiación natural esas presunciones faltan y es preciso recurrir a las declaraciones de voluntad de los padres para reconocer a sus hijos, a la investigación del orden procesal, para sentar mediante sentencia una relación paternofilial.

Pues bien, el hecho de establecer la paternidad y la maternidad se llama reconocimiento, porque obviamente, siendo en la filiación legítima, el acta de nacimiento, el medio normal para establecer el vínculo de filiación correspondiente; es la filiación natural, el reconocimiento de los progenitores, el medio normal para acreditar el lazo de descendencia que une a una persona con otra.

“Evidentemente, el reconocimiento es el acto jurídico, unilateral o plurilateral, solemne e irrevocable, mediante el cual se asumen a favor del reconocido, todo el conjunto de derechos y obligaciones que atribuye la filiación.

Es de hacerse notar que el reconocimiento puede ser: voluntario o forzoso. Es voluntario aquél que tiene lugar en virtud de un acto espontáneo del progenitor, una libre manifestación, ya sea del hombre o de la mujer, por ejemplo, cuando el que declara, manifiesta que determinado niño es hijo suyo; se requiere que lo haga un persona capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

En cambio el reconocimiento forzoso es el que se impone al progenitor, bien puede ser el padre o la madre o ambos, mediante una resolución judicial. Es el derecho del hijo de entablar juicio, a efecto de probar su filiación.

La formalidad en el reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio es imprescindible; pero se deja en libertad a los progenitores para seleccionar el documento y fórmula, en la declaración de nacimiento.

La cual nos es indicada por el artículo 369:

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

- I.—En la partida de nacimiento, ante el 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.

El reconocimiento puede hacerse en la misma acta de nacimiento, aquí es una sola manifestación de voluntad; se realiza al presentar al hijo ante el oficial del Registro Civil, dentro del término de la ley para levantar su acta de nacimiento, esto es, quince días del padre y cuarenta la madre, siguientes al que ocurrió el alumbramiento, según lo hemos visto. Por tanto, bastará que en dicha acta se haga constar la manifestación expresa que hiciera el padre o la madre, reconociendo al hijo. En este caso, un mismo documento contiene la declaración de nacimiento y la confesión de paternidad y maternidad; pero si el acta de nacimiento es nula no lo será de reconocimiento.

En cambio, el reconocimiento del hijo será un acto plurilateral, por el simple hecho de no acudir a presentarlo para su debido registro dentro del término legal, o cuando habiéndolo presentado, no se hizo su reconocimiento en el acta respectiva. En tales eventos, habrá que levantar un acta especial de reconocimiento ante el oficial del Registro Civil, debiéndose nombrar un tutor especial para el efecto de que represente al hijo si es menor de edad. En caso, de que el hijo haya cumplido catorce años, deberá manifestar su conformidad con el reconocimiento y, si fuese mayor de edad ya no habrá intervención del tutor; pero sólo podrá llevarse a cabo, si se consintiere en el acto". (7).

En virtud de que el reconocimiento puede realizarse también por escritura pública, testamento, o por confesión judicial directa y expresa, como se ha indicado, estas tres formas le dan al reconocimiento el carácter de acto jurídico unilateral.

7. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 482.

El reconocimiento puede hacerse por escritura pública, ante un notario, encontrándose aquí la posibilidad de un acto jurídico unilateral. Si el reconocimiento se hace en una cláusula testamentaria, se presenta el problema del carácter esencialmente revocable del testamento, pero no así la confesión de paternidad. Va en contra de la esencia misma del testamento, el estipular su no revocabilidad; es por ello que la cláusula de no revocar el testamento es inexistente, pero hay una disposición testamentaria que sí es irrevocable, la que se refiere al reconocimiento del hijo, según lo declara expresamente el artículo 367: "El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento". Mediante la confesión judicial directa y expresa, se logra el reconocimiento de un hijo, según se ha manifestado, no pudiendo realizarse en cualquier juicio, porque la confesión debe realizarse directamente con los puntos contravertidos en juicio especial, ya sea de investigación, de maternidad o paternidad.

Cuando se reconoce a un hijo mayor de edad por el que rinde su confesión ante el juez, por el testador, o por el padre o la madre que comparecen ante el Notario Público, a otorgar el acta respectiva; la ley es omisa, supuesto que no establece la posición que el hijo, así considerado, debe adoptar, sin embargo, la sana lógica indica seguir el mismo criterio que se adopta en el reconocimiento del hijo mayor de edad ante el oficial del Registro Civil, en donde se requiere de su absoluta conformidad para la celebración del acto.

Luego entonces, cuando el reconocimiento es un acto que es unilateral en la forma en que se realiza: escritura pública, testamento o confesión judicial directa y expresa, en cuanto se refiere a hijos mayores de edad, quedará al arbitrio de éstos admitir o rechazar el reconocimiento que a su beneficio se hiciere.

Es más, si el reconocimiento se hace por un acto unilateral sin que comparezca el hijo mayor de edad, podrá éste oponerse, repudiando el reconocimiento, para que no puedan exigirse las consecuencias que se pretendan derivar del mismo, de donde se puede obtener beneficios patrimoniales o derechos que parten de quien reconoce; según lo indica el artículo 375.

La ley ha establecido que los oficiales del Registro Civil, los notarios y los jueces, pueden recibir la confesión del reconocimiento. Luego, los fedatarios pueden autorizar estas actas que permanecerán en secreto para terceros, ya que sólo las partes interesadas pueden obtener la exhibición o comunicación de los protocolos u obtener copias certificadas.

Dado que el reconocimiento es una confesión de paternidad cuando ésta se hace ante una autoridad judicial debe producir todos sus efectos: nombre, trato y fama de hijo; alimentos y derecho a la sucesión.

El reconocimiento debe inscribirse en los libros del Registro Civil. La inscripción en hoja volante hace nulo el reconocimiento y sujeta a los responsables a una responsabilidad penal por el delito de supresión de estado. Se debe igualmente hacer una anotación al margen del acta de nacimiento. Estos requisitos se refieren únicamente a las declaraciones que se realicen ante el oficial del Registro Civil y no se comprenden los requisitos notariales y judiciales; sin embargo, se autoriza a transcribir las actas de reconocimiento notarial y judicial en los libros del Registro Civil a solicitud del interesado.

Es importante consignar que el reconocimiento es un elemento probatorio que produce efectos "erga omnes"; toda vez que el hijo puede hacer valer su título a cualquier persona; es al mismo tiempo un acto jurídico del estado civil. Desde que el reconocimiento se hace el hijo, tiene por ascendientes inmediatos a los que lo han reconocido. El reconocimiento en principio sólo es válido si se ha hecho en un documento auténtico. La autenticidad tiende a asegurar la libertad del autor del reconocimiento y a la conservación de la prueba a favor del hijo. Con ese espíritu si el reconocimiento no se realiza en un documento auténtico carece de validez.

Es indudable que el reconocimiento es un acto solemne, y como ha quedado asentado, sólo puede otorgarse a través de las cinco formas que la ley reconoce y hemos hecho mención. Por lo tanto se estaría ante la presencia de un reconocimiento inexistente, por no haberse realizado en alguna de las cinco formas mencionadas por el Derecho, el que resulte de un documento que no tenga por finalidad especial recibir la confesión de paternidad, sino de otro diverso. En tal circunstancia no podría considerarse que el reconocimiento pudiera estar incidental o implícitamente contenido; aunque formando parte del dispositivo de un documento, resultará de un enunciado. En cambio, si se otorga en escritura pública, al hacerse una oferta de donación, por ejemplo, en virtud de que el donante estima que el donatario es su hijo, ese reconocimiento, por ser ante Notario Público, sí tendrá plena validez.

Como ha quedado establecido, cuando el reconocimiento se lleve a cabo por testamento y sea de la esencia de éste ser revocable, se determina que el reconocimiento no puede revocarse; no obstante, éste puede impugnarse en ciertos casos.

Por lo cual se hace notar que el artículo 367, aún cuando señala el principio concerniente a la naturaleza irrevocable del reconocimiento pero el artículo 363 admite una excepción: "El reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de su mayor edad". De los términos del precepto, se deduce que se trata de un caso de revocación especial, la cual no consiste de una mera declaración unilateral de voluntad, sino una acción que queda sujeta a las contingencias de un

juicio y de una prueba para justificar no el error, sino el engaño de quien reconoció y, afectada por una prescripción de cuatro años, que empiezan a contarse desde la mayoría de edad del menor que efectuó el reconocimiento. Es más bien una forma de impugnación por parte del mismo que reconoció, lo cual se confunde con la revocación. Por lo cual se puede señalar que a pesar de ser un acto jurídico, el reconocimiento, puede afectarse de nulidad por el interesado cuando haya habido error, engaño o violencia, o por ser incapaz el que reconoció.

Una característica más del reconocimiento, es la de ser un acto eminentemente personal; sin embargo la legislación común, admite que pueda llevarse a cabo por un apoderado por mandato especial que deberá constar en escritura pública o en documento privado, siempre y cuando se ratifiquen las firmas del otorgante y de los testigos, ante notario público, ante juez de primera instancia, o de paz; siendo preciso señalar a un individuo determinado. A lo cual se refiere el artículo 44: "Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente, podrán hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos. En los casos de matrimonio, de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, juez de primera instancia, menor o de paz" (8).

## **ELEMENTOS ESENCIALES DEL RECONOCIMIENTO**

### **LA VOLUNTAD**

Los sujetos activos del reconocimiento, son los padres, quienes pueden reconocer al hijo, conjunta o separadamente, según lo indica el artículo 365: "Los padres pueden reconocer al hijo conjunta o separadamente"; en tanto que el sujeto pasivo es el hijo, según lo dispone el artículo 364, habiendo la posibilidad de reconocer al muerto y al que no ha nacido, pero que ya se encuentra concebido. Respecto al hijo que va a ser reconocido, se requiere su consentimiento si es mayor de edad o siendo menor, el del tutor que tenga o del que el juez le nombre especialmente, según lo indica el artículo 375: "El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor sin el de su tutor si lo tiene, o el del tutor que el juez le nombrará especialmente para el caso". Así el 376: "Si el hijo reconocido es menor de edad, puede reclamarse contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad". En cuanto a los efectos que produciría la falta de reconocimiento del tutor, se considera que el acto estaría afectado de una nulidad relativa.

8. El Juzgado Menor desapareció por Reformas a la Ley de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, de 29 de enero de 1969.

En otro plano, tratando de reconocimiento de carácter unilateral, como se ha visto, esto es, los que llevan a cabo en escritura pública, testamento o por confesión judicial directa y expresa bastaría únicamente la voluntad del que reconozca, sin tomar en cuenta la determinación del reconocido, aún cuando fuere mayor de edad o ya hubiere cumplido catorce años.

No obstante que la legislación civil en vigor, no regula de modo alguno en cuanto se refiere a este apartado, se reitera la posesión acusada y mediante una interpretación jurídica de la ley, se deduce que bastará que el reconocido se oponga al reconocimiento en aquellos casos en que no se tomó en cuenta su voluntad, bien por mayor de catorce años o por ser mayor de edad, para que el acto jurídico del reconocimiento quede sin efectos.

Por su parte el artículo 379: "Cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquel sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente". Como puede apreciarse, de los efectos de la falta de consentimiento de la madre y de su posición al reconocimiento, el consentimiento es esencial de manera terminante.

### EL OBJETO

El sistema jurídico mexicano, equipara al hijo natural como legítimo al obsequiarle los mismos derechos. Por tal motivo, el padre o la madre que reconozcan al hijo natural, tendrán las mismas obligaciones que la ley impone a los progenitores respecto a los hijos habidos de matrimonio. Es por eso, que una vez reconocido el hijo natural, se tendrá la obligación de ejercer la patria potestad.

En ese considerando, se regula la patria potestad de los hijos reconocidos se expresa en el artículo 380: "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la patria potestad; y en caso de que no lo hicieren, 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". Y el 381: "En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere 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 causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público."

De donde se observa que la legislación civil del orden común, considera a la patria potestad de los hijos reconocidos, como una institución que debe establecerse, al igual para todos los demás hijos, en interés

fundamental de los menores, en seguida de la sociedad y por último, el de los padres.

La equiparación del hijo natural con el legítimo es completa, no solamente gozará de los beneficios y la protección relativa a la patria potestad, sino además, tendrá el derecho de llevar el apellido, si fue reconocido por el padre o de ambos, como también el derecho de alimentos y la porción hereditaria respectiva en la sucesión legítima. Por lo cual el artículo 389 dice: "El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos, tiene derecho:

I.—A llevar el apellido del que lo reconoce.

II.—A ser alimentado por éste.

III.—A percibir porción alimenatria y los alimentos que fije la ley.

## **ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL RECONOCIMIENTO**

### **LA CAPACIDAD**

Sobre el particular, se establece como lo indica el artículo 362: "El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o los que ejercen sobre él la patria potestad o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a la falta de ésta sin la autorización judicial: "En virtud de que se está reconociendo a un hijo, se precisa tener, siendo menor, cuando menos la edad para engendrarlo, exigiéndose de quien reconozca, tenga si es hombre, como ya se indica, dieciséis años más la del hijo que va a reconocer, tomando en cuenta el tiempo del embarazo; si es mujer, se requiere que tenga catorce años más la edad del reconocido y el tiempo del embarazo; así lo indica el artículo 361: "Pueden reconocer a sus hijos, los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido"; el precepto legal no toma en cuenta el tiempo de embarazo, sin el cual no hay una presunción más o menos precisa para cumplir con el mismo.

Debemos de reconocer que aquí, sin dudar, el legislador ha querido decir, que el padre no podrá reconocer al hijo nacido antes de que aquél haya llegado a la edad fijada para contraer válidamente matrimonio; porque sin lugar a duda, y debiendo tomar en cuenta, que hay situaciones imprevistas o aquellos efectos llamados imponderables y, antes de llegar a la edad legal es posible que se pueda concebir.

También se presenta la situación de si el enajenado, que tiene edad necesaria, engendró a un ser; a pesar de serlo, podría llevar a efecto el reconocimiento por mediación de un representante.

## VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Quando la ley, habla únicamente de dolo, empleando el término de engaño, en materia de reconocimiento, se aplicarán los principios establecidos en relación con los contratos, para inferir que será nulo el reconocimiento cuando sufra error, dolo o violencia, tanto el reconocido como el que reconozca. Así nos lo indica el artículo 363: "El reconocimiento hecho por un menor es anulable sin prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayor edad".

## ILICITUD EN EL OBJETO

Se considera que la ilicitud del reconocimiento se manifiesta en los casos en que éste se realice en contra de la ley. Se puede afirmar, que hay libertad general de reconocer, luego entonces, en principio, todo reconocimiento es lícito. Sólo que la mujer casada, está imposibilitada para reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio, sino es con el consentimiento del marido para llevarle a vivir al seno de su hogar. Esto lo indica el artículo 372.

No puede hablarse de equiparación jurídica que existe entre hombre y mujer en relación con ese problema, supuesto que el hombre muy bien puede reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio, sin que concurra la voluntad de su esposa y, solamente estará impedido a llevarlo a vivir a la casa conyugal, en caso de no contar con su consentimiento. Tal como lo establece el artículo 373.

Luego la esposa no podrá reconocer por sí sola, sino está asistida por su marido y, si realizare el acto sin el consentimiento de éste será un reconocimiento ilícito.

Habiéndose analizado las anteriores consideraciones es preciso tener presente el contenido del artículo 77.

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

Es de notarse que la equiparación con los legítimos es total, en tal virtud tiene todos los derechos de aquellos sin ninguna limitación.

Así las actas de reconocimiento ya no llevan la insidiosa anotación de hijo natural; y su reconocimiento podrá ser en la misma acta de nacimiento o en acta separada cuando ya haya sido registrado. Cuando el reconocido es mayor de edad se requiere el consentimiento expreso de éste en el acta relativa; pero cuando el reconocimiento se lleve a cabo por cualquier otro medio legal que no sea el del Registro Civil, dentro de un término de quince días se presentará al oficial del Registro

Civil el original o copia certificada del documento que la contenga o compruebe y en el acta se insertará la parte relativa de dicho documento. Pero la omisión del registro no quita los efectos legales al reconocimiento hecho conforme a las disposiciones del Código, pero los responsables de la omisión incurrirán en una multa de veinte a cien pesos.

### e) INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

Por cuanto a la prueba de la filiación natural, se presentan gravísimos problemas en virtud de que respecto a la paternidad no podemos más que de casos excepcionales, que después serán consignados, de esa presunción que en el matrimonio se atribuye el hijo de la mujer casada, al marido. Como la paternidad es un hecho que no se puede comprobar objetivamente como la maternidad mediante el parto y la identidad del hijo, tendrá que presumirse en el matrimonio, ante una situación normal de la vida humana. Es lógico inferir que los hijos de mujer casada sean hijos del marido, y aún cuando se admita la posibilidad del adulterio y, por lo tanto de que el marido impugne la legitimidad, tendrá que rendir las pruebas convincentes que destruyan la presunción legal.

Los códigos no han sometido, tradicionalmente, al mismo criterio el tratamiento de la paternidad y el de maternidad, para los efectos de su investigación, habiéndose prohibido la primera y autorizado la segunda. En efecto en época en que la investigación de la paternidad estuvo permitida libremente en todos los casos, fue frecuente su abuso. Enseña Planiol (9): "que por virtud del crédito que el antiguo derecho reconocía a la soltera que daba a luz por primera vez, ésta podía imputar la paternidad a determinado varón bastando su sólo dicho para reconocerlo así. Ocurrió que esta liberalidad fue ocasión para incalificables abusos; lo que motivó la supresión de la acción de la investigación a la paternidad en forma absoluta. Pero también este extremo fue desafortunado por las injusticias a que dio lugar, dando ocasión a que se permitiera el ejercicio de la acción sólo en ciertos casos limitativamente expresados en la Ley. A partir de entonces, las distintas legislaciones la han permitido en hipótesis en que es de suponerse cierta presunción de paternidad con respecto a determinado varón".

"El Código Francés en principio prohibió la investigación de la paternidad, aunque hubiere ciertas circunstancias que como el concubinato, la violación, el estupro o la posesión de estado de hijo, permitiesen presumir que cierto hombre engendró al hijo de una mujer soltera. La única excepción que admitió ese ordenamiento fue la relativa al rapto, pero tuvo escasas aplicaciones. Por razones que se consideraron de moralidad social, para evitar escándalos, a su vez que chantajes, prueba de falsos,

9. Cit. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 473.

testigos, sobornos, maniobras de aventureros, etc., etc., se prohibió que se pudiera investigar la paternidad". (10).

En los Códigos modernos, y así lo admite nuestro código civil vigente y lo reconoció la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, la paternidad si puede investigarse en los casos en que haya elementos para poder sospechar que determinado hombre es el padre como ocurre en el concubinato, y así como en el matrimonio se presume que es el marido quien engendra a los hijos que tenga su esposa, en el concubinato, dentro de la vida marital bajo el mismo techo, con el trato sexual continuo se presume que el concubino es quien engendra a los hijos que tenga la concubina después de ciento ochenta días de iniciado el concubinato, o dentro de los trescientos días siguientes a la fecha en que terminó.

En los casos de raptó, estupro, o violación, cuando la fecha de ese delito coincida con la probable de la concepción, hay también un dato que hace presumir la responsabilidad humana de que el responsable sea el padre, o también, considerando al hijo de una manera expresa o tácita como suyo, por cuanto que permita que lleve su apellido, lo considere en su familia como su hijo, provea a su educación, subsistencia y establecimiento; o finalmente, cuando haya un principio de prueba, generalmente por escrito, para deducir la paternidad. Por ejemplo el hombre ofrezca a la mujer embarazada llevar a cabo todos los gastos cuando nazca el hijo, o bien si se prueba que él los afrontó en la maternidad correspondiente.

En ciertos casos, es posible que exista una prueba escrita y expresa reconociendo al hijo; pero puede ser indirecta, por ejemplo, insinuar el aborto, y de ese consejo inmoral y delictuoso se desprende que exista interés en que desaparezca aquel ser, por haberlo engendrado. La prueba indirecta se desprende de afrontar los gastos durante el embarazo y el nacimiento, o los subsecuentes para el cuidado del hijo, también es un elemento que hace probable la paternidad una unión que el juez estimará.

"En el antiguo Derecho existió la posibilidad de que las mujeres solteras que tenían hijos, pudieran elegir, generalmente a de aquél, los hombres con los cuales tuvieron relaciones sexuales, el hombre que mejor les conviniera para padre de sus hijos; actualmente se permite la investigación de la paternidad pero únicamente en los casos que la ley permita. Desde luego se permite la investigación de la paternidad en la violación, el raptó y en el estupro, si la fecha del delito respectivo coincide con la probable de la concepción". (11).

No sólo en los delitos de raptó, estupro y violación es susceptible la investigación de la paternidad, sino también cuando exista caso de

10. Flores Barrueta Benjamín.—Obra Cit. Pág. 414.

11. Flores Barrueta Benjamín.—Obra Cit. Pág. 477.

concubinato notorio. Porque se requiere de manera expresa que ese concubinato se lleve a cabo bajo el mismo techo. No se admite el caso de la seducción dolosa ni la simple obligación de dar alimentos y de cumplir con ellos, pero en cambio, si se reconoce que se investigue la paternidad ante la prueba de la posesión de estado frente a un presunto padre, no sólo se acredita en virtud de los alimentos sino sobre todo por el trato que dé al presunto hijo, considerándolo como tal.

“Por último, nuestra ley, como la francesa, admiten que la paternidad podrá investigarse si hay un principio de prueba; pero no se requiere que sea por escrito, y esto tiene la ventaja de permitir una gran flexibilidad en cuanto a las pruebas que puedan rendirse, que generalmente para hombres incultos que ni siquiera saben escribir o para aquéllos que quieran eludir su responsabilidad, nunca aparece la prueba escrita pero sí habrá presunciones muy graves que puedan autorizar al juez para declararla. Por ejemplo, como se hacía en el antiguo Derecho, ante la conducta del hombre con motivo del parto, al afrontar los gastos en el sanatorio respectivo, entendiéndose con el médico o la partera. Por eso sería injusto exigir siempre, como ocurre en Francia, un principio de prueba por escrito que provenga del presunto padre, en el que de manera indirecta o directa tenga que reconocer la paternidad. Generalmente los consejos escritos para provocar el aborto, los tribunales franceses los estimaban como prueba por escrito de la cual se puede presumir la paternidad en relación con otras pruebas, por ejemplo, la de testigos, en el sentido de que aquél que da el consejo de aborto es el que se ha sostenido relaciones amorosas con la mujer”. (12).

Nuestro artículo 382 dice: “La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:

I.—En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con el de la concepción.

II.—Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de presunto padre”.

III.—Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.

IV.—Cuando el hijo tenga a su favor un principio de pruebas contra el pretendido padre”.

El Artículo 383.—“Se presumen hijos del concubinato y de la concubina”.

---

12. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 479.

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 en común entre el concubinato y la concubina'.

El Artículo 384.—“La posesión de estado, para los efectos de la fracción II del artículo 382, se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia, como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento”.

Por último, el artículo 387, expresamente prohíbe un medio que la ley francesa de 1912 reconoce para investigar la paternidad y a lo cual nos indica: “El hecho de dar alimentos no constituye por sí solo prueba, ni aún presunción, de paternidad, ni maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas”.

Es peligroso como lo hace la ley francesa de 1912, que por dar alimentos después se pueda investigar la paternidad. Esto motivaría, por ejemplo que en ciertos casos, cuando por un espíritu de caridad, de amistad o de parentesco, se auxilie a un menor, se lleva el riesgo de que después, de que auxilió en alimentos, se le impute la paternidad, y que se admita la demanda de investigación de la misma, que prosperaría demostrándose el hecho; pero así como es peligroso para la persona que proporciona alimentos, puede ser para el hijo, ya que por la misma disposición un padre despreocupado puede proporcionarlos sin comprometerse a reconocer al hijo como suyo; por lo que es de considerar como una arma de dos filos a esta disposición.

Así cuando a un padre se le atribuye la paternidad de un hijo, éste tiene sobre el hijo todos los derechos y todas las obligaciones que el padre legítimo; ya que como hemos indicado, e insistimos, nuestra ley equipara en igualdad a todos los hijos sin distinguir en su procedencia.

#### **f) INVESTIGACION DE LA MATERNIDAD**

La investigación de la maternidad es absolutamente libre, y se puede acreditar por todos los medios ordinarios de prueba, justificando el parto y la identidad del hijo.

En el derecho francés no se permite una absoluta libertad de prueba en la investigación de la maternidad, pues no se reconoce la posesión de estado en cuanto a la madre, como prueba de la misma a diferencia de lo que, con un criterio más amplio de nuestro legislador, admite nuestro Derecho. El artículo 341 nos da la pauta a seguir al respecto, diciendo: “A falta de actas, o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matri-

monio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación de todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos en que se consideren bastantes graves para determinar su admisión.

Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y exista el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase”.

Dentro de nuestro Derecho se impone una limitación a la investigación de la maternidad, cuando se pretenda imputar a un hijo a mujer casada, considerándolo como un hijo natural y, por consiguiente, afirmando que es hijo adulterino. Cuando el marido hubiese desconocido al hijo y exista sentencia que declare la ilegitimidad del mismo, sí podrá investigarse respecto de la mujer casada, porque debido a la impugnación que llevó a cabo el marido, quedó desconocida la presunción que establece que los hijos de la mujer casada, salvo prueba en contrario, se consideran hijos del marido. Lo cual nos es indicado por nuestra ley en los artículos 360: “La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por la sentencia que declare la paternidad”. El artículo 385: “Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir un hijo a una mujer casada”; y el artículo 386; “No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal”. La sentencia civil a que se refiere el artículo anterior se deriva de la impugnación hecha por el marido y la penal se deriva de la declaración de adulterio de la mujer casada.

Todo lo indicado tiene su fundamentación en los artículos 62: “Si el hijo fuere adulterino, podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pidiere; pero no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido, a no ser que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare que no es hijo suyo”, además el artículo 63: “Cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el oficial del Registro asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”, así como el artículo 374: “El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto al marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo”.

**“Es oportuno mencionar el desconocimiento de la paternidad para precisar con más exactitud la maternidad; así el desconocimiento de la paternidad ha sido definido por Planiol y Ripert, (13), “Como el acto que tiene por objeto anular la presunción de paternidad establecida contra el marido en los casos en que éste no pueda ser el padre del hijo”.**

**La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado que las pruebas de la posesión de estado de un hijo legítimo no pueden ser sujetas a las reglas establecidas por la ley vigente cuando el interesado disfrutó de tal estado, sino a las normas en vigor cuando se trate de probar los hechos o circunstancias constitutivas del derecho mencionado; porque son las últimas las que en ese momento tienen fuerza de ley y su aplicación no puede estimarse retroactiva, porque no afectan al derecho mismo, esto es, no modifican el efecto jurídico de los actos de los que se deduce la posesión de estado, sino que sólo fijan la forma de demostrar la filiación. Semanario Judicial de la Federación, tomo LVII, pág. 1177”.**

**El marido no puede desconocer a sus hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo sus hijos, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que en los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa; podrá desconocer al hijo después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo y el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre; no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Lo cual es indicado por el artículo 326: “El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con la esposa”.**

**Nuestra ley permite la investigación de la maternidad por todos los medios probatorios ordinarios como lo indica el artículo 385: “Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada”.**

**Para acreditar la maternidad no es necesario seguir un juicio ordinario, como el de la situación de la paternidad; sino que se puede demostrar por cualquier medio de prueba ordinario, y puede libremente comprobarse en un juicio especial de investigación de la maternidad o en el caso mencionado por el artículo 801 del Código de Procedimientos**

13. Cit. Flores Barue taBenjamín.—Obra Cit. Pág. 415.

Civiles para el Distrito y Territorios Federales que indica: "Los herederos ab-intestato que sean descendientes del finado, podrán obtener la declaración de su derecho, justificando, con sus correspondientes documentos o con la prueba que sea legalmente posible, su parentesco con el mismo y con la información testimonial que acredite que ellos o los que designe son los únicos herederos". Es así como incluso se puede acreditar con testigos el hecho del parto y la identidad del hijo. También se puede acreditar por medio del juicio sumario de alimentos.

Las acciones de investigación de la paternidad y de la maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres; pero si hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos podrán intentar las acciones durante los cuatro años siguientes a la mayor edad; esto lo indica el artículo 388, por lo cual los hijos pueden investigar quiénes fueron sus padres hasta los veintidós años; es de pensar que este artículo es un tanto cuanto limitativo, ya que la investigación de la paternidad y de la maternidad debe realizarse en todo tiempo, por razones de tipo económico, moral, psicológico, o por simple deseo de saber quiénes fueron los padres, pero con las reformas hechas a la mayoría de edad se disminuye este derecho, porque antes era hasta los veinticuatro años. También es de considerar que pasados los cuatro años de la mayoría de edad se perderá el derecho a la acción; y esto trae como consecuencia que los descendientes del hijo no podrán intentar la investigación de la paternidad y la maternidad, y por lo tanto no podrán obtener los beneficios de los alimentos y de la sucesión legítima.

## **CAPITULO CUARTO**

### **LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO Y EL DERECHO SUCESORIO**

- a).—Introducción al Derecho Sucesorio;
- b).—Derechos en la Sucesión Testamentaria;
- c).—Derechos de la Sucesión Legítima.

## a) INTRODUCCION AL DERECHO SUCESORIO

El Derecho Sucesorio regula la sucesión de los bienes por causa de muerte. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua "sucesión es la ocasión de suceder, seguir a un persona o cosa, también proceder de ella. Conjunto de bienes, derechos y obligaciones que al morir una persona son transmisibles a sus herederos y a sus legatarios". (1)

Valverde (2) escribe: "El Derecho de Sucesiones abarca el conjunto de relaciones jurídicas que regulan la Sucesión; no en todas sus formas y variedades, sino tan sólo en el concepto técnico de sucesión "mortis causa", y esto no puede ser sino por la muerte de la persona que es propietaria de los bienes".

Es el Derecho Sucesorio una parte del Derecho Civil, en el que se hace referencias a la sucesión por causa de muerte, como forma particular del fenómeno jurídico de la Sucesión, que es, la única forma admitida por nuestro sistema legal de sucesión a título universal.

Acerca de la naturaleza del Derecho Sucesorio, escribe Castan Tobefias (3) "que si bien tiene de común con los derechos reales el ser absoluto, su naturaleza es compleja y universal, más bien que real, por referirse a un conjunto de relaciones jurídicas que tanto pueden ser reales como personales".

Al indicar que el Derecho Sucesorio es parte del Derecho Civil estamos autorizando su calificación, generalmente afirmada, de que es parte del Derecho Privado. No obstante, muchos autores, objetan esta calificación, así como la del Derecho de Familia, y dicen que el Derecho Sucesorio no debe de interpretarse de acuerdo con el criterio tradicional que sirve para la distinción entre lo público, lo privado y lo social, sino con un sentido distinto que no desconozca la trascendencia social y el interés público que presenta la reglamentación legal de este fenómeno jurídico. Pero en razón y como se ha expresado respecto del Derecho de Familia, por ser parte del Derecho Civil y quedando plenamente confirmado que éste pertenece al Derecho Privado; el Derecho Sucesorio lógicamente lo encontraremos en el Derecho Privado.

1. Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Ed. Ramón Sopena. Barcelona, España.
2. Valverde y Valverde Calixto.—Tratado de Derecho Civil Español. Barcelona, 1964, 3a. Ed. Tomo 14, Pág 175.
3. Castan Tobefias José.—Derecho Civil y Floral. Ed. Reus. Madrid, 1939, Pág. 117.

Los elementos de la sucesión por causa de muerte son: personales, reales y causales.

“El elemento personal, está representando por el causante, llamado también autor de la herencia, “de cuius”, o testador, en el caso de la sucesión testada; y por el causahabiente o sucesor que es la parte recepticia. A este respecto los autores hablan de una relación sucesoria, pero hay que entender esta relación para evitar confusiones, y se ha dicho que la relación jurídica entre el muerto y el sucesor es una relación exclusivamente causal o sucesoria, es decir, justificativa de la adquisición de la titularidad por parte del segundo, y no puede ser, en ningún caso, relación de derechos y pretensiones y deberes u obligaciones recíprocas entre el causante y el causahabiente, por la sencilla razón de que ambos, en cuanto tales y con ese carácter, no llegan a coexistir un sólo momento, pues mientras un sujeto vive queda excluida por definición su sucesión “mortis causa” y cuando ésta se abre, el causante ha muerto, añadiéndose que los deberes y derechos del sucesor dimanar y proceden del muerto, pero son derechos frente a otras personas vivas y deberes para con otras personas vivas; son derechos absolutos, es decir, invocables frente a cualquiera que intente impedir o desconocer la continuidad por el sucesor de las titularidades del difunto, y deberes para con personas que tenían derechos contra el muerto o que también han recibido “mortis causa” los correlativos derechos.

El elemento real está constituido por el conjunto de las titularidades pertenecientes al causante y que no se extinguen por su muerte. El elemento real de la sucesión “mortis causa” se concreta, pues, en el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del difunto que no se extinguen por la muerte. No caen dentro del concepto del elemento real de la sucesión “mortis causa” aquellas titularidades que la muerte extingue inexorablemente.

La noción de testamento como un acto prevalentemente patrimonial, nos dice que no todos los derechos y las relaciones jurídicas del “de cuius” quedan subsistentes una vez que ha fallecido. En efecto, se advierte que la transmisión se produce en relación con los de carácter patrimonial, en términos generales, pero que existen bastantes que se extinguen con la muerte del causante de la sucesión, tales como los de personalidad, los de usufructo, uso y habitación, los correspondientes a la patria potestad, el mandato, el comodato, los derechos políticos, los honoríficos, las posiciones jurídicas creadas, a propósito de la prueba confesional, en consideración directa a las cualidades, condiciones o aptitudes especiales del sujeto, y otras más.

En cuanto al ejercicio de la acción procesal, está reconocida la transmisibilidad en los casos expresamente previstos por el legislador entre los que se encuentra, por ejemplo, el derecho que tienen los herederos

de contradecir la paternidad de un hijo, en los casos en que podría hacerlo el padre demente que fallece sin recobrar la razón; el que compete a los hijos para reclamar su estado, que es imprescriptible no sólo para ellos, sino para sus descendientes; el de los descendientes del hijo nacido fuera de matrimonio a investigar la paternidad del mismo después de su muerte y el derecho de heredar, puesto que el derecho antes de aceptar la herencia transmite sus derechos a sus herederos.

El elemento causal de la sucesión "mortis causa" es la delación o vocación, que significa el llamamiento a suceder u ofrecimiento de la sucesión a la persona con derecho a ella, por la voluntad expresa del Testador, delación testamentaria, o por la voluntad del causante, delación legítima". (4).

Existen diferentes tipos de sucesión, que se definen, por sus efectos, en sucesión a título universal y sucesión a título particular, y por su origen, en sucesión voluntaria, sucesión legal, y la llamada mixta.

La diferencia entre la sucesión a título universal y la sucesión a título particular dan lugar, respectivamente, a la aparición de las figuras del heredero y del legatario.

El heredero puede definirse como la persona que recibe, a título universal, los beneficios de la sucesión testamentaria o legítima.

El legatario es el sucesor a título particular, sin que pueda imponérsele más cargas que las que expresamente señale el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos; y que sólo existe en la sucesión testamentaria.

Por su origen la sucesión por causa de muerte puede ser voluntaria, legítima o mixta.

La sucesión voluntaria surge como una manifestación expresa del causante, que es el testamento, por lo que se define como sucesión testamentaria; la legítima tiene su origen precisamente en la falta de un testamento válido, quedando sujeta al orden establecido al efecto por el legislador.

La denominación de legítima nos parece no muy apropiada; ya que la testamentaria es regulada por el Derecho y por lo cual también es legítima, así se considera que es más correcta sucesión-intestado o "ab-intestato".

La sucesión mixta es aquella que se presenta cuando el testador no dispone de la totalidad de sus bienes, dejando otros cuyo destino se resuel-

---

4. Araujo Valdivia Luis.—Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones. Ed. Cajica, México, Puebla, Pág. 381.

ve según las reglas del intestado. El Código Civil vigente dispone, a este efecto, en su artículo 1283: "El testador puede disponer de todo o de parte de sus bienes. La parte que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima".

La sucesión hereditaria comprende, por tanto, el patrimonio formado por todos los bienes del "de cuius", que no se extinguen por la muerte, con las obligaciones que afectan el valor de ellos, cuyo conjunto constituye la unidad patrimonial organizada económicamente como universalidad de derechos destinados a la realización de sus propios fines. Entre éstos, el pago de los acreedores y la distribución de los bienes entre las personas que expresamente disponga el autor o que determine la ley a través de la llamada sucesión legítima. El derecho de participar de ese patrimonio corresponde a los herederos, cuyas porciones patrimoniales deben ser consideradas como patrimonios separados de los que ellos tengan independientemente de la sucesión, bien entendido también que la universalidad jurídica de la herencia tendrá tantos herederos como haya, mientras no se haga la partición. La ley garantiza de ese modo la continuidad del patrimonio, estableciendo el beneficio de inventario, es decir, la seguridad de que el pasivo sucesorio sólo tendrá que ser pagado con el valor de los bienes hereditarios, sin afectar el patrimonio personal del heredero.

El derecho subjetivo de heredar debe ser observado como derecho de transmitir y como derecho de adquirir. El primero corresponde al autor y es una consecuencia lógica y necesaria del derecho de propiedad, ya sea que la sucesión setransmita por testamento o por disposición de la ley, pues en ambos casos se satisface la finalidad social y económica de la sucesión, tanto para cumplir con los deberes sociales y familiares del "de cuius" como para garantizar el cumplimiento de las obligaciones pendientes a su muerte. El derecho de adquirir por herencia es el que asiste a quien el autor ha designado para sucederle o a quien señala, en su caso, la sucesión legítima.

Históricamente, el derecho de heredar que corresponde al autor sigue las transformaciones del derecho de propiedad. A medida que éste pasa de la etapa colectiva a la familiar y por último a la individual, los bienes del que muere se transfieren al grupo, a la familia y de individuo a individuo. El derecho de adquirir por herencia nace dentro de la familia como facultad de los cónyuges o de los parientes consanguíneos y su razón de ser se funda en el parentesco y en la convivencia. Más tarde se piensa que el derecho de heredar fue instituido por Dios y que el hombre no puede sustraerse a él. De esta afirmación se desprende la idea de que el derecho de heredar forma parte de la naturaleza del hombre, proviene de los vínculos de sangre y no puede ser modificado a través de la libre testamentación. En todo tiempo la economía de la familia justifica el derecho de heredar, porque el cónyuge supérstite y los hijos tienen una

legítima expectativa sobre el patrimonio formado por bienes adquiridos o conservados por todos a un mismo tiempo. Hay quienes opinan que si existiera el derecho de heredar se produciría la anarquía y la indisciplina social, pues sólo a través de ese derecho se impide la posibilidad de que terceros extraños traten de disfrutar los bienes que corresponden por razones económicas y afectivas de los miembros de la familia.

En la actualidad, la tendencia socialista niega el derecho de adquirir y dirutas por herencia de los bienes que una persona haya adquirido con su propio trabajo y que tal vez no haya aprovechado nunca, sosteniendo que quien pretenda tener debe trabajar, pues el patrimonio del que muere a de pasar al estado para que éste lo dedique a la tención de los servicios públicos. Esta tesis sólo puede ser aceptable dentro de ese régimen político pues en cualquier otro se extinguiría el crédito al perderse la continuidad patrimonial entre los particulares, colocando automáticamente a bajar constantemente porque el Estado sería el que fuera adquiriendo como titular todos los bienes de personas fallecidas y se acabaría con el aliciente personal que el hombre encuentra en el trabajo para adquirir un patrimonio que a de transmitir a las personas con quienes convive o con quienes le ligan vínculos de estimación, de gratitud o de afecto. Existe una tesis conservadora que sostiene que el hombre que trabaja se afana para formar un patrimonio y que, del mismo modo en que tiene libertad de disponer de sus bienes mientras vive, debe tener derecho de transmitirlos íntegramente a sus herederos y legatarios para que los disfruten en memoria del autor. Hay una tesis ecléctica que admite que tanto la socialista como la conservadora tienen puntos de vista respetables y propone que la sociedad participe de las sucesiones mediante impuestos que se destinen al auxilio de los mnesterosos y al mejoramiento de la vida colectiva. (5).

En el primitivo Derecho Romano la transmisión hereditaria tenía un carácter fundamental religioso; el heredero continuaba la persona del autor para ejercer la soberanía doméstica y, como consecuencia, para hacerse cargo del patrimonio y del culto familiar. La sucesión legítima o forzosa, por disposición del Estado, tuvo gran importancia antes de que se estableciera la sucesión testamentaria. Se reglamentó primero la sucesión legítima o forzosa, por disposición del Estado; la sucesión testamentaria fue introducida por la Ley de las XII Tablas, y posteriormente se creó la costumbre de otorgar testamento con la idea de que testar era un honor y morir intestado, un deshonor. La facultad de hacerlo dependía del Derecho Público y por ese motivo la sucesión testamentaria adquirió extraordinaria importancia, admitiéndose dentro de la organización de la familia romana como consecuencia de la potestad ilimitada del pater-familias y consagrándose así el régimen de libre testamentifacción.

---

5. Araujo Valvidia Luis—Obra Cit. Pág. 370.

La influencia del Derecho Romano fue modificada por el antiguo Derecho Germánico dentro del cual se imponía la libertad de testar para la protección de la familia y de su patrimonio común, partiendo del principio de que Dios creaba a los hombres y por tanto, señalaba a sus herederos a través de la sangre. Los legatarios sólo podían ser instituidos respecto de una porción limitada de los bienes. En el Derecho Feudal los caracteres y los fines de los feudos determinaban el sistema sucesorio con propósitos de unidad y de indivisibilidad para conservar el lustre y el esplendor de las familias. La revolución francesa transformó el sistema sobre la base de la igualdad y mediante la abolición de los privilegios y las vinculaciones. El Código de Napoleón estableció la sucesión legítima forzosa respecto de la mayor parte de los bienes, permitiendo la libre disposición total sólo cuando no hubiera herederos forzosos o legítimos.

En el Derecho Español las leyes de Partida introdujeron la mayor parte del Derecho Sucesorio de la Legislación Romana. Fue hasta la publicación del Ordenamiento de Alcalá cuando se permitió la compatibilidad de las sucesiones testamentarias y la legítima, por virtud de la cual el autor de una sucesión podía morir testado en parte intestado en el resto. Con motivo de esa reforma, la testamentifacción deja de ser facultad de Derecho Público para convertirse en facultad privada de Derecho Común, propias de todas las personas capaces y desapareciendo el principio de la universalidad de la herencia que constituía la base principal y esencialísima del Derecho Romano. (6).

#### **b) DERECHOS EN LA SUCESION TESTAMENTARIA**

La sucesión testamentaria es una especie de la sucesión "mortis causa", que se produce mediante la expresión de la última voluntad del "de cuius", manifestada en cualquiera de las formas previamente establecidas por el legislador; por lo cual el artículo 1499: "El testamento en cuanto a su forma, es ordinario o especial"; el artículo 1500: "El ordinario puede ser:

- I.—Público abierto;
- II.—Público cerrado, y
- III.—Ológrafo cerrado.

El artículo 1501: "El especial puede ser:

- I.—Privado;
- II.—Militar;
- III.—Marítimo;
- IV.—Hecho en país extranjero".

---

6. Araujo Valdivia Luis.—Obra Cit. Pág. 372.

La sucesión testamentaria es una institución, que es considerada por los tratadistas, como una de las más lentamente elaboradas en la historia de las instituciones jurídicas, no adquiriendo su completo desarrollo e importancia sino en el Derecho Romano.

El artículo 1295 nos da la definición legal de Testamento; en un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte. "Mucius Scevola (7), comentarista del Código Civil Español Vigente, nos dice que el testamento: "es un acto espontáneo, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone para después de su muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que, en la esfera social en que vive, puede o debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que estén unidas a ella por cualquier lazo de interés". Demófilo De Buen (8), define el testamento diciendo que: "es un acto unilateral y solemne, por el que una persona manifiesta su voluntad para que se cumpla después de su muerte". Julián Bonnetcase (9) al comentar el artículo 895 del Código de Napoleón dice que es una definición "estrecha" y por su parte él lo define como: "un acto jurídico solemne, cuyo fin es dar a conocer la voluntad de su autor, para después de su muerte, tanto desde el punto de vista extramatrimonial como el económico".

El testamento es un acto jurídico porque constituye la expresión de voluntad del autor, manifestada con la intención de producir consecuencias de derecho. Es unilateral, porque basta la expresión de la voluntad del autor sujeta a las formalidades y a los requisitos que la ley establece, para que adquiera existencia y validez, sin que sea necesaria y aún excluyendo totalmente el acuerdo o la concurrencia de otras voluntades. Si el heredero acepta o repudia la herencia, el testamento producirá o dejará de producir los efectos deseados por el autor, sin que por ello se afecte su existencia y validez. Finalmente el testamento es un acto jurídico "sui generis" porque la voluntad del autor, es la suprema Ley de la Sucesión Testamentaria, tiene que sujetarse a un conjunto específicamente determinado de normas jurídicas relativas a la capacidad para testar, a las formalidades para otorgar el testamento, a la licitud en el objeto y fin de las instituciones que haga y a la validez de las condiciones que pretenda imponer. Todas esas normas son de tal modo específicas para el testamento que, como en el caso de las condiciones y de las nulidades, se aparten a veces irreconciliablemente de las reglas aplicadas a los demás actos jurídicos.

7. Cit. Pina Rafael de.—Derecho Civil Mexicano. Tomo II, México, Ed. Porrúa, S. A., 1968, Pág. 282.
8. Cit. Pina Rafael de.—Obra Cit. Pág. 283.
9. Cit. Rojina Villegas Rafael.—Compendio de Derecho Civil Mexicano, Tomo II, "Bienes, Derechos Reales, Sucesiones". Ed. Antigua Librería Robredo, 1966, Pág. 376.

El carácter personalísimo del testamento estriba en que sólo el autor en persona puede manifestar su voluntad a través de las instituciones testamentarias correspondientes. No puede valerse de apoderado, ni puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan; así el artículo 1295 nos indica: "Testamento es un acto personalísimo..."; y así mismo el artículo 1296 indica: "No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero". El artículo 1297: "Ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades a que a ellos correspondan, pueden dejarse al arbitrio de un tercero". Sin embargo el artículo 1298 indica: "Cuando el testador deja como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc., puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse, observándose lo dispuesto en el artículo 1330". Por último los artículos 1299: "El testador puede encomendar a un tercero que haga la elección de los actos de beneficencia o de los establecimientos públicos o privados a los cuales deben aplicarse los bienes que lege con ese objeto, así como la distribución de las cantidades que a cada uno correspondan", y el artículo 1300: "La disposición hecha en términos vagos en favor de los parientes del testador, se entenderá que se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima".

La revocabilidad del testamento es también característica esencial y significa que, en cualquier momento hasta antes de la muerte, puede el testador hacer uso del derecho de revocación, modificando o dejando sin efecto total o parcial las porciones testamentarias anteriores. En consecuencia es absolutamente nulo cualquier pacto o convenio por el cual se restringe o limite de cualquier modo esa facultad. La revocación puede ser expresa o tácita; es expresa, cuando así se manifieste; es tácita cuando se hace un nuevo testamento que por sí sólo implica la revocación del anterior, a no ser que declare que subsiste el primero o que subsiste con determinadas modificaciones. La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o los legatarios nuevamente nombrados, a menos que el segundo testamento sea revocado y el testador declare ser su voluntad que el primero subsiste; así lo disponen los artículos 1493, 1494 y 1495. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en ejecutoria dictada en el amparo directo 1060/50: señala: "La revocación puede efectuarse en cualquier momento y en la forma y términos que mejor le parezca al interesado, inclusive vendiendo los bienes aludidos en el testamento y con ello dejarlo implícitamente sin efectos, o de cualquier otro modo que produzca este mismo resultado". Sin embargo, debemos tener presente que la revocabilidad del testamento sólo es absoluta cuando se trata de la voluntad de que

produzca determinados efectos, cualquiera que sea su naturaleza y su alcance; pues cuando a través del testamento se reconoce o se confiesa auténticamente la existencia de hechos ya ocurridos, la revocación o rectificación de la voluntad de reconocerlos o confesarlos no puede borrarlos, ni desvirtuar su plena comprobación.

El testamento es un acto libre y por lo tanto, carece de validez cualquier limitación convenida expresa o implícitamente. El testador no puede obligarse a no testar o a testar en determinadas condiciones. Por ese motivo la ley prohíbe el testamento mutuo en el cual y dentro del mismo acto, dos o más personas testan en provecho recíproco o en favor de un tercero. Por la misma razón no está permitido el testamento colectivo en el que varias personas testen de común acuerdo o en cumplimiento de un pacto expreso o tácito celebrado entre ellas. La libertad de testar excluye también la posibilidad de hacerlo válidamente bajo la influencia de amenazas contra la persona o los bienes del autor, de su cónyuge o de sus parientes u obligado por la violencia o la privación, o restricción de la libertad, o presionado por cualquier otros medios empleados o que se hayan intentado emplear. El testamento hecho en estos casos es nulo y el testador podrá desde luego que cese la violencia o disfrutar de completa libertad, revalidar su testamento precisamente con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo, pues de lo contrario será nula la revalidación. Para garantizar la libertad de testar, el artículo 1488 indica: "El juez que tuviere noticia de que alguno impide a otro testar, se presentará sin demora en la casa del segundo para asegurar el ejercicio de su derecho, y levantará el acta en lo que se haga constar el hecho que ha motivado su presencia, la persona o personas que causen la violencia y los medios que al efecto hayan empleado o intenten emplear, y si la persona cuya libertad ampara hace uso de su derecho".

La capacidad para testar es la posibilidad legal de hacer testamento reconocido legalmente.

La capacidad para testar, nos dice Binder (10), "no significa ni la libertad para hacer entrar en el contenido del estamento toda disposición imaginable, que tendría su correspondencia en la libertad contractual, ni el derecho de declarar la última voluntad en cualquier forma arbitraria".

La libertad para testar, como cualquier otra manifestación de la libertad, es libertad dirigida. Según declaración terminante de nuestra Ley, para juzgar la capacidad del testador, se atenderá especialmente, en todo caso al estado en que se haya al hacer el testamento.

Se establece como regla general la capacidad de toda persona para testar y como regla especial la incapacidad creada sólo en nuestro De-

---

10. Binder Julius.—Derecho de Sucesiones. Ed. Labro, 1953. Pág. 97.

produzca determinados efectos, cualquiera que sea su naturaleza y su alcance; pues cuando a través del testamento se reconoce o se confiesa auténticamente la existencia de hechos ya ocurridos, la revocación o rectificación de la voluntad de reconocerlos o confesarlos no puede borrarlos, ni desvirtuar su plena comprobación.

El testamento es un acto libre y por lo tanto, carece de validez cualquier limitación convenida expresa o implícitamente. El testador no puede obligarse a no testar o a testar en determinadas condiciones. Por ese motivo la ley prohíbe el testamento mutuo en el cual y dentro del mismo acto, dos o más personas testan en provecho recíproco o en favor de un tercero. Por la misma razón no está permitido el testamento colectivo en el que varias personas testen de común acuerdo o en cumplimiento de un pacto expreso o tácito celebrado entre ellas. La libertad de testar excluye también la posibilidad de hacerlo válidamente bajo la influencia de amenazas contra la persona o los bienes del autor, de su cónyuge o de sus parientes u obligado por la violencia o la privación, o restricción de la libertad, o presionado por cualquier otros medios empleados o que se hayan intentado emplear. El testamento hecho en estos casos es nulo y el testador podrá desde luego que cese la violencia o disfrutar de completa libertad, revalidar su testamento precisamente con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo, pues de lo contrario será nula la revalidación. Para garantizar la libertad de testar, el artículo 1488 indica: "El juez que tuviere noticia de que alguno impide a otro testar, se presentará sin demora en la casa del segundo para asegurar el ejercicio de su derecho, y levantará el acta en lo que se haga constar el hecho que ha motivado su presencia, la persona o personas que causen la violencia y los medios que al efecto hayan empleado o intenten emplear, y si la persona, cuya libertad ampara hace uso de su derecho".

La capacidad para testar es la posibilidad legal de hacer testamento reconocido legalmente.

La capacidad para testar, nos dice Binder (10), "no significa ni la libertad para hacer entrar en el contenido del estamento toda disposición imaginable, que tendría su correspondencia en la libertad contractual, ni el derecho de declarar la última voluntad en cualquier forma arbitraria".

La libertad para testar, como cualquier otra manifestación de la libertad, es libertad dirigida. Según declaración terminante de nuestra Ley, para juzgar la capacidad del testador, se atenderá especialmente, en todo caso al estado en que se haya al hacer el testamento.

Se establece como regla general la capacidad de toda persona para testar y como regla especial la incapacidad creada sólo en nuestro De-

---

10. Binder Julius.—Derecho de Sucesiones. Ed. Labro, 1953. Pág. 97.

recho en dos casos: 1o.—Cuando se trata de enajenados; y 2o.—Cuando se refiere a menores de ambos sexos que no han cumplido dieciséis años de edad.

Por consiguiente, fuera de estos dos casos especiales se fija como regla general la capacidad que comúnmente tiene toda persona para disponer de sus bienes.

La incapacidad por enajenación mental es relativa en virtud de que se admite para aquellos que tienen intervalos lúcidos, la posibilidad de testar siempre y cuando se haga el testamento en un momento de lucidez, pues lo que importa para determinar la capacidad, no es del estado general del autor de la herencia, sino el que tiene al confeccionar el testamento. Por esta circunstancia, si la causa de incapacidad sobreviene después, por ejemplo, el testamento es válido si se demuestra que cuando se hizo, estaba el autor de la herencia en pleno uso de sus facultades mentales. Se regula un procedimiento para que el enajenado que tenga momentos de lucidez, haga testamento; en este caso el testador, el tutor, o en defecto, un familiar del enajenado, deber presentar solicitud al juez competente, para que nombretres facultativos, preferentemente alienistas, especialistas en enfermedades mentales, y asista con ellos al examen del paciente y si del resultado se comprueba que se encuentra en un momento de lucidez, se procederá a levantar un acta y a que dicte su testamento, que debe ser ante notario. Debe asentarse el resultado del examen que hagan los médicos, haciendo constar que durante todo el tiempo de la facción del testamento, el autor del testamento estuvo en pleno uso de sus facultades mentales, pues de lo contrario podría impugnarse de nulo. Así lo regula nuestro artículo 1305.

La incapacidad del que no ha cumplido dieciséis años o del enajenado hay incapacidad para hacer valer un testamento y sólo es posible la transmisión hereditaria por disposición de la ley, es decir, por sucesión legítima. Es de notar que hay una excepción respecto del mayor de dieciséis años pero menos de dieciocho al testar siendo menor de edad.

Nuestra ley no admite como caso de incapacidad, la condena judicial, como la suspensión de los derechos civiles, que trae consigo la condena por la comisión de un delito que implique pena de prisión, no abarca la incapacidad para testar ni tampoco para heredar. En nuestro derecho la condena suspende más bien derechos civiles que implican el ejercicio de un cargo ante la imposibilidad de cumplirlo por la privación de la libertad; por ejemplo la suspensión de los derechos de tutor, curador, albacea, mandatario, depositario, interventor, síndico etc., pero nunca una condena origina incapacidad para disponer por testamento o parte adquirir por herencia.

Una vez tratada la capacidad para testar. veremos la capacidad para heredar. Nuestra ley regula ciertas incapacidades para heredar y son:

según el artículo 1313: "Todos los habitantes del Distrito y de los Territorios Federales, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero en relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I.—Falta de personalidad;
- II.—Delito;
- III.—Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento.
- IV.—Falta de reciprocidad internacional;
- V.—Utilidad pública;
- VI.—Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el Testamento".

a) Son incapaces para adquirir como nos lo indica el artículo 1314:

"Son incapaces para adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto por el artículo 337: "Pero el artículo 1315 indica: "Será, no obstante, válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas durante la vida del testador". Se cumple aquí el requisito de que los herederos hayan sido concebidos o hayan nacido antes de la muerte del autor de la herencia; para mayor claridad el artículo 1480, indica: "Puede el padre dejar una parte o la totalidad de sus bienes a su hijo, con la carga de transferirlos al hijo o hijos que tuviere hasta la muerte del testador, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1314, en cuyo caso el heredero se considera como usufructuario".

b) El delito cometido contra el autor de la herencia, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos; además que se demuestren una conducta reprobable contra el autor de la herencia, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos, son incapacidades para heredar. Nuestra ley en el artículo 1316 nos indica "Por razones de delito son incapaces de adquirir por testamento o intestado:

I.—El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuges o hermanos de ella.

II.—El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, acusación de delito que merezca pena capital o prisión, aún cuando aquélla sea fundada, si fuere su descendiente, su cónyuge o hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida; su honra, a la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge;

III.—El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de su suceder al cónyuge inocente.

IV.—El cuautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste a la del cónyuge inocente.

V.—El que haya sido contenido por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos.

VI.—El padre o la madre respecto al hijo expuesto por ellos.

VII.—Los padres que abandonaren a sus hijos, prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor, respecto de los ofendidos.

VIII.—Los demás parientes del autor de la herencia, teniendo obligación de dar alimentos, no la hubieren cumplido.

IX.—Los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado de trabajar y sin recursos; no se cuidaren de recogerlos, de hacerlos recoger en establecimientos de beneficencia.

X.—El que usare de violencia, dolo o fraude con una persona que haga, deje de hacer o revoque su testamento.

XI.—El que conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, substitución o suposición de infante siempre que se trate de la herencia que debió corresponder a éste o a las personas a quienes se haya perjudicado con estos actos”.

c) La presunción de influencia contraria a la libertad del testador, se comprende una capacidad especial para el médico que asistió al testador, siempre y cuando éste haya hecho su disposición testamentaria en la época en que fue asistido por el facultativo; así nos lo indica el artículo 1323: “Por presunción contraria a la libertad del testador, son incapaces de heredar por testamento, el médico que haya asistido aquel durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria; así como al cónyuge ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo, a no ser que los herederos instituidos sean también legítimos”. Por lo tanto, el artículo 1324 nos dice: “Por presunción de influjo o la verdad o integridad del testamento, son incapaces de heredar, el notario, los testigos que intervinieron en él, y sus cónyuges, ascendientes, descendientes o heramos”, y por último el artículo 1326: “El notario que a sabiendas autorice un testamento en que se contravenga lo dispuesto en los tres artículos anteriores, sufrirá la pena de privación del oficio”.

d) Dentro de las incapacidades por interés público se encuentra comprendida la hipótesis relativa que enuncia el artículo 1325 en lo que se refiere a los Ministros de los Cultos. Asimismo se origina esta incapacidad para las asociaciones religiosas denominadas Iglesia; y a lo indicado por

el artículo 1327 que dice: "Los extranjeros y las personas morales, son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado; pero su capacidad tiene las limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas leyes reglamentarias de los artículos constitucionales. Tratándose de extranjeros se observará también lo dispuesto en el artículo siguiente: "Para los extranjeros, en lo que toca a la zona prohibida, a efecto de que se les transmitan bienes raíces en el territorio de la República, y para las demás personas morales que enumera el artículo 27 de la Constitución Federal de la República.

e) La falta de Reciprocidad Internacional nos la indica el artículo 1328: "Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado; a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de mexicanos".

f) La renuncia o remoción de un cargo conferido por testamento también produce la incapacidad para heredar nos la indica el artículo 1331 que dice: "Por renuncia o remoción de un cargo, son incapaces de heredar por testamento, los que, nombrados en él tutores, curadores o albaceas, hayan rehusado sin justa causa el cargo, o por su mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio", y el artículo 1333 dice: "Las personas llamadas por la ley para desempeñar la tutela legítima y que rehusen sin causa legítima desempeñarla, no tiene derecho a heredar a los incapaces de quienes deben ser tutores" (11).

Para juzgar de la capacidad o incapacidad para heredar, se toma en cuenta el momento de la muerte del autor de la herencia; yien él se necesita ser capaz. Si la causa de la incapacidad sobreviene después, no origina la imposibilidad de adquirir los bienes por herencia testamentario o legítima, a no ser en el caso de remoción del cargo conferido por testamento, que lógicamente sólo se presentará por posteridad cuando se cumpla la mala conducta del albacea, tutor o curador.

Nuestro artículo 1281 nos define lo que es la Herencia al indicarnos: "Herencia es la sucesión de todos los bienes del difunto y todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte". Considerado así, resulta evidente la necesidad de mantener la titularidad del patrimonio de tal manera que nunca pueda encontrarse acéfalo, pues si así aconteciera, cualquier extraño podría apropiarse de los bienes que lo forman, como si se tratara de bienes sin dueño. Ante esta posibilidad la ley ha dispuesto que la transmisión del patrimonio hereditario se produzca en el acto mismo de la muerte del "de cuius", independiente de la aceptación o repudiación de la herencia. pues aún en este último caso el efecto de la repudiación es el que se llama a quien debe suceder por substitución, representación o sucesión legítima.

11. Rojina Villegas Rafael.—Obra Cit. Pág. 298.

En cuanto a los modos de suceder nuestro Código admite tres: a saber:

- I.—Por derecho propio
- II.—Por transmisión
- III.—Por representación

El primer modo constituye la regla general y se produce a través del testamento o la sucesión intestada. El modo de heredar por transmisión está consignado en el artículo 1659: "Si el heredero fallece sin aceptar o repudiar la herencia, el derecho de hacerlo se transmite a sus herederos". De esta manera el derecho heredero fallecido adquiere la herencia del primero porque el derecho de heredar entró al patrimonio del segundo heredero desde que murió el primero y entre los derechos adquiridos de la herencia del segundo está también el aceptar o repudiar la herencia. El artículo 1287 también nos indica un modo de heredar por transmisión al indicar que si se realizan los supuestos previstos no habrá lugar a la transmisión de la herencia, expresión que está empleada en sentido técnico, el precepto dice: "Si el autor de la herencia, sus herederos o legatarios perecieran en el mismo desastre o en el mismo día, sin que se pudiera averiguar a ciencia cierta quienes murieron antes, se tendrán a todos por muertos al mismo tiempo, y no habrá lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado". La herencia por representación es el tercer modo de suceder y está consignada en el artículo 1609 que dice: Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredaran por cabeza y los segundos por estirpes. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos pre-muertos, incapaces de heredar o que hubieran renunciado a la herencia"; que sólo se presenta en la Sucesión Intestada.

La Institución de Heredero es la designación hecha por el testador de quien o de quienes han de sucederle a título universal.

En el Derecho Romano constituía un requisito esencial del testamento. La Institución de Heredero exigía en el Derecho Romano, determinadas solemnidades, debiendo de figurar al frente del testamento, ciertas palabras redactadas en latín, pero este rígido formalismo fue abolido más tarde, hasta el punto que en el Derecho Romano bizantino basta para la validez de la Institución que fuera clara y que no estuviera viciada por error, dolo o violencia.

El Derecho Civil moderno la Institución de Heredero, aún siendo el normal contenido del testamento, no tiene ya el carácter de sacramental que tenía en el Derecho Romano, donde de ella se hacía depender la validez.

El Código Civil determina que el testamento otorgado legalmente será válido aunque no contenga Institución de Heredero y aún el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos casos se

cumplirán las demás disposiciones testamentarias que estuvieran hechas conforme a la ley; así lo dispone el artículo 1378: "El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar".

Los herederos instituidos sin designación de la parte que a cada uno corresponda heredar, heredarán por partes iguales; el instituido por cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario; así lo indican los artículos 1381 y 1382.

Se establece que aunque el testador nombre algunos herederos individualmente y a otros colectivamente, como si dijera: "Instituyo por mis herederos a Pablo y a Manuel y a los hijos de Francisco", los colectivamente nombrados se consideran como si fuesen individualmente, a no ser que no se conozca de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador; así lo indica el artículo 1383.

Si el testador instituye a sus hermanos y los tiene sólo de padre, sólo de madre o de padre y madre, se dividirá la herencia como un caso de intestado; así lo dice el artículo 1384. Cuando el testador llame a la sucesión a varias personas y a sus hijos, se entenderán como instituidos simultáneamente y no sucesivamente; el heredero debe ser instituido designándolo por su nombre y su apellido, y si hubieren varios y tuvieren el mismo nombre y apellido, deben agregar otros nombres y circunstancias que distinguan al que se quiera nombrar; pero aún cuando se haya omitido el nombre del heredero, si el testador lo designare de otro modo que no pueda dudarse quien sea, valdrá la Institución, el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero no vicia la Institución, si de otro modo se supiere ciertamente cuál es la persona nombrada. Ahora bien, si entre varios individuos del mismo nombre y circunstancias no pudiese saberse a quién quiso designar el testador, ninguno será heredero; pero toda disposición de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse será nula, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas. Todo lo disponen los artículos 1385, 1386, 1387, 1388, 1389 y 1390.

En lo que toca a la disposición de los bienes para después de la muerte, se conocen dos sistemas, el de la libertad de testar, que puede ser, teóricamente, absoluta o parcial, y el de la restricción de esta facultad.

La expresión libertad de testar significa la posibilidad de parte del testador de transferir su patrimonio aquella o aquellas personas a quienes según su criterio, le parezca más conveniente, sin traba alguna, salva la obligación de dejar alimentos a otras, que tiene una indicación expresa.

En el fondo, la libertad de testar supone la confianza que el legislador tiene, deducidas de las máximas de experiencia humana, de que nadie se encuentra en mejores condiciones para una justa distribución de sus bienes que el propio testador, y que ni el reconocimiento de que puedan

presentarse casos de excepción en el buen uso de esta facultad autoriza para desconocerla.

La libertad de testamentifacción, de acuerdo con el pensamiento de sus partidarios, robustece la autoridad paterna y el principio de familia, hace más equitativa la distribución de la herencia, permitiendo al padre premiar los méritos o aptitudes, al mismo tiempo que suplir o compensar defectos naturales e involuntarios, que justifiquen una protección especial y facilita el dar satisfacción a toda clase de deberes morales.

Nuestra Ley se inspira en el principio de libertad para testar; la única limitación impuesta al testador, es la de dejar alimentos a las personas siguientes, según el artículo 1368 que dice: "El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

I.—A los descendientes varones menores de veintiún años;

II.—A los descendientes varones que estén imposibilitados de trabajar, y a las hijas que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otros aún cuando fueran mayores de veintiún años.

III.—Al cónyuge supértese; siempre que siendo varón esté impedido de trabajar, o que siendo mujer, permanezca viuda y viva honestamente.

IV.—A los ascendientes.

V.—A la mujer con quien el testador vivió como si fuera marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libre de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos mientras que observe buena conducta y no se case. Si fueren varias las concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

VI.—A los hermanos y demás parientes, colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras no cumplan dieciocho años, si no tienen para subvenir a sus necesidades.

El artículo 1369 nos dice "No hay obligación de dar alimentos, sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado" y el artículo 1370 indica "No hay obligación de dar alimentos a las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería de corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla.

El artículo 308 nos indica que debemos entender por alimentos, así que dice "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en los casos de enfermedad. Respecto a los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para propiciarles algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales".

Vista la situación y, en razón de que el testador no haya dejado nada al hijo nacido fuera de matrimonio, en su testamento, la ley partiendo desde un punto de vista de justicia e invocando el artículo 1368/I, a lo menos el hijo tiene derecho a ser alimentado, para tener un medio de subsistencia para poder sobrevivir y desarrollarse en la vida.

### c) DERECHOS EN LA SUCESION LEGITIMA

La sucesión legítima es la que se difiere por ministerio de ley, cuando concurren los presupuestos establecidos al efecto.

Esta sucesión que, según Binder (12) tiene una significación puramente negativa, es definida por él, diciendo "que es la que no se basa en la voluntad del causante; pero en realidad no es que no exista dicha voluntad, sino que, en lugar de ser expresa, es presunta. "La sucesión legítima ha sido considerada por algunos tratadistas como anterior en tiempo a la testamentaria. Sin embargo, como recuerda Polacco, "el romanista Bonfante sostiene que aún remontándose mucho más allá de las XII Tablas, en donde se reconoció el absoluto imperio de la voluntad del difunto, se encontraría siempre al Testamento".

En opinión de Josserand (13) "la sucesión testamentaria aparece en todas partes como una reacción al individualismo contra el concepto de comunidad de la tendencia y de la transmisión de los bienes.

En la actualidad, como ya es sabido, la sucesión legítima aparece siempre en substitución de la testamentaria, esto es, a falta de ésta y siendo en relación con ella una forma de sucesión suplementaria".

La forma de sucesión en los bienes que puede calificarse de normal es la testamentaria. Quien tiene un patrimonio económico, no suele dejarlo a su suerte, sino que procura testar.

Sin embargo como dice Josserand (14), si la transmisión "abintestato" es subsidiaria de la testamentaria, de derecho es completamente autónoma y tiene el valor de un punto de partida; el legislador establece un programa de transmisión del patrimonio por causa de muerte, dejando a cada uno en la posibilidad de derogarlo, más o menos completamente, por medio de una manifestación expresa de la voluntad; podemos comprender nuestro deber social de modo distinto de cómo lo comprende el mismo legislador; los dos regímenes, legal y testamentario, se desarrollan paralelamente, teniendo el primero la ventaja de ser general, y de valer para todos, y ofreciendo el segundo la ventaja de presentar una flexibilidad casi infinita y de tener la última palabra".

12. Binder Julius.—Obra Cit. Pág. 114.

13. Josserand Luis.—Derecho Civil Traducción de Santiago Cuchincilla y Manterola. Buenos Aires, Argentina, 1961, Pág. 128.

14. Josserand Luis.—Obra cit. pág. 130.

Antes de entrar al estudio de la sucesión intestada o "abintestato" en nuestro derecho positivo, haremos una breve relación histórica de la Institución a través del tiempo en las distintas legislaciones que nos precedieron. La sucesión "ab-intestato" en la antigüedad. El carácter de la familia y de la propiedad en el Oriente antiguo tiene un sello especial, la personalidad del individuo queda anulada frente a la familia. La familia absorbe al individuo, a su actividad es siempre en provecho del grupo del cual depende, no se conoce la sucesión testamentaria.

En Egipto.—No se conocen los testamentos, toda la propiedad de la familia queda en la familia. En un principio la propiedad se hallaba con preferencia en manos de las mujeres, el vínculo del parentesco era más estrecho con las mujeres. La familia egipcia constituyó una especie de asociación propietaria de todos los bienes patrimoniales. Si alguno de los propietarios quería disponer de los bienes que formaba la copropiedad en favor de un extraño, tenía que hacer entrar en la asociación aquella persona a la cual quería favorecer; esto se conseguía por medio de la adopción. Esta idea de copropiedad era tan absoluta que se extendió, probablemente, hasta la época de Darío I; no sólo no se podían enajenar los bienes de la familia natural a título gratuito sin adopción, sino que ni siquiera se podían enajenar a título oneroso, al menos que se tratara de inmuebles.

En los contratos de división de la herencia entre el padre y el hijo, se advierte que aquél de a cada uno de éstos su parte de herencia legal, añadiendo una penalidad a aquellos hijos que molestasen a los otros. Los hijos naturales estaban en el mismo plano que los legítimos recibiendo como éstos una parte idéntica.

En la India.—La herencia se dividía entre los miembros de la familia durante la vida del padre o después de su muerte. En el Código de Manú se lee: "Después de la muerte del padre o de la madre, los hermanos reunidos se dividen igualmente entre sí la facultad de sus padres. No son dueños durante la vida de éstos dos, salvo cuando el padre haya preferido dividir por sí mismo la facultad".

Se establecen reglas minuciosas sobre la división de la herencia, reglas inspiradas en el espíritu teocrático de la legislación. Si el hermano mayor es eminentemente virtuoso puede tomar posesión de todo el patrimonio y los otros deben vivir bajo su tutela, como cuando vivía el padre. Cuando se realiza la partición ésta tiene lugar entre los hijos legítimos y sus descendientes y a falta de éstos entre los demás hijos que deben de heredar a su padre. El mayor toma para sí la vigésima parte de la herencia, con lo mejor de los bienes muebles, el segundo la mitad de esto y el tercero la cuarta parte y así hasta la extinción de los bienes; si ya no hubiere más hijos y todos tomaron las partes que indicaron, si algo sobrara se dividirá en partes iguales; pero si no han tomado nada, la distribución

Antes de entrar al estudio de la sucesión intestada o "abintestato" en nuestro derecho positivo, haremos una breve relación histórica de la Institución a través del tiempo en las distintas legislaciones que nos precedieron. La sucesión "ab-intestato" en la antigüedad. El carácter de la familia y de la propiedad en el Oriente antiguo tiene un sello especial, la personalidad del individuo queda anulada frente a la familia. La familia absorbe al individuo, a su actividad es siempre en provecho del grupo del cual depende, no se conoce la sucesión testamentaria.

En Egipto.—No se conocen los testamentos, toda la propiedad de la familia queda en la familia. En un principio la propiedad se hallaba con preferencia en manos de las mujeres, el vínculo del parentesco era más estrecho con las mujeres. La familia egipcia constituyó una especie de asociación propietaria de todos los bienes patrimoniales. Si alguno de los propietarios quería disponer de los bienes que formaba la copropiedad en favor de un extraño, tenía que hacer entrar en la asociación aquella persona a la cual quería favorecer; esto se conseguía por medio de la adopción. Esta idea de copropiedad era tan absoluta que se extendió, probablemente, hasta la época de Darío I; no sólo no se podían enajenar los bienes de la familia natural a título gratuito sin adopción, sino que ni siquiera se podían enajenar a título oneroso, al menos que se tratara de inmuebles.

En los contratos de división de la herencia entre el padre y el hijo, se advierte que aquél de a cada uno de éstos su parte de herencia legal, añadiendo una penalidad a aquellos hijos que molestasen a los otros. Los hijos naturales estaban en el mismo plano que los legítimos recibiendo como éstos una parte idéntica.

En la India.—La herencia se dividía entre los miembros de la familia durante la vida del padre o después de su muerte. En el Código de Manú se lee: "Después de la muerte del padre o de la madre, los hermanos reunidos se dividen igualmente entre sí la facultad de sus padres. No son dueños durante la vida de éstos dos, salvo cuando el padre haya preferido dividir por sí mismo la facultad".

Se establecen reglas minuciosas sobre la división de la herencia, reglas inspiradas en el espíritu teocrático de la legislación. Si el hermano mayor es eminentemente virtuoso puede tomar posesión de todo el patrimonio y los otros deben vivir bajo su tutela, como cuando vivía el padre. Cuando se realiza la partición ésta tiene lugar entre los hijos legítimos y sus descendientes y a falta de éstos entre los demás hijos que deben heredar a su padre. El mayor toma para sí la vigésima parte de la herencia, con lo mejor de los bienes muebles, el segundo la mitad de esto y el tercero la cuarta parte y así hasta la extinción de los bienes; si ya no hubiere más hijos y todos tomaron las partes que indicaron, si algo sobrara se dividirá en partes iguales; pero si no han tomado nada, la distribución

de las partes se verificará de la manera siguiente: el mayor de los hijos tendrá doble parte; el segundo hijo parte y media y si hubiera parte los demás hijos cada uno una parte sencilla. Los hermanos, cada uno de su porción, deben dar una parte a las hermanas de la misma madre; para que puedan casarse les darán la cuarta parte de lo que les corresponda, y aquellos que rehusen a darlo serán degradados. De tal afirmación se desprende que los hijos varones sí sucedían al padre aunque fueran hijos de mujeres distintas y no así las hijas.

Por lo que se refiere a la sucesión de la madre, los presentes que ésta haya recibido después del matrimonio, de la familia del marido o de la suya propia, o los que le hayan sido hechos por el marido, por afecto deben de pertenecer después de la muerte de la madre a sus hijos aunque viva el marido.

La Sucesión de Grecia, tiene poco más o menos el mismo carácter que en Oriente, así como la familia tiene todo el sello de la familia oriental, con inmovilidad de los bienes y el culto obligatorio a los antepasados. (15)

En el Derecho Romano (16), existen diferentes disposiciones que son:

- a) La Ley de las XII Tablas;
- b) El Edicto del Pretor;
- c) La Legislación del Imperio;
- d) Las Novelas 118 y 127.

a) El sistema de las XII Tablas organizó la sucesión "Abintestato" en relación con los caracteres típicos de la familia originaria romana.

Se basa en la comunidad y en el parentesco agnaticio. El principio regulador del orden sucesorio intestado en la Ley decenviral es: "Si intestato moritur cui suus heres necescit, adgnatus proximus familiam habete. Si adgnatus nec escit gentiles familiam habeto", o sea que los herederos acudían a la herencia en el siguiente orden: "en primer lugar los "sui-herederos", en segunda el agnado más próximo y por último los gentiles".

La sucesión de los "sui herederos" más que regulada era supuesta por la ley natural, "sui herederos" eran aquellos miembros de la comunidad doméstica que al morir el pater-familias quedaban libres de todo poder, o sea eran los que a su vez se transformaban en pater-familias, eran estos los hijos e hijas que hasta la muerte del pater-familias habían estado a su poder sometidos; también los hijos adoptivos. Los nietos cuando el padre hubiera muerto con anterioridad a la apertura de la sucesión o hu-

15. Binder Julius.—Obra Cit. Pág. 311.

16. Petit Eugene.—Tratado Elemental del Derecho Romano. Ed. Edinal, México, 1963, Pág. 544 ss.

biera sido emancipado. La "uxor" in manu" del causante, "Quasi loco filiase" —o la del hijo "quasi loco neptis".

Los hijos y la mujer de un hijo del causante, será heredero de un ciudadano romano ingenuo el agnado más próximo del causante, o sea sus hermanosf o hermanas, y en el caso del matrimonio "cum manu", a la madre del causante, la cual se haya respecto a éste "loco sororis". Si faltan agnados del segundo grado, son llamados los del tercer grado, los tíos y sobrinos del causante. Si varios agnados heredan conjuntamente se distribuye la herencia "in-capita", esto es, en tantas partes iguales como agnados con derecho a heredar haya. Aquí no se da la sucesión por stirpes. Los agnados varones y hembras están equiparados en cuanto a la cuota. La jurisprudencia republicana de la época media admitió como agnados a las hermanas y madre del causante cuando ésta hubiera vivido sujeta a la "manus" de su marido. Si es un "liberto" el que muere, no ha lugar al llamamiento de los agnados de éste, porque los esclavos no tienen agnados. En lugar de éstos, heredan su patrono y la descendencia agnaticia de éste.

Cuando no hay agnados la ley llama como sucesores de un "ingenuo" a los "gentiles". En realidad no sabemos si heredaban todos los gentiles, ni el modo de distribuirse éstos la herencia. En los comienzos del Imperio la sucesión "gentilicia" desaparece.

La "gentilidad" cayó en desuso en la época de Gayo. Desde el siglo VII concedió el pretor a los parientes naturales del difunto, a los cognados, el lugar de los gentiles.

b) El Edicto del Pretor.—La ley de las XII Tablas se fundaba exclusivamente en el parentesco civil, no tuvo en cuenta la condición de cognados. Los hijos emancipados no eran llamados a la herencia por no formar parte ya de la familia del causante; las madres no podían heredar a sus hijos, ni estos a aquellas. Fue preciso que la vida familiar alcanzara un grado más de desarrollo, y éste fuera plenamente comprendido en sus fases más humanas por la penetrante inteligencia del pretor. Este corrige las deficiencias del Derecho Civil y colma sus lagunas, su instrumento más eficaz es el Edicto. En el Edicto "Perpetuo Juliano" se encuentra desarrollado, de manera completa, el nuevo sistema "Ab-intestato-pretorio".

El Edicto pretorio establece el siguiente orden sucesorio "bonorum possessio unde liberi"; "bonorum possessio legitimi"; "bonorum possessio unde cognati" y "bonorum possessio unde vir et uxor".

Son cuatro clases llamadas a heredar sucesivamente. Admite a diferencia del Derecho Civil, la delación sucesiva. Llamada además a los agnados, a los cognados del causante, y reconoce el matrimonio "sine manu" como fundamento del derecho a heredar.

La primera "unde liberi" consta de los "sui heredes" y de los descendientes carnales del causante, que no hayan sufrido una "capitis de minutio" serían también "heredes sui" del mismo; o sea los llamados "sui fingidos".

El pretor llama primero a los "heredes sui" y a los hijos emancipados, independientemente de que éstos estén o no sujetos a la patria potestad.

Antiguamente el hijo emancipado excluía de la sucesión a sus propios hijos retenidos en potestad por el causante, y por tanto "heredes sui" de éste cuando aquél pedía la "bonorum possessio unde liberi". Los hijos del emancipado no percibían nada. Bajo Adriano y por sugerencia de Juliano, se añadió la cláusula, "Nova Cláusula Juliani", en la que se estableció que en tal caso el "filius emancipatus" debía ceder la mitad de la porción sucesoria que le hubiere correspondido a sus propios hijos, que el causante retuvo bajo su potestad.

La segunda "unde legitimi", si no hay sucesores pertenecientes a la clase "unde liberi", a los que hubiera no adquiriesen la "bonorum possessio" en el plazo de un año que el pretor otorga para adquirirla, llama éste a los herederos ab-intestato por Derecho Civil, o sea los "sui heredes", luego al próximo "agnatus" y finalmente a los "gentiles". Como el Derecho Pretorio no reconoce la adquisición ipso jure de la herencia, estas personas han de pedir la "bonorum possessio unde legitimi" al pretor. Por el principio de la declaración sucesiva, el "proximus agnatus" habrá de pedir la "bonorum possessio unde legitimi" no sólo en el caso de no haber "sui heredes", sino en el caso también de que habiéndolos, éstos no adquieran la "bonorum possessio unde legitimi" dentro del plazo edictal.

La tercera clase la "unde cognatio", se explica cuando no hay sucesores de las clases antes mencionadas, a los que hubiere no han adquirido la "bonorum possessio intestati", el edicto llama a los cognados del causante hasta el sexto grado inclusive, y del séptimo grado a los "sobrinati". El grado más próximo excluye al más remoto. Los cognados son todos los parientes de sangre del causante por línea de varón o de mujer. Si concurren varios cognados del mismo grado heredan por cabezas. En esta clase ya encontramos a los parientes naturales.

Por último a falta de cognados el pretor llama al cónyuge superviviente del causante, varón o hembra, y le ofrece la "possessio bonorum unde vir et uxor".

c) La legislación del Imperio.—Si consideramos las reformas introducidas por el pretor, vemos un gran adelanto en cuanto al parentesco natural. Pero el Legislador Imperial buscó la equitativa regulación de las relaciones hereditarias entre la madre y sus hijos. El Pretor les asignó el tercer lugar a título de cognados, su situación fue considerada positivamente por los Senado-consultos Tertuliano y Orficiano.

El Senado-consulta Tertuliano; que las instituciones de Justiniano colocan bajo el reinado de Adriano, llama a la madre a la sucesión de sus hijos, bajo ciertas condiciones, recompensa la fecundidad de la mujer y exige que tenga el "jus liberarum"; es decir, que tenga tres hijos, siendo "ingenua", cuatro siendo "manumitida". Poco importa que sean legítimos o "vulgo quaesiti", vivos o muertos.

La madre está excluida por los herederos suyos y los que le son asimilados, por el padre natural, y por los hermanos consanguíneos; concurre sin las hermanas consanguíneas; excluye a todos los demás parientes, aún agnados.

En el año 528 suprimió Justiniano el "Jus Liberarum"; entonces sucedía la madre a su hijo, aunque sólo tuviese uno. Decide además que esté sólo excluida por los herederos suyos y por el padre natural, pasando antes que los colaterales, salvo los hermanos y hermanas, "agnados" o no, concurre.

El Senado-consulta Orficiano, fue dado bajo Marco Aurelio y Cómodo, en el año 178, de nuestra era, llamado a los hijos a la sucesión de su madre antes que los demás herederos, y suceden cualquiera que sea su cualidad, sean "alieni juris", sean legítimos o "vulgo concepti".

Algunas de las disposiciones de éste chocaron con las de Tertuliano, pues podían concurrir a la herencia de la madre, tanto los hijos como la abuela. Posteriormente se le dio preferencia a los hijos, por la Constitución de Graciano, Valentino y Teodosio, haciéndose después este derecho extensivo a nietos y nietas.

d) Las novelas 118 y 127.—Justiniano reemplazó las disposiciones de la Ley de las XII Tablas, del Edicto del Pretor, de los Senado-consultos y de las Instituciones, por un nuevo sistema más conforme a las costumbres e ideas de su época, fundado sobre el parentesco natural.

Este sistema fue creado por la Novela 118, del año 544, y después corregido y completado en ciertas partes por la Novela 127 de años 548, sus rasgos principales son:

La cognación de la cualidad de heredero "ab-intestato", lo mismo que el parentesco civil; la agnación no crea ya ninguna preferencia; el parentesco natural, dividiéndose en parentesco descendente, ascendente y colateral. Pero se distinguen cuatro, pues los colaterales se dividen en tres clases: a).—Los hermanos y hermanas carnales y sus hijos; b).—Los hermanos y hermanas de padre o de madre y sus hijos; c).—Los colaterales. Los primeros sólo concurren con los ascendientes y excluyen a los otros. De manera que hay cuatro órdenes de herederos: 1.—Los descendientes; 2.—Los ascendientes, los hermanos y hermanas carnales y sus hijos; 3.—Los hermanos y hermanas de padre o de madre y sus hijos; 4.—Los otros

colaterales. La partición se hace por troncos entre descendientes, o sobrinos y sobrinas, y por cabezas entre los demás parientes. La devolución está admitida en todos los casos, a menos que se encuentre obstáculo en el acrecentamiento. Descendientes.—Suceden en primera línea, con excepción de todos los demás parientes y sin distinción de origen, de sexo o de grado, bien sean "sui alieni iuris" "legítimos o adoptivos.

Si el descendiente que sucede es "alieni iuris", los bienes de la sucesión serán para él bienes adventicios, de los cuales no tienen más que la nula propiedad; el usufructo pertenece al jefe de la familia, o concurrendo lo mismo si se trata de la sucesión de un hijo bajo potestad recogido por el nieto; el usufructo lo adquiere el padre de familia, que tiene la potestad sobre este heredero.

Si hubiere varios hijos y uno de ellos hubiere ya muerto dejando descendientes, estos nietos suceden en el lugar de su padre: "in patris locum succedunt". La partición se hace por troncos y cuando el heredero renuncia, su parte sólo corresponde a los herederos del mismo tronco.

Ascendientes, hermanos y hermanas carnales con sus hijos. Estas dos categorías de parientes concurren entre ellos y excluyen a los otros.

Se distinguen tres casos: 1.—Cuando sólo hay ascendientes, el más próximo excluye a todos los demás, 2.—Cuando sólo hay hermanos y hermanas carnales o sus hijos, todos concurren y la partición se hace por troncos entre los hermanos y hermanas vivientes y los hijos de los que ya no existen. 3.—Cuando hay concurrencia entre las dos clases, si ésta se establece entre el padre, la madre y hermanas carnales, la partición se hace entre todos por cabezas.

En la tercera clase, se encuentran los hermanos unilaterales, se admiten hermanos y hermanas uterinos y consanguíneos y los hijos en primer grado de los que estén ya fallecidos. Se excluyen los otros colaterales y entre ellos la partición se hace por troncos.

La última clase son los colaterales ordinarios, son los no comprendidos en las categorías precedentes, entre ellos, el más próximo excluye a los más lejanos y se hace la partición por cabezas.

En el Derecho Germánico (17).—La institución de la familia, imprime un sello a la sucesión intestada romana en las distintas fases de su evolución. En el Derecho Hereditario Germánico, la influencia de tal organización no es menos decisiva, el detenido análisis sobre la organización sucesoria intestada de los pueblos germánicos, que han emprendido los estudiosos nos permite apreciar su carácter eminentemente familiar.

17. D'Aguianno José.—Génesis y Evolución del Derecho. Ed. Impulso, Buenos Aires, 1943, Pág. 68.

Los comienzos del Derecho Hereditario, se remontan a una comunidad patrimonial que en vida existía entre él y los herederos reunidos en torno al hogar. Al hijo que se hacía independiente correspondía originalmente una participación de los bienes hereditarios, y la hija que el marido llevaba a su casa hacía suyo el "dotalicium" sobre aquellos bienes. Si la comunidad se disolvía por muerte del causante, tenía lugar una distribución entre los comuneros.

El rasgo característico del Derecho Germano es el de la posesión de los bienes no entrañaba la exigencia jurídica, pues prevalecía la regla de que "el muerto hace herederos a los vivos".

Frente al criterio romano que consideraba irrelevante la distinción de los bienes propios y adquiridos, se levanta el concepto germánico sosteniendo la conviencia de mantener esta distinción, afirmando, con relación a los bienes propios o alodiales el principio de masculinidad, aplicado no solamente en el orden de los descendientes sino inclusive en el de los colaterales.

El círculo comprensivo de los parientes consanguíneos, dejaba de ver un sector reducido de herederos que en los distintos derechos estaba sujeto a regulación dispar, pero que normalmente abrazaba a los hijos, los padres y los hermanos del causante. Eran llamados a la sucesión primeramente los descendientes, y entre éstos, con preferencia los hijos, los padres y los hermanos del causante. Los nietos, de existir hijos del causante, no tienen junto a éstos derechos hereditarios.

Si faltan descendientes, vienen a la herencia los padres, y en defecto de éstos, los hermanos. El círculo más dilatado de los herederos constituían la "magschaft", o sea el grupo de parientes consanguíneos a partir de los abuelos y sus descendientes. Sólo aquí se deja sentir la necesidad del cómputo y la prueba de la sippe. Sin embargo, presumiblemente, en la época antigua el derecho hereditario estaba limitado al círculo cerrado de parientes y todavía en la Edad Media, sólo se ha dado cabida a la "magschft", en un límite sucesorio diverso en cada derecho.

La estructura de la "sippe" reposa en la agrupación de los parientes unidos por vínculos de sangre, en las llamadas parentelas. En esta organización sui-géneris, los núcleos se forman por descendencias o parentelas próximas o más distantes. Manresa explica el funcionamiento del sistema de parentelas de esta manera: por virtud de esta institución no se sube hasta el ascendiente común del causante y del sucesor, sino que se busca la mayor o menor proximidad al tronco más cercano, y así muerto un hijo sin descendencia, no sucede el padre, sino el hermano, y a falta de éste; su hijo sobrino primero, o su nieto sobrino segundo, hasta agotar esta rama que era la del padre, tronco más próximo; a falta de tal rama, se refería la herencia a la rama proveniente del abuelo, al tío, hermano del padre, al primer hermano, hijo del tío, al hijo del primo, etc. Los más próximos de cada

rama son preferidos y se atiende o no a la línea de donde proceden los bienes, según la clase de tales bienes, y según que se admita o no el principio de troncalidad.

El principio de la masculinidad asumió mucha importancia. Este principio se entrelaza con el de la progenitura, particularmente para el caso de la sucesión de feudos; carácter dominante adquiere también la regla de que los principios no suben, negando derechos a los ascendientes; el sistema troncal erígese en norma primordial, aplicándose con estricto rigor la regla paterna y materna en el plano sucesorio de los colaterales.

Por el derecho de revisión, los ascendientes adquieren los bienes que por donación fueron transmitidos a los hijos o descendientes, pero este derecho sólo opera en el supuesto de que los descendientes hayan muerto sin posterioridad. El reconocimiento de este beneficio, reservado al principio para ciertos bienes, pronto fue extendido con relación a toda clase de bienes donados, xigiendo para los mismos su estricta devolución. No fue poco lo que en éste y otros renglones influyó el derecho romano, por cuyo influjo numerosos pueblos de Germania desterraron o cuando menos atemperaron el sistema de las parentelas.

Los ascendientes, habían sido excluidos de la herencia o propuestos a los parientes colaterales. En los derechos que mantuvieron fija la idea del derecho hereditario con base en la comunidad doméstica los hermanos sucedían con preferencia a los nietos y demás descendientes. Igualmente, dentro de los parientes más remotos, se produjo la ruptura cardinal en la organización por parentelas. Los parientes de sexo masculino tienen prioridad hereditaria frente a los del sexo femenino. Se cree que las mujeres en cierta época fueron excluidas en forma absoluto de la herencia. Con esto se les reconoce el derecho de ser mantenidas en el caso de contraer matrimonio, son beneficiarias del "dotalicium". Después se les fueron atribuyendo derechos sucesorios sobre determinados linajes de objeto. Su situación legal era muy diversa, en algunos lugares compartía con el hijo el haber mueble, pero relativamente a los bienes raíces quedaba relegada.

El Derecho Español.—En la legislación española hay una marcada influencia romana sobre el Derecho de origen germánico. Las Leyes de Partidas constituyen la regla imperante, modificada y explicada por las Leyes de Toro y las Recopilaciones (18).

En los fueros municipales encontramos el principio de la sucesión forzosa en beneficio de los hijos. Arranca el Fuero Juzgo del principio de Troncalidad, que se desarrolló completamente en la legislación municipal y que borrado por el Código de las Siete Partidas no desaparece del Derecho Común.

---

18. D'Aguzzo José.—Obra Cit. Pág. 98.

La base del orden de suceder "ab-intestato" antes del Derecho Civil en la legislación de Castilla la constituirían las disposiciones del Código de las Siete Partidas.

**El Fuero Juzgo.**—Bajo este ordenamiento se establece un orden sucesorio similar al del Derecho Romano de Justiniano: descendientes, ascendientes, colaterales y cónyuge, sistema que se aplica con relación a la Familia Legítima:

**Descendientes.**—Suceden los hijos en primer lugar, si no hubiere hijos, los nietos, y en su caso de que no hubiera nietos, los bisnietos.

**Ascendientes.**—Vienen a la herencia en segundo lugar, los ascendientes más próximos, con sujeción a un criterio lineal, aunque con ciertos temperamentos que se hacen consistir en reservas, en provecho de los padres o abuelos de quien precedieron determinados bienes de los integrantes del patrimonio hereditario discerniéndose así el origen del principio de troncalidad.

**Colaterales.**—A falta de personas antes indicadas la Ley llama a los hermanos por igual sin consideración de sexo. Los hermanos unilaterales tienen derecho a concurrir solamente en los bienes de la línea respectiva. La Ley Séptima admite a la sucesión a los tíos por parte del padre o de la madre; por la Ley Octava, y en ausencia de los precitados herederos, se da cabida en la herencia a los sobrinos, hijos de hermanos, cualquiera que sea su número, distribuyéndose el caudal hereditario por cabezas.

**Cónyuge.**—Si no hay colaterales dentro del séptimo grado llama la Ley al cónyuge supertíte, mientras no contraiga matrimonio.

La Iglesia sucedía en último término con relación a los Clérigos, monjes o monjas que no tuvieron herederos hasta el séptimo grado.

**El Fuero Real.**—La Ley V Libro IV del Fuero Real concedió a los hijos adoptivos la cuarta parte de la herencia del padre adoptante. Esta disposición le limitaron algunos intérpretes, al caso especial de la erogación, los adoptivos heredaban a falta de hijos legítimos o legitimados por "rescripto", entendiéndose esto en la adopción plena, o sea de los adoptivos extraños, pues siendo la adopción plena habrán de tener la condición de descendientes legítimos o legitimados. En la herencia de una mujer, los hijos adoptivos también heredaban después de legitimados por "rescripto" y antes que los naturales; pero ello debe de entenderse lo que la misma mujer hubiese adoptado, no de los que su marido hubiese recibido por hijos.

**Las Leyes de Partidas.**—La sucesión "ab-intestato" se encuentra reglamentada en la séptima Partida, se indican las causas que la generan, son cuatro, a saber: 1.—Por no haber testamento; 2.—Por no existir éste, sea nulo o imper-

fecto, o porque siendo válido perdiera su fuerza posteriormente; 3.—Por nacimiento de un póstumo, adopción o abrigación del testador; 4.—Por repudiar la herencia o ser incapaz el heredero.

Este ordenamiento tiene el criterio de la división hereditaria por los tres modos romanos; "in capita", "in stirpes", o "in líneas". Del propio modo, sanciona el orden de llamamiento de los descendientes y colaterales.

Los llamamientos con relación a la familia se ajustan a las siguientes clases.

**Descendientes.**—Se distinguen aquí también los hijos de los demás descendientes, por cuanto a lo primero, heredan por sí los segundos, por Derecho de representación. Es decir, renace aquí el conocido principio de que los hijos suceden por cabezas y los nietos, concurren o no con los hijos, sucederán por estirpes.

**Ascendientes.**—Las Leyes de Partidas, usan el mismo criterio contenido en las Novelas Justinianas y distinguen, al respecto, los casos siguientes: 1.—Sucesión de los padres solos, por faltar descendientes y hermanos. Si existen padre y madre, la herencia se reparte por mitad; de no ser así, en la hipótesis de que exista sólo uno de ellos, la herencia se difiere a su integridad al que sobreviva. 2.—Sucesión de padres con hermanos; todos heredan por cabezas. 3.—Sucesión de los abuelos solos; heredan en líneas, y los de cada línea, si son dos, reparten su porción por cabezas. 4.—Sucesión de abuelos con hermanos; la distribución de la herencia se opera, entre todos, también por cabezas.

**Colaterales.**—El llamamiento de estos herederos tiene lugar en efecto de ascendientes y descendientes, en los siguientes supuestos: 1.—Sucesión de hermanos gemelos; se atribuye a éstos un derecho hereditario preferente a los colaterales. La herencia se divide entre ellos, por capital. 2.—Sucesión de hermanos gemelos con sobrinos, hijo de hermanos de doble vínculo. En este caso los primeros suceden por cabezas y los segundos por estirpe o por derecho de representación en la porción que hubiera correspondido al hermano premuerto. 3.—Sucesión de sobrinos carnales solos. Como quiera que todos iguales ne grado, se reparten la herencia "in capita". 4.—Sucesión de hermanos consanguíneos y uterinos. En esta hipótesis, la sucesión es mixta: lineal en los bienes que preceden de la línea paterna o materna, respectivamente para los hermanos uterinos o consanguíneos; y por cabezas, entre los de igual calidad jurídica. 5.—Sucesión de otros colaterales. Faltando todos los herederos indicados viene a la herencia los demás colaterales, sucediendo, en la especie de cabezas.

**Cónyuges.**—La Ley llamaba al cónyuge supérтите después de los colaterales en décimo grado.

La sucesión intestada relativa al parentesco ilegítimo abrazaba las siguientes hipótesis:

a).—A los hijos naturales, les concedió el derecho de heredar en la sexta parte de los bienes de su padre, que debían de dividir con su madre, quien de esta suerte podía resultar más favorecida que la mujer legítima.

b).—Los hijos espurios, con apoyo con la Ley 10a., del Título, sólo le concede el derecho para heredar a la madre; en ningún caso al padre.

c).—Los ascendientes, la madre siendo de "justas nuptias" sucedía en todos los bienes del hijo que no fuera incestuoso, sacrílego o de mujer "dueña de noble linaje o de honrado lugar".

d).—Colaterales.—En el caso de faltar descendientes y ascendientes se llama primero a los hermanos por parte de la madre o uterinos, con exclusión de los consanguíneos por parte del padre. En segundo término y a falta de hermanos uterinos, suceden los hermanos consanguíneos. En tercer lugar los demás colaterales uterinos, a condición de que se trate de parientes más propíncuos. Seguidamente los espurios los cuales suceden siempre que no sean de "dañado y punible ayuntamiento" y que preceden de parte de madre, no debiendo ser ésta de noble linaje; pues los parientes de parte del padre no tienen derecho a suceder.

Las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación.—El orden sucesorio de las Partidas no sufrió modificaciones, hasta la Ley Séptima de Toro (comprendida en la Novísima Recopilación) que impidió la concurrencia de los hermanos con los ascendientes. Así el estado de cosas, siguió su curso hasta la Novísima Recopilación cuya Ley Sexta del Título Vigésimo Segundo del Libro Décimo, vino al parecer a reformar las Partidas, limitando al cuarto grado al Derecho de los colaterales y dejando en tela de duda el de los cónyuges.

En relación con los antecesores de la sucesión de nuestras leyes, observaremos que en sus lineamientos generales continúa la tradición del Derecho Español, sin embargo presenta matices singulares en diversos aspectos.

El Código Civil de 1870.—La Sucesión legítima tenía lugar según lo manifiesta el artículo 3840 de dicho ordenamiento, "Cuando no hay testamento otorgado, el que se otorgó es nulo o perdió después su fuerza, aunque antes haya sido válido:

II.—Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes.

III.—Cuando falta la condición impuesta al heredero, o éste muere antes del testador, o repudia la herencia sin que haya substituto ni tenga lugar el derecho de acreecer.

IV.—Cuando el heredero instituido es incapaz de heredar.

Establecida así la Sucesión Legítima en el Código Civil de 1870, su exposición de motivos reconoce como grave y difícil la cuestión relativa al derecho

de que los hombres tienen de disponer de sus bienes por testamento y se inclina hacia la limitación de ese derecho como "natural, justa y conveniente, pues si no hubiera limitación, se daría mil veces el escandaloso espectáculo de que al paso de los hijos de un individuo germina en la miseria, un extraño disfrutará de la fortuna que había adquirido, no por motivos de justicia o de equidad, sino por causas tal vez dignas de castigo". Los legisladores de 1870 reconocieron sin embargo que era indispensable introducir importantes innovaciones, considerando que la cuestión principal era la relativa a los hijos ilegítimos que por las leyes españolas estaban condenados a sufrir la pena de un delito del que no eran autores y después de examinar los preceptos relativos de los Códigos Modernos, se adoptó el plan según el cual los ascendientes, los hijos legítimos, los naturales y los espurios tienen derecho hereditarios en partes escrupulosamente calculadas, "con el objeto de que en todo caso fueran preferidos los hijos legítimos, cuyos derechos son más sagrados y por lo consiguiente más dignos de la vigilancia de la Ley". En la misma exposición de motivos se explica cómo se rechazó la sucesión forzosa del cónyuge supérstite no obstante que "la mujer debe al marido no sólo la fortuna que disfruta, sino el nombre que la honra, el respeto que la ennoblece, la protección que la ampara y el placer inefable de la maternidad; así como el marido debe a la mujer, los goces de la vida doméstica, el encanto de su hogar, el alivio de sus dolencias, el consuelo de sus desgracias y los hijos que honran su nombre y perpetúan su memoria", "pues no puede negarse que hay mujeres y maridos que faltando a la fe jurada, no sólo amargan la vida de su consorte, sino que infaman su nombre y roban a la familia los bienes y la felicidad". Ante esta alternativa, la comisión legisladora dejó la decisión a la conciencia del testador, suprimiendo la herencia forzosa del cónyuge supérstite. Sólo en los casos en que no hubiera herederos forzosos el testador libre para dejar sus bienes a quien quisiera.

El Código Civil de 1884.—Este cuerpo legal, redujo casi en su totalidad las diferentes disposiciones, en sus aspectos fundamentales; estas reformas que afectan el sistema sucesorio del Código de 1870 estableció el sistema de la libre testamentación suprimiendo la institución de la legítima. Otra reforma de importancia fue la realizada con la relación a la sucesión del cónyuge. En el Código de 1870 se preveía la hipótesis de la concurrencia del cónyuge sin descendientes y ascendientes, caso en el cual se le reconocía el derecho de un hijo legítimo. Bajo el Código de 1884, se prevee ese mismo caso, sólo que con relación a los descendientes, y ello por la razón siguiente: EL sistema del Código de "70", concedía al cónyuge en concurrencia con descendientes o ascendientes el derecho de percibir la misma porción de un hijo legítimo pero como los hijos en concurrencia con ascendientes sólo dejan a éstos derechos de alimentos, resultaba que el cónyuge que concurría con ascendientes se llevaba la totalidad del caudal hereditario y los ascendientes sólo percibían alimentos. Esta disposición fue sustituida por la que ordena que se formen dos partes; una para el cónyuge y la otra para los ascendientes (19).

En nuestro Código Civil Vigente para el Distrito y Territorios Federales, la equipación entre hijos legítimos y naturales es total; por lo cual los herederos por sucesión legítima son aquellos que tienen derecho a recibir los bienes del causante por disposición de la Ley.

El Libro Tercero, Título Cuarto, Capítulo Primero de nuestra Ley en su artículo 1599 nos indica: "La Herencia Legítima se abre:

I.—Cuando no hay testamento o el que se otorgó es nulo o perdió su validez.

II.—Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes.

III.—Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero.

IV.—Cuando el tercero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto".

Asimismo el artículo 1600 indica, "Cuando siendo válido el testamento no deba subsistir la institución de heredero, subsistirán, sin embargo, las demás disposiciones hechas en él y la sucesión legítima sólo corresponderá los bienes que debían corresponder al heredero instituido". El artículo 1601 también nos da los lineamientos de la sucesión legítima al indicar. "Si el testador dispone legalmente sólo de una parte de sus bienes, el resto de ellos forma parte de la sucesión legítima".

El artículo 1602 señala quiénes son los herederos y cuál es el orden de heredar "Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I.—Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, y en ciertos casos la concubina".

II.—A falta de los anteriores la Beneficencia Pública.

Pero todo esto nos lleva a la inquietud de cómo se han de repartir los bienes del "de cuius" entre estos herederos legítimos por lo cual vemos cómo se lleva a cabo este reparto.

Los legisladores y los tratadistas utilizan la palabra partición, y, algunos, la de división, al ocuparse de la distribución o reparto de los bienes de la herencia entre los coherederos.

Josserand (20), nos indica la idea más general que puede darse de partición, al escribir, "que constituye un acto de clasificación, de asignación, tendiente a localizar los derechos de cuota; tiende a substituir el derecho a la parte alicuota, la mitad, del tercio, el décimo de determinado bien o de deter-

19. Araujo Valvidia Luis.—Obra Cit. Pág. 372 ss.

20. Josserand Luis.—Obra Cit. Pág. 285.

**minada universalidad; por un derecho exclusivo privativo, que recae sobre bienes determinados; antes de la partición las partes de los derechohabientes se traducen en una fracción numérica, después de dicho acto, se materializan en objetos determinados, asignados previamente a los diversos copartícipes; hay, a la vez materialización y localización de los derechos”.**

La partición de la herencia en su sentido amplio, comprende todas las operaciones a que da lugar la sucesión de una persona, definiéndose como el conjunto de operaciones hechas sobre ciertas bases, que se denominan supuestos de hecho y de derecho, y mediante las cuales después de determinar el activo y el pasivo del caudal hereditario se fija el haber de cada partícipe, se le adjudica a cada uno la cantidad suficiente para el pago del mismo; y en su sentido estricto dicha partición se define como el conjunto de operaciones, por medio de las que se pone término a la indivisión de una sucesión, distribuyendo el caudal relicto entre los coherederos, adjudicándoseles la parte que les corresponda.

Roca Sastre (21), define la partición como “aquel acto jurídico, unilateral o plurilateral, necesario e irrevocable, de naturaleza declarativa, compuesto de un conjunto ordenado de operaciones verificadas sobre ciertas bases o supuestos de hecho y de derecho y en el cual, después de determinarse el activo y el pasivo de la masa hereditaria y proceder a su avalúo y liquidación, se fija el haber de cada partícipe, se divide la cantidad partible y se adjudica cada lote de bienes formado a cada heredero respectivo, provocando la transformación de las particiones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados (dominio o propiedad exclusiva u ordinaria)”.

Así el artículo 1607 nos refiere “Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales”. El artículo 1608 nos indica “Cuando concurren descendientes con el cónyuge que sobreviva, a éste le corresponderá la porción de un hijo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1624”, asimismo el artículo 1610 establece “Si sólo quedaran descendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá por estirpes, y si en algunas de éstas hubiere varios herederos, la porción que ha ella corresponda se dividirá por partes iguales”. El 1611 concurren hijos con ascendientes, éstos sólo tendrán derecho a alimentos, que en ningún caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos”. El 1613 “Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado, los primeros tendrán sólo derecho a alimentos”.

**La Herencia de los Hijos Naturales.**—El maestro Rojina Villegas (22) nos indica que en México generalmente, para ciertas clases sociales, se presetan

21. Cit. Pina Rafael de.—Obra Cit. Pág. 303.

22. Rojina Villegas-Rafael.—Obra Cit. Pág. 435 ss.

muy a menudo, los casos de hijos naturales que pretenden exigir, concurriendo con los legítimos, o sin concurrir con ellos, determinada porción hereditaria.

El sistema observado por el Código Civil Vigente respecto a la herencia de los hijos y descendientes en general, derogando expresamente las distinciones que los códigos anteriores se reconocieron entre hijos naturales y espurios, nos demuestra que el legislador de 1928 ha equiparado la situación de los hijos naturales con la de los legítimos; pero siempre y cuando se demuestre plenamente la filiación en los términos del artículo 360, respecto del padre y de la madre. Es decir para el padre la filiación se prueba con el reconocimiento o por sentencia que declare la paternidad; y para la madre por el mero hecho del nacimiento.

Además de este sistema general del Código, que favorece los derechos de los hijos naturales, comprobada su filiación; otras disposiciones nos vienen a ratificar la intención del legislador; en el artículo 1607 en que simplemente se habla de la herencia de los hijos; en la que todos adquieren por partes iguales, sin hacer distinción entre naturales y legítimos.

En el artículo 1608 se habla de la sucesión de los descendientes que heredan por cabezas o por estirpes, según lo hemos indicado, sin hacer tampoco distinción entre descendientes legítimos y naturales.

Además, un artículo consagrado especialmente para la herencia de la concubina, de sus hijos, que necesariamente son naturales, de la posible concurrencia de los hijos de la concubina con los que el autor de la herencia hubiere tenido con otra mujer, nos demuestra que también el legislador de 1928 ha reconocido el derecho de heredar de los hijos naturales y sin reducir la porción hereditaria, aún cuando concurren los hijos legítimos.

En la fracción segunda del artículo 1635 se admite la posibilidad de que el hijo natural de la concubina pueda concurrir con otros ascendientes del autor de la herencia; es decir, con hijos y descendientes de ulterior grado que sean legítimos.

En la fracción tercera del mismo precepto se acepta la hipótesis de que los hijos naturales de la concubina concurren con otros hijos naturales del autor de la herencia habidos con diversa mujer.

Sin embargo, este mismo sistema del Código Civil no autoriza aceptar lisa y llanamente la herencia de los hijos naturales si no cumple, como ya se indicó, con el requisito previo de acreditar la filiación.

## CONCLUSIONES

### PRIMERA

La familia es la unidad básica y moral para la formación y educación de los hijos; el constante trato entre los padres y los hijos da a la familia la homogeneidad necesaria para la formación de la personalidad de los hijos.

### SEGUNDA

Los hijos necesitan tener a sus padres unidos, ya que el sano desenvolvimiento de ellos reclama la doble influencia del padre y de la madre.

### TERCERA

La familia y el matrimonio son instituciones de una gran importancia. Hay que protegerlas, conservarlas y oponerse a que sean lesionadas por los vicios, la prostitución y la delincuencia. Esta protección debe ser hecha por el Derecho.

### CUARTA

El matrimonio es la base legítima de la familia, pero ésta no necesita indispensablemente del matrimonio para su existencia. Existen familias en las cuales los progenitores no están unidos por el vínculo legal y sin embargo cumplen los fines del matrimonio mejor que muchas familias establecidas legalmente; tal es el caso del concubinato.

### QUINTA

El concubinato debe ser protegido, tal como lo establecía el artículo 70 del derogado Código Civil del Estado de Tamaulipas.

### SEXTA

La filiación es el hecho jurídico de la generación, en razón de la concepción y del nacimiento. Su fuente más deseable y más segura es la institución del matrimonio.

#### **SEPTIMA**

El reconocimiento por parte de los progenitores es el hecho generador de la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Como el sistema jurídico mexicano ha equiparado a los hijos naturales y a los legítimos, el que reconoce tiene los mismos derechos y obligaciones que la ley impone respecto a los padres de los hijos de matrimonio.

#### **OCTAVA**

Tanto la investigación de la paternidad como de la maternidad deben ser permitidas en todo tiempo cuando los padres fallecen en la menor edad de los hijos, y no como limitativamente lo indica la ley, hasta cuatro años después de la mayor edad.

#### **NOVENA**

En la sucesión testamentaria los derechos que tienen los hijos nacidos fuera de matrimonio se circunscriben a los alimentos, si el testador no los favoreció en su testamento, teniendo el acreedor alimentario que probar su derecho como lo indica el artículo 360 del Código Civil.

#### **DECIMA**

En la sucesión intestada los derechos de los hijos nacidos fuera de matrimonio, son iguales a los que corresponden a los hijos de matrimonio, teniendo, igualmente, que probar su derecho conforme a lo indicado en la anterior conclusión.

## OBRAS CONSULTADAS

- ARREDONDO MUNOZLEDO AGUSTIN. "Introducción a las Ciencias Sociales". Vista Panorámica de la evolución física, social y cultural del hombre. Ed. 4a., Edición Privada, 1966.
- ARAUJO VALDIVIA LUIS. "Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones". Ed. Cajica, Primera Edición, Puebla, Méx.
- BINDER JULIUS. "Derecho de Sucesiones". Ed. Labor. Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo. 1953.
- CABANELLAS GUILLERMO. "Diccionario de Derecho Usual". Buenos Aires, 1954.
- CASTAN TOBEÑAS JOSE. "Derecho Civil y Floral". Ed. Reus, Madrid, 1939.
- CASO ANTONIO. "Sociología". Ed. Limusa Wiley, S. A. Ed 1969, México, D. F.
- CICU ANTONIO. "El Derecho de Familia", traducción de Santiago Sentis Melendo. Ed. Diana, S. A. Buenos Aires.
- D'AGUANNO JOSE. "Génesis y Evolución del Derecho". Ed. Impulso. Buenos Aires, 1943.
- DE PINA RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano". Tomo I. Revisada y actualizada Ed. Porrúa, S. A. 3a. Ed. México, D. F., 1966.
- DE PINA RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Bienes y Sucesiones. ILUSTRADO. Porvenza, Barcelona, España, 1962.
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO. Editorila Ramón Sopena, S. A. por Lic. De Pina Vera Rafael.
- DICCIONARIO. "Pequeño Larousse Ilustrado". Ed. Larousse, Buenos Aires, Argentina, 1969.
- ENGELS FEDERIK. "El Origen de la Familia, la Propiedad y el Estado". Ed. Progreso, Moscú, U.R.S.S. 4a. Ed. 1891.
- FERNANDEZ DE CLERIGO LUIS. "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada". Ed. UTEHA, 1947, México, D. F.
- FLORES BARRUETA BENJAMIN. "Derecho Civil Primer Curso". Ed. Privada de U. Iberoamericana. México, D. F., 1960.
- GARCIA MAYNES EDUARDO. "Introducción al Estudio del Derecho". Ed. Porrúa, S. A. México, D. F., 1960.
- HELLER HERMANN. "Teoría del Estado". Ed. Fondo de Cultura Económico. 5a. Ed. México, D. F., 1963.
- JOSSERAND LUIS. "Derecho Civil". Traducción de Santiago Cuchinchilla y Manterola. Buenos Aires, Argentina, 1961.

- LECLERCQ JACQUES.** "La Familia". Según el Derecho Natural. Ed. Herder, Barcelona, 1964.
- LEWIS H. MORGAN.** "La Sociedad Primitiva". Ed. Ayuso. Madrid, España. Versión corregido en Ediciones Pavlov, México, D. F. Madrid, 1970
- LOPEZ ROSADO FELIPE.** "Introducción a la Sociología". Ed. Porrúa, S. A. 19. Ed. 1970.
- LLOVERA JOSE MARIA.** "Tratado de Sociología". Ed. Edinal, S. de R. L. México, D. F., 1963.
- MENDIETA Y NUÑEZ.** "El Derecho Social". Ed. Porrúa, S. A. 1967.
- ORTIZ-URQUIDI RAUL.** "Matrimonio por Comportamiento". Tesis Doctoral, México, 1965.
- PALLARES EDUARDO.** "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Ed. Porrúa, S. A., 1966.
- PETIT EUGENE.** "Tratado Elemental de Derecho Romano". Ed. Edinal, S. de R. L. Traducción de a 9a. edición Francesa por José Fernández González. México, D. F., 1963.
- POVINA ALFREDO.** "Sociología". Ed. Assandri, Córdoba, Argentina, 1961, 4a. edición.
- RECASENS SICHES LUIS.** "Sociología". Ed. Porrúa, S. A. México, D. F. 6a. Ed. 1964.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.** "Compendio de Derecho Civil". Tomo I. Introducción, Personas y Familia. Ed. Antigua Librería Robredo. 4a. Ed. México, D. F., 1968.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.** "Compendio de Derecho Civil". Tomo II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. Ed. Antigua Librería Robredo. 2a. Ed. México, D. F., 1966.
- RUGGIERO ROBERTO.** "Instituciones de Derecho Civil". Traducción. Ramón Serrano y José Santacruz Tejeiro. Ed. Assandri, Argentina.
- VALVERDE Y VALVERDE CALIXTO.** "Tratado de Derecho Civil Español". Barcelona, 1964, 3a. Ed. Tomo IV.
- NUEVO CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.** Ediciones Andrade, S. A. México, 1964.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.** Ediciones Andrade, S. A. México, 1964.
- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.** Ediciones Andrade, S. A. Segunda Edición. México, 1964.
- CODIGO CIVIL DE 1884.**
- CODIGO CIVIL DE 1870.**