

431  
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



PRINCIPALES INSTITUCIONES DE DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO TENDIENTES A  
REGULAR EL VINCULO JURIDICO  
PATERNO - FILIAL

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
JOSE ALFREDO JIMENEZ MENDOZA

FALLA DE ORIGEN





Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO I. ANTECEDENTES	3
I. Antecedentes histórico-legislativo de la relación paterno-filial en México	3
a. Epoca Prehispánica	3
b. Epoca Colonial	8
c. La relación paterno-filial en el Derecho Positivo Mexicano vigente	20
I. Acción de desconocimiento de la paternidad	24
II. Pruebas de filiación matrimonial	28
III. Quiénes pueden ejercer la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio	30
IV. La filiación extramatrimonial en el derecho civil vigente	32
V. Regulación del concubinato en el derecho civil mexicano	35
II. Antecedentes de la filiación en la legislación comparada	39
a. En el Continente Americano	40
b. En el Continente Europeo	48
c. En el Continente Asiático	52

<b>CAPITULO II. FILIACION</b>	<b>54</b>
Instituciones Reguladoras del Vínculo Paterno Filial Adoptadas por el Derecho Internacional Privado	54
1. Naturaleza Jurídica	54
2. Conceptos de Filiación	55
3. Clases de Filiación	57
4. Evolución Histórica	58
5. Aplicación de las Normas Conflictuales en la Relación Paterno-Filial	67
a. La filiación en su aspecto general	67
b. Diversos criterios para resolver el conflicto sobre la distinta nacionalidad respecto del padre y del hijo	68
c. La filiación legítima	71
d. La filiación ilegítima	73
e. El reconocimiento de los hijos naturales	75
f. Legitimación	82
g. Investigación de la paternidad	85
6. Análisis de la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre el Domicilio de las Personas Físicas en las Reformas al Código Civil vigente para el Distrito Federal	89
<b>CAPITULO III. LA ADOPCION</b>	<b>98</b>
1. Naturaleza Jurídica de la Adopción	98
2. Referencia Histórica de la Adopción	103
3. Condiciones que rigen la Adopción	108

a.	La capacidad	108
b.	Requisitos sustanciales y formales	113
	I. La edad del adoptante	114
	II. Edad del adoptado	114
	III. El consentimiento	118
	IV. Reputación del adoptante	122
c.	Efectos de la adopción	124
	1. Administración de los bienes del adoptado	128
	2. Apellido del adoptado	129
	3. Impedimentos maritales	130
	4. Obligación alimentaria	132
	5. Efectos de la adopción en el derecho sucesorio	133
	6. Extinción de la adopción	134
4.	Diversas clases de adopción reconocidas por el Derecho Internacional Privado	136
5.	Normas conflictuales en materia de Adopción de Menores	139
6.	Análisis de la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Adopción de Menores (CIDIP III)	145

#### CAPITULO IV. LA PATRIA POTESTAD 156

1.	Etimología y Conceptos	156
2.	Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad	159
3.	Caracteres de la Patria Potestad	162
4.	Efectos de la Patria Potestad	164
5.	Deber de Manutención	166

<b>6. Efectos de la Patria Potestad relativamente a los bienes</b>	<b>169</b>
<b>7. Relación Filial entre Madre e Hijo</b>	<b>174</b>
<b>8. Extinción del poder paterno</b>	<b>176</b>

<b>CONCLUSIONES</b>	<b>179</b>
---------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>184</b>
---------------------	------------

## INTRODUCCION

Contemplando la necesidad de crear un derecho unificador, que agrupara a la mayor parte de naciones interesadas en codificar el vínculo paterno-filial, producto de relaciones familiares que se dan dentro del matrimonio, como las que se presentan irregularmente, se daría respuesta a la problemática que se origina por la diversidad de leyes orientadas a regular el campo paterno-filial.

Motivado en esta preocupación, pretendo llevar a cabo un estudio de aquellas instituciones que incorporan la situación que guardan las relaciones padre-hijo, sin tomar en cuenta si éstas surgen dentro o fuera del matrimonio. Pues uno de los propósitos de este trabajo es el de analizar la postura en que se encuentran los hijos con respecto a sus progenitores.

Razón por la cual abordo la situación que se presenta en los diferentes tipos de relación paterno-filial, esto es, las relaciones que surgen dentro del matrimonio, como las que se plantean en uniones extramatrimoniales con la finalidad de establecer el vínculo jurídico entre el hijo y sus padres, determinando las obligaciones que de tal vínculo se derivan.

Otro de los motivos que me condujeron a la elaboración de este trabajo, consiste en la inquietud por esclarecer como a través del surgimiento de la relación paterno-filial, se des-

prende la casuística para adquirir la nacionalidad mexicana, teniendo en cuenta la variedad de legislaciones que cuentan con un sistema diferente al nuestro.

Sin embargo, el motivo fundamental consiste en que a partir del hecho biológico de la procreación el individuo adquiere una nueva nacionalidad; para lo cual no sólo se toma en cuenta la nacionalidad de sus padres, sino la del lugar en que éste nace o es concebido.

Así es que el campo de aplicación del Derecho Internacional Privado puede ser muy amplio pero unificador de legislaciones, si se cuenta con el apoyo de las naciones y seguir legislando en la materia, de modo que se pueda romper con la barrera entre frontera y frontera, que dificulta en gran medida la aplicación de las normas del Derecho Internacional Privado.

Por consiguiente, en cada capítulo he dedicado un espacio al conflicto de leyes que se presenta en el vínculo jurídico paterno-filial; que como ya veremos; legislaciones como doctrinas, ofrecen diferentes vías de solución.

De esta forma, pretendo acercarme a las principales instituciones de Derecho Internacional Privado para encontrar respuesta a la necesidad de encauzar el vínculo jurídico paterno-filial en este intento de investigación dirigido a la comunidad internacional interesada por encontrar vías de solución a las normas conflictuales.

# CAPITULO I

## ANTECEDENTES

### I. ANTECEDENTES HISTORICO-LEGISLATIVO DE LA RELACION PATERNO-FILIAL EN MEXICO

#### a. EPOCA PREHISPANICA

Las relaciones familiares fueron muy estrechas en la mayoría de los pueblos del México antiguo. Ciertas tribus aztecas estaban organizadas en clanes exógamos de filiación patrilineal.<sup>(1)</sup> Así tenemos que en los cuadros genealógicos el origen de la familia ocupa el punto más elevado, y de él se desprenden, ya en línea recta, ya en transversal, las personas que forman la descendencia, ligándose a sus parientes inmediatos por líneas que marcan el camino de la familia. Es decir, se parte de un individuo a sus descendientes, de modo que el parentesco por consaguineidad es completo en la línea ascendente y descendente.

Además de los nexos familiares, existían las vinculaciones del clan en el seno de la tribu de menor importancia que

<sup>1</sup> Familia 2000, *Historia de la familia*, ed. Everest, España, 1973, T. 12, pág. 91.

el consanguíneo, como lo es el parentesco especial que engendra el compadrazgo. <sup>(2)</sup>

Así es que la familia que conformaba esta sociedad no só lo la integraba la natural y propia tribu, sino la familia por afinidad.

En esta época, la familia se constituía por el matrimonio, empero, se contemplaba la poligamia en algunos casos; para otros la poligamia era consentida siempre que el marido cultivase un campo para cada mujer que tuviera; para otros grupos que destacaban en la guerra se les permitía tener las mujeres que pudiesen sustentar. De modo que la base de la poligamia fue considerada como la posibilidad del hombre de proporcionar los recursos suficientes para sostener a sus mujeres e hijos.

También fue apreciada como un premio de las hazañas guerreras, de donde se deduce que el pueblo no practicaba la poligamia, ya que la mayoría de los hombres se dedicaban al trabajo de la tierra, conformando una entidad económica.

Puede decirse entonces que la poligamia sólo era practicada por los guerreros distinguidos, señores principales y especialmente los monarcas quienes contaban con varias mujeres.

<sup>2</sup>Enciclopedia de México, Tomo V, Compañía Editora de Enciclopedias de México, S. A. de C. V., SEP., México, 1987, pág. 2618.

Como consecuencia de la poligamia se presenta la cuestion de la legitimidad de los hijos, que se presentó de la siguiente forma: el hecho de que la poligamia fuera permitida, dió como resultado que los hijos de todas las mujeres fuesen legítimos; lo que no ocurría con los que ejercían ciertas dignidades, quienes tenían que escoger y designar una esposa para tener en ella los sucesores de su puesto, y estos hijos eran considerados como legítimos, no así los hijos de las demás mujeres quienes no tenían esta calidad.

Ahora bien, el matrimonio entre parientes era fuertemente castigado; pues las uniones entre ascendientes y descendientes; hermanos, suegros y yernos, se encontraban prohibidas bajo la pena de muerte. De la misma forma, se estima que por los grados de parentesco que se observaban, no se reconocía el matrimonio con la madre de la suegra, cuñados, tíos, primos y sobrinos primeros. Lo que se pretendía con esta legitimación al matrimonio era la de cuidar la honestidad pública y de que no se deformara la raza por uniones dentro de la misma familia.

El matrimonio que era considerado como obligatorio coincidía con la edad de veinte años, edad en que salían los hijos de la potestad del padre y se consideraban mayores. Cuando los hijos eran huérfanos se encontraban bajo el cuidado de algún pariente, lo que hace suponer la tutela legítima de la ma-

dre, los abuelos y los tíos próximos.

Así tenemos que la patria potestad sólo residía en el padre y era absoluta durante la minoría de edad del hijo. También se observaba que los hijos de los antiguos mexicanos gozaban de cuidados especiales para ser criados. Por tal motivo había en los templos, casa particular de niños, como escuela o pupilage, en donde los padres llevaban voluntariamente a sus hijos para que fueran instruidos en el ejercicio de la guerra, así como para el canto y la danza.<sup>(3)</sup>

Sin embargo podía darse el caso de que si un padre se daba por esclavo, lo hacía con toda su descendencia. Además si un padre tenía varios hijos y uno de ellos era incorregible, con licencia judicial podía venderlo. La venta de esclavos era autorizada por cuatro ancianos testigos por cada parte, quienes fijaban el precio y las condiciones de la venta.

Por lo que hace al derecho hereditario, no comprendía mayor complejidad, pues se carecía de testamento debido a la falta de escritura; no obstante existían disposiciones de última voluntad ante los herederos o testigos.

La mayoría de los autores coinciden en que la última volun

<sup>3</sup> León Portilla, Miguel, *De Teotihuacán a los aztecas*, 2a. ed., UNAM, 1983, pp. 192-193.

tad tuvo que ser discrecional, tomando en cuenta los derechos naturales del principio de la familia. También se afirma que en la sucesión intestamentaria tuvieron que seguirse las reglas de igualdad entre los hijos que daba la constitución de la familia. (4)

A pesar de estos principios que alimentan la igualdad en la familia, no faltan opiniones opuestas al respecto, negando el derecho hereditario de la mujer y sólo lo concede al hijo mayor. Otros sostienen que las hijas no heredaban, sino era por vía de piedad o voluntad de los hermanos; esto es que si todas las descendientes eran mujeres, heredaban los hermanos del difunto, y si éstos eran menores, se entregaban los bienes a un tutor escogido entre los deudos más cercanos, el cual daba a la madre lo suficiente para criarlos. (5)

Sujetándonos a esta reflexión, estimamos que las hijas no heredaban el señorío o el cargo que ocupaba el monarca por razones de interés público, pues como se señala, el yerno podía desmembrar el Estado, una vez sucediendo el trono algunas de las hijas.

<sup>4</sup>Chavero, Alfredo D., *México a Través de los Siglos*, ed. Cumbre, S. A., México, 1953, pp. 657-658, tomo I.

<sup>5</sup>Enciclopedia de México, *op. cit.*, pág. 2618.

Por el contrario, si se dejaban a las hijas bienes suficientes para su sustento, por lo que podemos advertir que los bienes se repartían entre los hijos sin distinción de sexo.

Para el caso en que no fuera posible la repartición de la hacienda o que quedaban hijos menores que no podían manejar la parte que les correspondía, se señala que el hijo mayor entraba en posesión de los bienes hereditarios y tenía cuidado de sus hermanos y hermanas, y a medida que los hermanos crecían o se casaban, el hermano mayor distribuía con ellos según tenía; pero si ninguno de los hijos era casado, tomaban posesión de la herencia los hermanos del difunto y de ella mantenía a sus sobrinos.

Como podemos apreciar, el derecho hereditario se encontraba íntegramente constituido, además de que ya se contaba con la tutela legal de la figura del albacea; instituciones que permiten hablar de un derecho civil característico de una sociedad organizada.

No obstante esta situación no permaneció estable sino hasta la llegada de los españoles, quien prohicieron una nueva legislación que se desenvuelve precisamente en la época colonial, que a continuación analizaré.

## b. EPOCA COLONIAL

En los albores de este periodo, las relaciones familiares

indígenas que se encontraban integradas por reglas de carácter religioso y consuetudinario, se vieron alteradas con la presencia de instituciones civiles del derecho español.

En virtud de esta situación, surgieron una serie de conflictos que no fueron tolerados ni por las autoridades civiles ni por la Iglesia; como lo fue la existencia de uniones polígamas, de modo que legitimaron a la primera mujer con quien se hubiese consumado la unión; pero los indígenas, con el propósito de quedarse con la elegida, simulaban no recordar la primacia, en cuyo caso la decisión pasaba a los ancianos del pueblo.

Así pues, este matrimonio quedaba legitimado y en cuanto a las demás mujeres, éstas sólo recibían la ayuda del hombre para que atendieran sus propias necesidades como las de sus hijos.

En cuanto a las pruebas de filiación, la ley colonial señalaba que los hijos de mujeres indígenas casadas, debían tenerse por hijos de su marido, sin que se admitieren pruebas contrarias sobre ello.

Como podemos apreciar, el derecho español peninsular, como se le ha llamado, alcanzó plena vigencia en los principales territorios de Mesoamérica. Sin embargo, hay que distinguir las fuentes correspondientes a este período. Hacia un lado,

este derecho se encuentra integrado por aquellas normas indígenas que no contrariaban los intereses de la Corona o las directrices de la Iglesia, y por otro lado, el derecho español que estuvo vigente en la Nueva España, contenido, principalmente, en la "Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias", de 1680.

La anterior Recopilación se encuentra inspirada en las leyes del Toro de 1505 que contienen innovaciones en relación con el derecho de familia y el sucesorio. Estas leyes, a su vez, se basan en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348 que jerarquiza las fuentes del derecho español medieval, en la forma siguiente: Primero, debía aplicarse este ordenamiento mismo, luego, los fueros locales, es decir, los Fueros Municipales y el Fuero Real y, finalmente, Las Siete Partidas, en silencio de las demás fuentes.

Sin embargo, se señala que en caso de controversias, surtidas en La Nueva España posteriormente a 1567, a pesar del texto de la Recopilación de Leyes de Indias, se ha recurrido a la Nueva Recopilación de 1567 e inclusive a la Novísima Recopilación de 1805.

Este derecho español se expandió en las posesiones de la Corona Española, como derecho supletorio de las normas especiales, expedidas por el imperio español para estas posesiones y en conveniencia con otras normas, expedidas por autoridades es

tablecidas en otras posesiones, como por ejemplo la Nueva España.

En virtud a tales circunstancias, el derecho indiano aporta sus propias disposiciones, como una mayor flexibilidad para obtener dispensa respecto de los numerosos impedimentos matrimoniales, una suavización en beneficio de negros y mulatos a la exigencia de contar con la autorización del padre para contraer matrimonio, una presión legal para que los solteros se casen, cierta presión para que negros se casen con negras, reglas especiales para la transformación de los matrimonios de indígenas, existentes previamente a su cristianización, en válidos matrimonios cristianos, por cuanto existía el problema de los matrimonios poligámicos, incestuosos, y otros.

Otra de las disposiciones aportadas por el derecho indiano, es el control por parte del Consejo de Indias sobre las legitimaciones autorizadas en Nueva España y normas para preservar la integridad de la familia indígena. La disposición fue en el sentido de que la esposa no trabajase en la hacienda de algún colono si el marido no trabajaba ahí mismo, pues con ello se evitaba la separación de los cónyuges.

En relación con las fuentes citadas, la que tiene mayor importancia es el Libro de las Siete Partidas, de Alfonso X, el Sabio, sobre todo en materia civil, dada la circunstancia de que en México estuvieron vigentes hasta la promulgación

del Código Civil de 1870.

Por consiguiente, habremos de analizar la Partida Cuarta con mayor detenimiento. En cuanto a este Ordenamiento, advertiremos la distinción que existía en cuanto a los hijos.

La Partida Cuarta, en el Título XV, dice:

"De los fijos que non son legitimos:

*Fijos han a las vegadas los omnes que non son legitimos, porque non nacen de casamiento segund ley, e como quier que Santa Eglefia non tenga, nin aya por fijos derechuros a tales como estos; pero pues que acaesce que los omnes los fazen, ya que en el Titulo antes de este hablamos de las barraganas, queremos dezir en este, de los fijos que nacen de ellas. E mostrar primeramente, que quier dezir fijos non legitimos. E por quales razones son atales. E quantas maneras an deellos. E que daño viene a los fijos por non ser legitimos. E como se pueden legitimar. E que bien, e pro hazen a los fijos, por ser legitimos". (6)*

La primera apreciación que se desprende del anterior pre-

<sup>6</sup> Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia*, 2a. ed., Ed. Porrúa, S. A., México, 1985, pág. 286.

cepto de la Cuarta Partida, es en cuanto a la diferencia de los hijos legítimos y naturales. Los primeros son los que nacen de padre y de madre que son casados de acuerdo a la Iglesia; en tanto que a los segundos se les considera naturales porque no nacen de casamiento de acuerdo a la ley. Además de esta denominación, los hijos naturales se subclasifican, a saber:

- a. En simplemente naturales, los que nacen de mujer soltera (barragana), a quien el hombre tiene como su compañera, pudiendo vivir con ella;
- b. En notos o espúrios a los hijos adulterinos;
- c. En mánceres a los hijos de prostitutas;
- d. En nefarios a los incestuosos habidos entre ascendientes y descendientes;
- e. En forcerinos a los hijos adulterinos y sacrílegos.

En cuanto a la calificación de bastardos, hay diferentes acepciones; pero por lo general se designa con ella a todos los hijos ilegítimos y de un modo especial a los habidos entre personas que no podían contraer matrimonio entre sí al tiempo de la concepción y del nacimiento.

Conforme a la clasificación de las Partidas, a excepción de los hijos naturales, los demás hijos de uniones irregulares quedaban comprendidos dentro del marco de los ilegítimos, los

cuales no podían tener honores ni dignidades y si las llegaban a conseguir, una vez descubierto su origen, las perdía. Tampoco tenían derecho a heredar de sus padres como de ninguno de sus demás parientes.<sup>(7)</sup>

Además de las anteriores disposiciones que hemos venido comentando, del derecho español vigente en México colonial y en los primeros años de vida de México independiente tuvieron vigencia dos cédulas; la del 19 de febrero de 1794 y de 7 de septiembre de 1803, que reglamentan la legitimación de los hijos expósitos.

Ya en este período, en México se estaba gestando su propio sistema legal; pues en cuanto a un derecho civil, se observaron los lineamientos de la Colonia, particularmente el contenido en las Partidas.

Pero no fue sino hasta 1862 en que se comenzaba a redactar, entre otros un Código Civil y después de varios intentos de codificación, el Código Civil entró en vigor el 1o. de marzo de 1870.<sup>(8)</sup>

Este fue el primer Código Civil para el Distrito Federal y

<sup>7</sup> Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, p. 286.

<sup>8</sup> De Pina, Rafael, *Elementos del Derecho Civil*, Vol. I, Ed. Porrúa, México, 1989, pág. 82.

territorios de la Baja California. En dicha legislación se establece que la legitimación únicamente se concede en favor de los hijos naturales y sólo por subsiguiente matrimonio; y el reconocimiento del hijo natural es necesario para la legitimación, misma que se fundamenta en la confesión de los padres.

Ahora bien, retomando la clasificación que contempla la Partida Cuarta sobre la situación de los hijos legítimos e ilegítimos, la rigidez que imperaba en el Código de 1870, impedía que existiera igualdad de prerrogativas entre los hijos propiamente naturales y los extramatrimoniales no naturales, ya que éstos aunque hayan sido previamente reconocidos (ocultando su calidad de incestuosos, adulterinos, etc.), perderán sus derechos adquiridos una vez declarada su calidad por sentencia.

Con respecto al derecho sucesorio, el Código de 1870 señaló que los ascendientes, los hijos legítimos, los naturales y los espúrios, tienen participación en el derecho hereditario.

Para evitar el problema de la concurrencia de las diversas calidades de hijos, se dio preferencia a los hijos legítimos, si sólo existían éstos, en cuyo caso debían recibir el total de la herencia o una parte alcuota, si concurrían otras clases. Pero los derechos siempre iban en orden descendiente, es decir, se daba prioridad a los derechos de los hijos legítimos, que se consideraban más respetables y mejor resguardados

por la ley.

Con la aparición de este Código, la investigación de la paternidad quedó prohibida, con la única salvedad de que el hijo fuera producto de los delitos de raptó y violación, o en el caso de hallarse el hijo en posesión de estado.<sup>(9)</sup>

Sin embargo, la vigencia de este Código no fue muy prolongada, ya que después de las reformas a que fue sometido a partir de 1883, el 10. de junio de 1884 era otra la reglamentación.

Este código de 1884 contempló una innovación en cuanto al reconocimiento de hijos, que el Código anterior no señalaba, pues se incluye dentro de la misma a los hijos espúrios.

En esta modificación se señala la forma en que podían ser identificados los hijos espúrios; es decir, se verificaba en el acta de nacimiento en la que se designaba el nombre de los progenitores, siguiendo los lineamientos del artículo 100 del Código Civil que se comenta, en el cual se señaló:

"La designación de los hijos espúrios se hará en el acta de nacimiento, y se tendrán por designados pa-

<sup>9</sup>"Se dice que una persona se halla en posesión de estado, cuando ostenta públicamente de una manera regular y constante, un estado civil (estado de hijo) que puede o no coincidir, con el que jurídicamente le pertenece". Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, sexta edición, Ed. Porrúa, México, 1983, pág. 317.

ra los efectos legales aquellos cuyo padre o cuya madre hayan hecho constar su nombre en la forma debida".

Con este Código se suplió la omisión del anterior que no señalaba en que forma podían identificarse como hijos los que tenían esa calidad, puesto que estaba prohibido reconocerlos, y en sus actas de nacimiento no podía figurar el nombre de su progenitor adúltero.

Por tal motivo, en el Código de 1884 se indicó que debía registrársele como hijos espúrios y que tendrían ciertas garantías, consistentes en heredar en vía legítima, pero todavía en condiciones de desventaja con respecto a los hijos legítimos y naturales.

Las anteriores legislaciones del siglo pasado enumeran de la misma forma los derechos de los hijos reconocidos. El artículo 356 del Código de 1884 estableció que:

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

- I. A llevar el apellido del que lo reconoce;
- II. A ser alimentado por éste;
- III. A percibir la porción hereditaria que le señale la ley en caso de intestado, y la pensión alimenticia que establece el artículo 3324".

Entre otras disposiciones, se estableció que los hijos espúrios podían designarse no sólo en el acta de nacimiento, sino ser reconocidos por testamento, conforme al artículo 361 del mismo ordenamiento.

Sin duda, la evolución que había alcanzado nuestra legislación civil hasta estos momentos era de gran importancia, pues ya contábamos con un auténtico sistema legal, pero todavía con deficiencias en el derecho privado que se manifestaban en condiciones de desventaja para los hijos extramatrimoniales.

Sin embargo, esta situación no perduró por mucho tiempo, ya que en el año de 1916 Carranza anunció al Congreso Constituyente que se iniciaran leyes para establecer la familia sobre bases más justas; por lo que al año siguiente se expidió la Ley de Relaciones Familiares.

Esta Ley presentó innovaciones considerables, como la de eliminar la calificación de los hijos espúrios y facilitar su reconocimiento y legitimación. otorgándoles el derecho para llevar el apellido de quien los reconoce, al tenor del siguiente artículo:

Art. 210. "El reconocimiento solamente se confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace".

Otro de los adelantos que se observan en esta ley, es la de haber concedido la acción de investigación de la paternidad no sólo para los casos de raptó y violación, que se establecía en la legislación anterior, sino también para otras circunstancias.

Sin embargo, los códigos del siglo pasado ignoraron totalmente la figura de la adopción; misma que surgió por primera vez en la Ley sobre Relaciones Familiares, en la que se estableció la adopción como un medio de hacer ingresar a la familia un hijo que no lo fuera biológicamente de los esposos, supliendo de esa forma las aspiraciones del matrimonio que no hubiese procreado.

Con los anteriores señalamientos, vemos que las legislaciones civiles, comprendidas en los Códigos de 1870 y 1884, así como en la Ley sobre Relaciones Familiares, los hijos habidos de dos personas unidas en razón de matrimonio eran considerados como legítimos; en tanto que se designaban como hijos naturales o ilegítimos a aquellos cuyo padre y madre no estaban casados.

En virtud de las disposiciones anteriormente referidas, nuestro Código Civil vigente aportó en gran medida mejores innovaciones a la relación paterno-filial, misma que requiere la vida social de nuestro país. Esta es la legislación de la cual nos ocuparemos a continuación.

c. LA RELACION PATERNO-FILIAL EN EL  
DERECHO POSITIVO MEXICANO VIGENTE

El sistema que adopta el Código Civil vigente en el Distrito Federal confirma la tesis de la igualdad ante la ley de los hijos legítimos y naturales, en cuanto a las siguientes consideraciones:

a. Los hijos nacidos fuera de matrimonio se colocan en igualdad de condiciones frente a los hijos nacidos de matrimonio, tanto para adquirir los derechos y obligaciones, respecto de sus progenitores como para formar parte de la familia de su padre y de su madre; y

b. Se extingue toda distinción en adulterinos, incestuosos, sacrílegos, etc., respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio.<sup>(10)</sup>

No obstante, la particularidad que se observa en nuestra legislación vigente, relacionada con los hijos nacidos fuera de matrimonio, es desde el punto de vista de la prueba de la filiación; pues en tanto que los hijos de matrimonio prueban su filiación con el acta de nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres. La filiación extramatrimonial solamente puede probarse, respecto de la madre, por el hecho del naci-

<sup>10</sup> Galindo-Garcías, Ignacio, *op. cit.*, pág. 621.

miento y respecto del padre por el reconocimiento o a través del juicio de investigación de la paternidad.<sup>(11)</sup>

Así pues, se tiene por hijos nacidos de matrimonio a aquellos cuyo padre y madre se encontraban casados en el momento de la concepción. De ahí partimos de que la regla para clasificar a los hijos, como hijos de matrimonio, depende de la fecha de nacimiento del hijo; pues se presume que es hijo de matrimonio, si fue concebido después de la celebración del mismo. Si durante el matrimonio, la mujer casada ha dado a luz, se presumen, igualmente hijos del marido, salvo prueba en contrario.

El artículo 324 del Código Civil establece que:

"Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio.

Este término se contará, en los casos de divorcio

<sup>11</sup> Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, pág. 621.

o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial. (12)

Partiendo de esta presunción, el hijo de matrimonio no tiene que probar quien es su padre, porque se presume que el embarazo de la madre se debe al marido, con quien ella se encontraba en la época de la concepción.

Consideramos que esta presunción no puede ser fácilmente destruida por los cónyuges. Al respecto el artículo 345 del mismo ordenamiento, determina que:

"No basta el dicho de la mujer para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio".

En este supuesto, el marido tendrá que probar que durante los ciento veinte primeros días, de los trescientos que precedieron al parto le ha sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer, según lo establece el artículo 325 del Código Civil, el cual preceptúa:

"Contra esta presunción no se admite otra prueba

<sup>12</sup>Código Civil, 56a. edición, ed. Porrúa, México, 1988, pág. 105.

que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al matrimonio".

Sólo en dos casos el marido podrá rendir esta prueba, a saber: cuando se trata de impotencia para la cópula debida a mutilación o deformación de los órganos sexuales y también cuando se encuentre físicamente alejado de su mujer, excepto que haya prueba de que los cónyuges se reunieron alguna vez, dentro del periodo de ciento veinte días, conforme al período referido en el artículo 325, anteriormente citado.

Ahora bien, son tres los casos en que el hijo nacido antes de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, se considera hijo de matrimonio, como son:

- a. Cuando se prueba que el marido antes del matrimonio tuvo conocimiento del embarazo de la mujer;
- b. Cuando el marido ha concurrido al levantamiento del acta y la ha firmado y ésta contiene su declaración de no saber firmar;
- c. Cuando el hijo que la esposa diere a luz antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, ha sido reconocido previamente por el esposo de la mujer.

Al respecto, es oportuno destacar que el reconocimiento puede tener lugar, antes o después de la celebración nupcial.

De esta forma vemos que conforme al artículo 328 del Código Civil, el marido no podrá negar la paternidad del hijo que nazca bajo alguna de estas circunstancias; sin embargo, la ley contempla el derecho del padre de desconocer su paternidad, conforme a los siguientes lineamientos.

#### I. Acción de Desconocimiento de la Paternidad

La acción de desconocimiento de la paternidad consiste en destruir la presunción de la paternidad del marido, respecto del hijo de su mujer en dos circunstancias diversas:

- a. Si nació antes de transcurridos 180 días contados a partir del día de la celebración del matrimonio;
- b. Si el hijo nació después de transcurridos 300 días contados a partir de la disolución del matrimonio;

Esta acción sólo puede ser ejercida por el marido, quien tiene este derecho durante la vigencia del matrimonio y excepcionalmente, el tutor del marido incapacitado, los herederos del esposo, tercero perjudicado como consecuencia de la muerte del marido.

En el caso de que el hijo habido por mujer casada, nazca

antes de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, o bien, de que nazca después de trescientos días en que terminó la vida en común de los cónyuges, bastará con negar que es padre del hijo, en cuestión, siempre que no se encuentre comprendido en alguna de las situaciones establecidas en el artículo 328 del Código Civil.

En cuanto al hijo que nace después de los trescientos días contados desde que los cónyuges dejaron de vivir juntos por nulidad de matrimonio o por divorcio, al marido bastará negar la paternidad; aún cuando la mujer, el hijo o el tutor de éste, puedan sostener que el marido es el padre, conforme al artículo 327 del Código Civil, que a la letra dice:

"El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre".

Cuando ha habido adulterio de la madre y el marido desconoce su posición como padre del hijo que ésta ha dado a luz, a él le corresponde demostrar que efectivamente no tuvo acceso con ella, durante los diez meses que precedieron al nacimiento, o bien que se le ocultó el alumbramiento, de acuerdo al artículo 326 del Código Civil, que dice:

"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 su esposa".

En cuanto al plazo que señala la ley para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad que corresponde al marido, el artículo 330 del Código Civil señala lo siguiente:

1. Si el padre se encuentra presente, es de sesenta días contados desde el nacimiento del hijo;
2. Si estuvo ausente, desde el día en que llegó al lugar;
3. Si se le ocultó el nacimiento del hijo al padre, desde el día en que descubrió el fraude.

Esta acción también podrá ser ejercida por el tutor del marido, si éste se encuentra bajo tutela por causa de interdicción o también cuando el cónyuge se encuentre incapacitado por causa de demencia, imbecilidad u otro motivo que lo prive de inteligencia; pero si el tutor no llega a ejercer la acción de desconocimiento, podrá hacerlo el mismo esposo, cuando haya salido de su incapacidad dentro del plazo de sesenta días, que

se le contará a partir del día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.

En el caso de que el marido muera sin haber recobrado su capacidad de ejercicio, serán los herederos los que puedan demandar el desconocimiento de la paternidad (Art. 332).

Si el marido, encontrándose en plena posesión de sus facultades, no intentó la acción de desconocimiento de la paternidad, en vida, los herederos no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio (Art. 333).

En virtud de que el hijo habido después de los trescientos días de la disolución del vínculo matrimonial, ya no es considerado como hijo de matrimonio, conforme al siguiente ordenamiento:

Artículo 329. "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación".

## II. Pruebas de Filiación Matrimonial

### a. Actas del Registro Civil

La filiación del hijo nacido de matrimonio, quedará probada con el acta de matrimonio de los padres, y con el acta de nacimiento del hijo (art. 340 del Código Civil). A falta de actas, la filiación de una persona se puede probar mediante la posesión de estado.<sup>(13)</sup>

Con las actas del Registro Civil se prueban dos hechos; que son el matrimonio de los padres y el de que una persona es hijo de ambos cónyuges. De ahí se desprende que la filiación de una persona sólo quedará probada legalmente por medio de las actas correspondientes, en la medida en que se demuestre que los datos que contienen esos documentos, se refieren a la persona cuya filiación se pretende establecer.

### b. Posesión de estado

La posesión de estado se define como el goce y ejercicio de un estado civil determinado,<sup>(14)</sup> al respecto, Galindo Garfias indica que al estado civil se le conoce también como estado de familia y dice que una persona se haya en posesión de estado, cuando ostenta públicamente de una manera regular y cons-

<sup>13</sup> Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, pág. 275.

<sup>14</sup> Fueyo Laneri, Fernando, *Derecho Civil*, citado por Galindo Garfias Ignacio, *op. cit.*, pág. 377.

tante, un estado civil (estado de hijo) que puede o no coincidir, con el que jurídicamente le pertenece.<sup>(15)</sup>

A mi parecer, el estado de hijo a que se refieren los autores anteriormente citados, origina una situación de hecho; pues quien carece del acta de nacimiento pero pretende establecer la filiación respecto de sus padres quienes le han dado el apellido y trato de hijo y de esa forma ha vivido pública y continuamente, hasta que haga valer en juicio esa prueba supletoria del acta y obtener por medio de una sentencia judicial, la declaración de que aquella situación de hecho, coincide con el estado de hijo.

Conforme al artículo 343 de nuestro Código Civil, son cuatro los elementos que configuran la posesión de estado:

1. El nombre. Si el hijo ha llevado el apellido del presunto padre, con anuencia de éste;
2. El trato. Si el padre lo ha tratado como hijo de matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;
3. La fama. Si ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad;

<sup>15</sup> Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, pág. 377.

4. Una diferencia de edad. Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

Ahora bien, en virtud de la posesión de estado que venimos comentando, la ley otorga al hijo y a otros interesados la acción de reclamación de estado de hijo, en los siguientes casos; cuando una persona nacida de matrimonio carece de las actas del Registro Civil que hacen prueba plena de su estado, o bien cuando la calidad de su filiación le sea disputada por terceros.

### III. Quienes Pueden Ejercer la Acción de Reclamación de Estado de Hijo de Matrimonio

Esta acción compete principalmente al hijo de matrimonio y a los descendientes de éste; pero la ley establece que también pueden ejercerla, en ciertos casos, los demás herederos del hijo, los acreedores, legatarios y donatarios del hijo, como veremos a continuación.

El artículo 347 del Código Civil determina que puede ser ejercida por el propio hijo de matrimonio, para reclamar su estado, así como por sus descendientes. En cuanto al término para ejercer esta acción, la ley señala que es imprescriptible.

En cuanto a los demás herederos del hijo, estos también podrán intentar la acción de reclamación de estado, cuando éste

haya muerto antes de cumplir veintidos años o cuando habiendo caído en demencia antes de esa edad, murió después en el mismo estado, conforme al artículo 348 del Código Civil.

En el siguiente párrafo nos podemos dar cuenta de cuál es el alcance de nuestra ley, al contemplar el principio del impulso procesal, para no dejar estancado ningún procedimiento.

Lo anterior con respecto a que la ley señala que los herederos podrán continuar la acción procesal que haya intentado el hijo de matrimonio, salvo que éste haya desistido formalmente de ella, o que sin haber desistimiento del actor, haya caducado el procedimiento judicial, o no hubiere promovido durante un año, contado desde la última diligencia.

Por lo que se refiere a los acreedores, legatarios y donatarios, la ley también les reconoce el derecho para que puedan ejercer la acción de reclamación de estado, en los mismos casos en que dicha acción interesa a los herederos, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles, de acuerdo al artículo 350 del mismo ordenamiento.

En cuanto al término para que los acreedores, legatarios, donatarios y herederos puedan ejercer la acción respectiva, el artículo 351 del Código Civil establece que dichas acciones prescriben a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo.

#### IV. La Filiación Extramatrimonial en el Derecho Civil Vigente

En cuanto a la filiación fuera de matrimonio, los códigos civiles del siglo pasado, mantuvieron la distinción respecto de los hijos ilegítimos, en naturales y espúrios; considerando naturales a los hijos habidos de padres que en el momento de la concepción no tenían impedimento para contraer matrimonio; en tanto que se denominaba espúrios o extramatrimoniales no naturales a todos los demás, es decir, a los mánceres, sacrílegos, adulterinos, etc.

Esta distinción, entre unos y otros, fue suprimida por la Ley sobre Relaciones Familiares, la cual ya no sostiene distingos entre unos y otros, esto es; se denomina ilegítimos a ambas especies.

Como lo he venido manifestando en párrafos anteriores, nuestra legislación civil vigente, en lo que se refiere a los efectos de la filiación, no distingue entre los hijos nacidos de matrimonio y los que nacen fuera de él; no obstante desde el punto de vista de la prueba de filiación, continua la distinción entre hijos nacidos dentro del matrimonio y aquellos habidos en uniones irregulares.

La igualdad que se advierte entre unos hijos y otros, en la actual legislación civil, se hace de manifiesto respecto de

los derechos y obligaciones que se derivan de la patria potestad, de los derechos en la participación de la herencia, de la obligación alimenticia de los padres hacia sus hijos, de los impedimentos para celebrar matrimonio, como del derecho de usar el apellido del padre.

Sin dejar de apreciar la igualdad de prerrogativas para los hijos, sin importar su condición, se fijan otras normas para probar la filiación de los hijos naturales.

Como lo hemos venido tratando, la filiación del hijo nacido dentro del matrimonio queda probada por el hecho del parto de la esposa, de donde se presume la paternidad del marido.

Situación que no se presenta con los hijos nacidos fuera de matrimonio, pues la filiación sólo queda establecida a través del reconocimiento voluntario que confirma el padre o bien por medio de declaración judicial que resuelva la paternidad o la maternidad.

En cuanto a la maternidad, el artículo 60 del Código Civil, dispone que la madre se encuentra obligada para que su nombre aparezca en el acta de nacimiento de su hijo; de modo que el reconocimiento es forzoso, en relación con la madre.

Sin embargo, la prueba de filiación natural conforme al código Civil, no se limita únicamente al reconocimiento voluntario de los padres; ya que el hijo puede en cualquier momento

ejercer la acción de investigación de la maternidad por el sólo hecho del nacimiento (art. 360 del Código Civil), además el artículo 385 del mismo ordenamiento faculta al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, salvo el caso en que no será permitido cuanto se tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada. No obstante, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal (art. 366 del Código Civil).

Por lo que toca a la investigación de la paternidad, ésta se condiciona a los casos que expresamente señala el artículo 382 del Código Civil, que a la letra dice:

Art. 382. "La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitido:

- I. En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
- II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;
- III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre".

La protección del hijo habido fuera de matrimonio se ve favorecida con la anterior regulación que no sólo limita, sino amplía los casos para el ejercicio de la investigación de la paternidad. Y con este punto dejamos por concluido el tema que nos venía ocupando, para pasar ahora al concubinato.

#### V. Regulación del Concubinato en el Derecho Civil Mexicano

El concubinato no fue tema del que se ocuparan en forma alguna los anteriores códigos del siglo pasado. No fue sino hasta el Código Civil de 1928 en que se le incluyó como una relación semejante al matrimonio, en el que tenían que reunirse circunstancias particulares para configurar al concubinato.

En el artículo 1635 del Código Civil vigente quedaron recogidas dichas condiciones, para reconocer a la vida en común de la pareja como concubinato. Motivo por el cual describiré textualmente el artículo citado, mismo que quedó de la siguiente manera:

Art. 1635. "La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cón yuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan te-

nido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobrevienen varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará".

Podemos resumir las circunstancias a que me refería anteriormente, en los siguientes puntos;

1. Que hayan tenido una convivencia permanente no menor de cinco años (si no han procreado entre sí);
2. Que hayan tenido hijos en el tiempo que estuvieron juntos sin importar su duración;
3. Que ambos no se encuentren sujetos a algún otro matrimonio;
4. Que no tengan otra relación permanente con persona distinta al concubino o concubina.

Por consiguiente, si se llegan a presentar alguna de estas circunstancias, podemos entender al concubinato como "la unión sexual de un sólo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fuera marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo

mo de cinco años".<sup>(16)</sup> Es oportuno señalar que este período de cinco años no es necesario para que pueda formalizarse el concubinato; pues puede ser menor si conciben a algún hijo, en el tiempo que han estado juntos.

Con este planteamiento, podemos decir que la pareja que permanece en tales condiciones ha integrado al concubinato, del cual se desprenden ciertas consecuencias jurídicas, tanto para las concubinas como para los hijos de éstos, como son:

1. La obligación recíproca de los cónyuges a otorgarse alimentos, si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635 (art. 302 del Código Civil).
2. El derecho a heredarse equitativamente, en la forma que determina el artículo 1635.

En el momento en que los hijos de concubinato quedan reconocidos por sus padres, el artículo 389 del Código Civil señala que:

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

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

<sup>16</sup> Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, pág. 165.

- II. A ser alimentados por las personas que lo reconozcan.
  - III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.
3. El principio de presunción de la paternidad con respecto a los hijos de concubinato, en atención al artículo siguiente:

Art. 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 en los que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina".

Además de las consecuencias jurídicas que han quedado señaladas con antelación, la fracción V del artículo 1368 del Código Civil vigente precisa el derecho a alimentos por causa de muerte a través del testamento inoficioso. Es decir que la obligación alimenticia de los cónyuges no termina con la muerte de alguno de ellos; sino que continua, como ha quedado establecido.

En suma, el tratamiento que nuestra legislación civil vi-

gente otorga al hijo habido de cualquier tipo de relación con nubial, en cuanto a los efectos, reúne los requisitos de una legislación justa, pues se van limando asperezas y se coloca en igualdad de condiciones a los hijos habidos de uniones matrimoniales y a aquellos que nacen fuera de él.

Después de haber hecho un análisis sobre la relación paterno-filial en nuestro sistema civil mexicano, pasemos ahora a distinguir cuáles son los principales antecedentes de la filiación en la legislación comparada.

## II. ANTECEDENTES DE LA FILIACION EN LA LEGISLACION COMPARADA

Las legislaciones modernas enfrentan un arduo problema al ocuparse de esta materia. Pero sobre todo en calificar a los hijos extramatrimoniales en una forma despectiva, colocándolos en ocasiones en situaciones de desventaja, frente a los hijos habidos de matrimonio, sin considerar la circunstancia natural o legal de su nacimiento. Pienso así, ya que como veremos más adelante, un número variado de legislaciones han regulado a la relación paterno-filial como un mero hecho jurídico carente de valorización humana. Pues bien, comencemos con algunas de las

legislaciones del continente americano. (17)

a. EN EL CONTINENTE AMERICANO

1. Argentina

La legislación civil argentina del año de 1954 sólo reconoce dos categorías de hijos, los matrimoniales y los extramatrimoniales. Los primeros son designados por el Código Civil argentino como legítimos, en tanto que a los segundos se les considera como ilegítimos, en cuya denominación se incluye a los naturales, adulterinos e incestuosos, sin hacer ninguna diferencia, no sólo en cuanto a su calificación sino tampoco a sus derechos que se derivan de la filiación. Por otra parte, la misma legislación permite, en todos los casos, la investigación de la paternidad y de la maternidad, excepto, en este último caso que se trate de imputar a una mujer casada un hijo fuera de matrimonio, y se hace extensivo a los padres de hijos extramatrimoniales el cúmulo de obligaciones inherentes a la patria potestad.

2. Bolivia

La Constitución boliviana de 1945, establece la absoluta

17. La secuencia de los países que he fijado no tiene otra justificación, más que la de llevar un orden alfabético.

igualdad ante la ley de los hijos legítimos e ilegítimos; es decir que al igual que la ley argentina, no hace distinciones en cuanto a éstos últimos, pues dentro de la denominación de hijos extramatrimoniales, se incluyen con iguales derechos a los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. En materia de asistencia, protección y en cuanto al derecho sucesorio, los derechos de los hijos extramatrimoniales son iguales a los de los legítimos.

### 3. Brasil

La Constitución brasileña de 1937 tuvo ampliamente en cuenta la protección de los hijos naturales, y estableció que se facilitaría su reconocimiento, asegurándoles la igualdad con los legítimos. Posteriormente, en respuesta al criterio sostenido por la Constitución, se creó la Comisión Nacional de Protección a la Familia, destinada a proteger, especialmente, la familia ilegítima.

Con la Constitución de 1946, no hubo grandes cambios en materia de filiación por lo que se mantuvo casi sin variaciones al respecto.

En cuanto al reconocimiento, la ley de octubre de 1949, dispuso que el hijo habido por el cónyuge, fuera del matrimonio podía ser reconocido o demandar que se declarase su filiación en cualquier caso de disolución del matrimonio, es decir,

por divorcio, muerte o nulidad. En la misma ley se estableció el derecho de los hijos extramatrimoniales a alimentos y a su participación en la sucesión hereditaria, acordándoles la mitad de dicha porción, correspondiente a los hijos legítimos y en el caso de falta de éstos, se les acordó una porción igual a la que el hijo legítimo hubiese recibido.

#### 4. Colombia

En el año de 1936 se expidió en Colombia la legislación civil que suprimió las calificaciones de los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, incluyéndolos a todos bajo la denominación común de "hijos naturales". Esta ley sólo estableció dos clases de filiación: la legítima y la natural.

Conforme a esta ley, los hijos naturales pueden concurrir a la sucesión junto con los hijos legítimos y les corresponde la mitad de la porción hereditaria que se fija para aquellos.

#### 5. Chile

En 1935 se dictó en este país la Ley 5750, que vino a modificar algunas disposiciones del Código Civil, en materia de derecho de familia. Entre otras disposiciones, autorizó la investigación de la paternidad adulterina e incestuosa, con el solo fin de que el hijo nacido en esas condiciones pudiera solicitar la prestación de alimentos.

Conforme a esta ley, también se admitió el reconocimiento, en razón a la siguiente disposición: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad de hijos del padre o de la madre que los haya reconocido."<sup>(18)</sup>

#### 6. Cuba

La Constitución de Cuba de 1940 equiparó a los hijos adulterinos con los naturales en el caso de que hayan sido reconocidos.

También se suprimió para todos los efectos, la calificación que pudiera hacerse sobre la naturaleza de la filiación y dispuso que en las actas del Registro Civil no se consignará ninguna declaración sobre el estado civil de los padres que hayan registrado al niño. De acuerdo a esta Constitución, los padres tienen la obligación de alimentar, asistir, educar e instruir por igual a todos los hijos, sin importar las circunstancias de su nacimiento.

#### 7. República Dominicana

En el año de 1940 se dictó la Ley Civil que equipara los hijos legítimos a los naturales, pero margina a los adulterinos del derecho sucesorio *ab intestato*, pues éstos sólo pueden

<sup>18</sup> Itzigsohn de Fischman, María E., *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XII, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1980, pág. 212.

recibir por donación o testamento y únicamente por el límite que les hubiera correspondido de haber sido legítimos.

De acuerdo con la misma ley, el hombre casado puede reconocer a un hijo habido de una unión irregular, si concurren las circunstancias siguientes: que no sea producto de una unión adulterina de la madre o que, aún concebido de este modo, el cónyuge de la mujer adulterina no lo reconociese. La misma Ley señala que los hijos adulterinos quedan clasificados en dos categorías: de padre casado y madre soltera, y de padre y madre casados.

#### 8. Estados Unidos de Norteamérica

Debido al federalismo que rige en los Estados Unidos de Norteamérica, no se podría hablar de un criterio unificador para dar solución a cuestiones derivadas de la filiación; por lo que cada Estado regula esta institución de acuerdo a su propio ordenamiento jurídica. En el caso de Luisiana; por ejemplo, Estado en el que los hijos ilegítimos sufren las consecuencias de su marginación frente a los hijos habidos de matrimonio.

El código Civil de este Estado dispone que: "Los bastardos adulterinos e incestuosos no gozan del derecho de suceder a su padre y a su madre, no dándoles la Ley otra cosa que sim-

ples alimentos".<sup>(19)</sup>

Los Estados de California; Massachussetts y Nueva York, han reformado su legislación estableciendo que los padres tendrán para con sus hijos naturales las mismas obligaciones de protección y de asistencia que para con los legítimos; conforme a las legislaciones de estos Estados, se considera a todos los hijos extramatrimoniales como naturales y se dispone que en el acta de nacimiento constará el nombre de soltera de la madre junto al del padre, sin dejar espacio para que figure el estado civil de ambos.

#### 9. Guatemala

La Constitución guatemalteca de 1945 dispone la igualdad legal para todas las categorías de hijos, acordando a todos los mismos derechos y suprime las calificaciones de las distintas clases de filiación. Por su parte, el Código Civil ca si no establece diferencias entre los hijos legítimos y los naturales; además se establece en dicho ordenamiento que los padres tienen los mismos derechos y obligaciones tanto para los unos como con respecto a los otros. En cuanto a los hijos naturales, se determina que éstos pueden llevar el apelli-

<sup>19</sup> Itzigsohn de Fischman, María E., *Enciclopedia Jurídica ONEBA*, op. cit., pág. 212.

ples alimentos". (19)

Los Estados de California; Massachussetts y Nueva York, han reformado su legislación estableciendo que los padres tendrán para con sus hijos naturales las mismas obligaciones de protección y de asistencia que para con los legítimos; conforme a las legislaciones de estos Estados, se considera a todos los hijos extramatrimoniales como naturales y se dispone que en el acta de nacimiento constará el nombre de soltera de la madre junto al del padre, sin dejar espacio para que figure el estado civil de ambos.

#### 9. Guatemala

La Constitución guatemalteca de 1945 dispone la igualdad legal para todas las categorías de hijos, acordando a todos los mismos derechos y suprime las calificaciones de las distintas clases de filiación. Por su parte, el Código Civil casi no establece diferencias entre los hijos legítimos y los naturales; además se establece en dicho ordenamiento que los padres tienen los mismos derechos y obligaciones tanto para los unos como con respecto a los otros. En cuanto a los hijos naturales, se determina que éstos pueden llevar el apelli-

<sup>19</sup> Itzigsohn de Fischman, María E., *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, op. cit., pág. 212.

do de sus padres, después que se ha establecido legalmente la filiación.

#### 10. Uruguay .

La posición que toma el Código Civil uruguayo es, en lo que respecta a la regulación de la filiación, parecida a la argentina, con la particularidad de que la legislación uruguaya es menos rígida en cuanto al tratamiento de los hijos extramatrimoniales.

La Constitución de este país de 1942 dispone que "Los padres tienen para con los hijos habidos fuera de matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él". (20) Esta disposición legal es la reproducción exacta de un precepto anterior, que ya figuraba en la Reforma Constitucional de 1933 y que sirvió de fundamento para aprobar el Código del Niño en el año 1934.

En este cuerpo legal, se comienza diciendo: "Todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres". De aquí se desprende que la investigación de la paternidad está permitida en este país. Sobre este punto, me parece que esta legislación tiene mayores alcances; pues dispone que si de la investigación

<sup>20</sup> Itzigsohn de Fischman, María E., *op. cit.*, pág. 213.

de la paternidad no se ocupa la madre, le suple de oficio el organismo denominado Consejo del Niño.

Ahora bien, una vez que se ha logrado establecer la paternidad, se acuerda al niño el derecho de alimentos. Al respecto, el Código del Niño establece: "Todo niño cualquiera que sea su condición legal, debe disfrutar por ministerio de ley de las condiciones necesarias para su desarrollo corporal y espiritual, y su bienestar social. En consecuencia los padres están obligados al sostenimiento de los hijos".

En cuanto a la denominación de hijos ilegítimos, se establece que éstos cualquiera que sea su condición de nacimiento, serán denominados naturales y llevarán el apellido de la madre mientras no sean reconocidos por el padre; pero si éste último lo ha reconocido voluntariamente le corresponde el ejercicio de la patria potestad. En tales condiciones el hijo natural está protegido de manera especial durante su minoridad, pero a partir del momento en que alcanza su mayoría de edad, debe ajustarse a las disposiciones del Código Civil, sobre todo en lo que respecta al derecho sucesorio. En esta materia, el Código establece que para tener derecho sucesorio. en relación al padre, debe tramitarse por vía judicial el reconocimiento de hijo.

## 11. Venezuela

La Constitución de este país de 1947, está inspirada en

la protección de la familia, sin tener en cuenta cual sea el origen de la misma, es decir, que no hace distinciones entre los hijos de matrimonio y los que nacen fuera de él, garantizando el cuidado integral del niño.

Dispone también que los padres están obligados a educar, asistir y alimentar a sus hijos, cualquiera que sea el origen de la filiación de los mismos.

El Código Civil establece el derecho de la madre de reconocer a sus hijos, así sean adulterinos, incestuosos; en cambio, el padre puede reconocerlos solamente después de que haya cesado el impedimento.

En lo que toca a la legitimación, el Código Civil sostiene que no importa que el matrimonio haya sido imposible en la época de la concepción; pues de todas formas se admite la legitimación por matrimonio subsiguiente de los padres.

## b. EN EL CONTINENTE EUROPEO

### 1. España

El Código Civil español que regula lo relativo al derecho de familia, dispone que los hijos legítimos son los nacidos de matrimonio; a los ilegítimos, los clasifica este ordenamiento en dos categorías: naturales y no naturales.

Los hijos ilegítimos naturales son los nacidos de padres que podían haberse casado en el momento de la concepción, en tanto que los hijos ilegítimos no naturales son los nacidos de padres que en ninguna forma podían haber contraído matrimonio, ya por impedimento de parentesco no dispensable o por subsistir un matrimonio anterior, o porque había de por medio votos religiosos o sacerdotales.

## 2. Francia

Las disposiciones del Código Civil francés reglamenta la filiación de forma que permite todavía la división de los hijos ilegítimos en naturales, adulterinos e incestuosos. A estos últimos les está también permitida la investigación de la maternidad y de la paternidad. Además se permite la legitimación de los hijos adulterinos mediante el posterior reconocimiento de sus padres.

## 3. Italia

La legislación italiana no ha tenido una evolución gradual en lo que respecta a los problemas de la filiación, y a la posición de los hijos habidos fuera de matrimonio; los hijos naturales pueden indagar acerca de la paternidad o maternidad y entablar acciones para su reconocimiento, así como para la obtención de alimentos. Pero en cuanto a los hijos adulterinos o incestuosos, se prohíbe la averiguación de la paterni-

dad, pero se permite el reconocimiento por el progenitor que a la época de la concepción hubiese sido soltero.

La Constitución de 1948, trata de equilibrar el derecho de los hijos ilegítimos con los de los legítimos.

#### 4. Suiza

La legislación civil suiza establece que todos los hijos son legítimos con relación a la madre por el sólo hecho de su nacimiento, pero con respecto al padre, sólo lo son después de un acta de reconocimiento o de una sentencia que así lo declare.

Está prohibido el reconocimiento de los hijos adulterinos, pero se admite su legitimación por subsiguiente matrimonio.

#### 5. Reino Unido de la Gran Bretaña

El Common Law considera hijo de nadie a toda criatura nacida fuera de matrimonio, sin haber otras distinciones dentro de esta categoría. Tales hijos no pueden heredar sin expresa disposición testamentaria ni a su padre ni a su madre.

Fuera de estas restricciones del Derecho sucesorio, la ley es más humana en otros aspectos; permite la investigación de la paternidad y consagra la obligación alimentaria de los padres.

En 1926 se dictó una ley que autoriza la legitimación por

subsiguiente matrimonio de los padres, salvo que uno de ellos hubiese estado casado en la época del nacimiento del niño.

#### 6. Países de Europa Oriental.

La legislación en materia de derecho de familia experimentó un cambio, fundamentalmente, en los países de la Europa oriental, después de la Segunda Guerra Mundial, y como consecuencia de la influencia comunista en estos países.

La Constitución Yugoslava de 1946, establece que los padres tienen las mismas obligaciones y deberes hacia los hijos legítimos e ilegítimos. Con respecto a estos últimos, la paternidad se determina por reconocimiento voluntario o por sentencia judicial, y el niño es inscrito en los registros como si hubiese nacido de legítimo matrimonio.

Las disposiciones de la ley civil húngara son muy similares a la legislación anterior. La Constitución de Hungría suprime expresamente toda diferencia entre hijos legítimos y naturales.

La Constitución de Checoslovaquia establece en forma categórica que el origen del niño no debe perjudicarlo en sus derechos.

#### 7. Países escandinavos

Noruega y Suecia tienen una legislación muy flexible en

materia de filiación.

En el primero de estos países, el Estado a solicitud de parte, está obligado a investigar la paternidad.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen los mismos de rechos alimentarios que los legítimos.

### c. EN EL CONTINENTE ASIÁTICO

#### 1. India

La Constitución Hindú confiere la igualdad de derechos a todos los hijos, cualquiera que haya sido la condición de su nacimiento. De esta forma quedan suprimidos todos los distinguos por motivo de filiación.

#### 2. República Popular de China

El Código Civil de la República de China contempla la situación de los hijos ilegítimos a los que considera con las mismas ventajas y privilegios que si hubieses nacido dentro del matrimonio.

Para la posesión de estado de hijo basta con que el padre haya criado al hijo y con respecto a la madre se le considera legítimo por el simple hecho del nacimiento.

La madre puede demandar el reconocimiento del hijo, con

todos los elementos de que disponga para probar la paternidad; la única excepción que se puede oponer a su acción, es la prueba de que durante el mismo período hubiese mantenido relaciones con un tercero.<sup>(21)</sup>

Sin haber pretendido hacer un estudio comparado sobre filiación, se puede apreciar que en las legislaciones modernas deja de tener importancia la división que existía en el tratamiento de los hijos habidos dentro de matrimonio y fuera de él. Aunque todavía permanecen indicios de gravio en las normas vigentes que impiden a los hijos ilegítimos agregarse a la familia legítima.

<sup>21</sup>Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XII, Ed. Driskill, S. A., Buenos Aires, 1980, pp. 211-215.

## CAPITULO II

### FILIACION

#### INSTITUCIONES REGULADORAS DEL VINCULO PATERNO-FILIAL ADOPTADAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

##### 1. NATURALEZA JURIDICA

La filiación, en estricto sentido, surge con la relación del hijo o hija respecto a su madre o a su padre, misma que crea un estado civil, lazos de parentesco entre la familia y determina los derechos y las obligaciones que se originan en razón del estado civil.

Así podemos decir, que desde el punto de vista natural y biológico, todos los individuos son hijos de una madre y de un padre, pero su filiación se determina según sean las circunstancias legales de la unión de los mismos.<sup>(22)</sup> Es decir, que la relación paterno-filial se deriva del hecho de la generación o engendramiento, siendo efecto natural de éste (paternidad y filiación natural); pero además la ley reconoce y regula una paternidad y filiación artificial, orientada a suplir

<sup>22</sup> Itzigsohn de Fischman, María E., *op. cit.*, pág. 209.

a aquella que se establece por el hecho biológico de la concepción. Es decir, a la filiación que se deriva de la adopción; tema del que nos ocuparemos en el capítulo siguiente. Procedo exponer ahora solamente lo relativo a la filiación.

## 2. CONCEPTOS DE FILIACION

Para Niboyet la filiación se entiende como un vínculo jurídico que relaciona a un individuo con sus padres. (23)

Demolombe estima que la filiación es el estado de una persona considerada como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre. (24)

Según Planiol y Ripert dicen que la filiación es la relación de dependencia que existe entre dos personas, en virtud de la cual, la una es la madre o el padre de la otra. (25)

Resumiendo ambos conceptos, Prayones considera que la filiación "es la relación natural de dependencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas,

<sup>23</sup> Niboyet, J. P., *Principios de Derecho Internacional Privado*, 2a. ed., del Manual de A. Pillet y J. P. Niboyet, traducido por Andrés Rodríguez Ramón, Ed. Nacional, México, 1965, pág. 617.

<sup>24</sup> Demolombe, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, op. cit., pág. 210.

<sup>25</sup> Planiol y Ripert, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, op. cit., pág. 210.

pero en el sentido más limitado, se entiende por filiación la relación existente entre dos personas de las cuales una es madre o padre de la otra".<sup>(26)</sup>

Con una visión más generalizada, Sara Montero sostiene que "filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre, hija o hijo".<sup>(27)</sup>

Conforme a estos conceptos, debemos advertir que la filiación toma los nombres específicos de maternidad, paternidad o filiación en sentido estricto en razón a las personas a quien se refiere en un determinado momento esta relación; es decir que cuando los efectos de la generación en las relaciones entre padres e hijos se consideran en virtud a los primeros, surge la idea de paternidad o maternidad, según el caso, y cuando con relación a los segundos aparece la de filiación. Así se llama maternidad la relación de la madre con respecto a su hijo o hija; paternidad, la relación del padre con su hija o hijo, y propiamente filiación cuando el punto de referencia es el hijo o hija con relación a su padre o a su madre.

<sup>26</sup> Prayones, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, op. cit., pág. 210.

<sup>27</sup> Montero Duhalt, Sara, op. cit., pág. 266.

### 3. CLASES DE FILIACION

La filiación puede ser de dos categorías; la que se deriva del matrimonio o filiación legítima, y la que resulta de una unión irregular, es decir, fuera de matrimonio o sea filiación ilegítima o extramatrimonial.

Esta última comprende a su vez dos clases; en la primera de ellas debemos incluir a la que se produce al margen del matrimonio, por ser el resultado de la unión de dos personas que sin estar casadas tampoco están impedidas para casarse (aquí podemos incluir al concubinato); en la segunda, a la filiación que resulta de uniones que por obstáculo de parentesco, vínculo o voto religioso no hubieran podido celebrar el matrimonio (uniones incestuosas, sacrílegas, adúlteras, entre otras).

Aunado a estas relaciones filiales y fuera del campo biológico, la ley ha establecido la filiación adoptiva que se conforma como consecuencia del acto de adopción, convirtiendo al adoptante en padre o madre y al adoptado en hijo.

Como consecuencia de la filiación ilegítima, se puede producir, la obligación en los padres y el derecho en los hijos de dar y exigir lo necesario a la existencia de los segundos, como puede ser la obligación de proporcionar alimentos;

pues el que da el ser está obligado a dar los medios necesarios para existir, siempre que pueda darlos y que no se prive de los mismos medios a los hijos legítimos; pues al respecto la legislación como la doctrina coinciden que en el caso de haber conflicto de derechos, deben prevalecer los de éstos sobre los de aquellos.

El acontecer histórico nos demuestra, en cuanto al trato que reciben los hijos extramatrimoniales, que el derecho es más benévolo con los hijos procedentes de uniones que se encuentran viciadas, que con los procedentes de aquellas relaciones de carácter delictivo; de aquí partimos a hacer una revisión por las distintas legislaciones antiguas.

#### 4. EVOLUCION HISTORICA

Algunas de estas legislaciones antiguas trataron a los hijos nacidos fuera de matrimonio con un sentido discriminatorio; en tanto que otras, trataron el problema con menor rigor, pretendiendo equilibrar los derechos de los hijos que nacen de matrimonio, con los de los hijos que nacen de uniones irregulares.

##### a. Babilonia

El derecho babilónico permitía que se reconociera a los hijos que un hombre casado había engendrado con su esclava;

otorgaba también a estos hijos una porción hereditaria casi equivalente a la de los hijos legítimos.

Con respecto a la filiación materna, no había controversia alguna, pues se tenía la certeza de quién era la madre, siendo así precursores del principio romano *mater semper certa est*.

#### b. India

Las leyes de este país excluían de la familia a los hijos adúlteros e incestuosos. Se estableció también que todo hijo dado al mundo por una mujer que haya tenido comercio carnal con otro hombre distinto a su marido no es hijo legítimo de esta mujer; de igual modo, el hijo engendrado por un hombre en una mujer que no fuera su esposa, no le pertenece a ese hombre. Es decir, que de una u otra forma, los hijos habidos en uniones irregulares, eran marginados y recibían un mal trato. Sin embargo, esta situación se extinguió totalmente con la aparición de la constitución hindú, que establece la igualdad de derechos de todos los hijos, sin importar cual haya sido la condición de su nacimiento. De esta forma, quedaron suprimidos los distinguos por motivos de filiación.

#### c. Grecia

Conforme a las leyes de Solón, los hijos extramatrimonia-

les fueron excluidos de la comunidad social y no les era permitido casarse con ciudadanos. Más tarde disminuyó este rigor, pero se continuó colocándolos al margen de la vida familiar y privándolos de todo derecho, en forma particular al sucesorio.

#### d. Roma

En Roma también se consideró a los hijos extramatrimoniales con severidad, pero a partir del momento en que se promulgó el edicto *Unde cognati*, este rigor comenzó a suavizarse. El edicto establecía las obligaciones que surgen del parentesco natural, que se relacionaban no sólo con la madre sino también con los parientes de ésta. Es aquí cuando se establece el principio *mater semper certa est*.

Posteriormente el derecho romano marcó la diferencia entre los hijos naturales (*liberi naturali*), o sea los hijos habidos en concubinato; los espúreos (*spurii*, voz que según Plutarco procede de indicarlos con las letras s.p., iniciales de las palabras *sine patre*), sin embargo, esta palabra tenía un sentido amplio por lo que durante la época de Justiniano cambió su denominación a *ex damnato coito*, de la cual aparecieron otros términos para designar a las diferentes clases de hijos, como son: los adulterinos, los incestuosos, los sacrílegos.

Pero de esta clasificación solamente los hijos naturales

fueron aceptados como parientes del padre y de la madre, quienes podían legitimarlos; tenían además derecho a la sucesión hereditaria de sus padres aunque en una porción muy inferior a la de los hijos legítimos.

En cuanto a los demás, su posición era de extrema inferioridad y estaban privados de todo derecho, hasta del de pedir alimentos.

Esta clasificación del Derecho Romano tuvo gran importancia y sirvió de fundamento para otras legislaciones posteriores.

#### e. Edad Media

En esta época se mantuvieron las disposiciones romanas y germanas, en relación a los hijos extramatrimoniales, situación que disminuyó con la presencia del catolicismo; pues los pueblos germanos habían llegado a considerar a los hijos extramatrimoniales como personas contaminadas a las que se debía evitar; además no podían ser testigos ni desempeñar cargos de importancia, ni casarse con personas de otra condición.

En esta misma época, el derecho canónico ya contaba con disposiciones que disminuían la severidad del rigor de las leyes en contra de los hijos ilegítimos. Se les reconoció el derecho a alimentos sin considerar su origen. Se favoreció tam-

bién la legitimación por subsiguiente matrimonio excluyendo únicamente a los nacidos *ex damanato coito*.

Por su parte, los pueblos francos que pertenecieron a la edad media, siguieron en esta materia las normas del derecho romano, con algunas variaciones, pues entre otras instrucciones se estableció que los padres tenían derechos morales hacia todos sus hijos, cualquiera que fueran las condiciones de su nacimiento y se consideró el deber de alimentos como una obligación sagrada.

#### g. Epoca Contemporánea

Los ideales por los que se lucharon en la Revolución Francesa proclamando la igualdad entre los hombres, impedía aceptar las diferencias que surgían por una simple condición de nacimiento. En consecuencia y por decreto del 12 Brumario del Año II, se estableció la igualdad entre los hijos, legítimos y naturales, sin comprender a los adulterinos e incestuosos.

El Código Civil de 1804 (Código de Napoleón), reestableció la desigualdad, pero no con la rigidez anterior.

A partir de esta época las legislaciones consideraron esta situación de segregación injusta, desde un punto de vista legal, por lo que fueron desapareciendo estos calificativos aunque no todos, para darle prioridad a la familia legítima.

Ahora bien, el tema que abordaremos a continuación, es el relacionado con las normas conflictuales, es decir analizaremos conforme a que ley se regula la filiación, en su aspecto general; la filiación legítima, la ilegítima, el reconocimiento de hijos, la investigación de la paternidad y de la maternidad, entre otros.

Por tal motivo, propongo los diversos sistemas que se avocan a la mejor solución de normas conflictuales.

Es precisamente, en el ámbito de las normas conflictuales donde encontramos un mayor número de problemas en cuanto a su aplicación, puesto que cada Estado Parte fija sus propias normas de Derecho Internacional Privado, previendo siempre actos de mala fe o contrarios al orden público, situación que es de apreciarse desde un punto de vista objetivo, pero que dificulta en algunas veces la aplicación idónea de las normas de Derecho Internacional Privado establecidas por otros Estados.

Por consiguiente, trataré el tema relacionado con la aplicación de normas de Derecho Internacional Privado en cuanto a la filiación,<sup>(28)</sup> es decir, que para la solución de conflictos

<sup>28</sup> Además de la filiación que es una de las instituciones dentro del derecho privado que implican mayor atención dentro de la relación paterno-filial, abordaré igualmente, la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado, relacionadas con la adopción, patria potestad, entre otras, en cada capítulo correspondiente.

de leyes de Derecho Internacional Privado se debe atender a la ley más apropiada en donde prevalezcan las reglas de justicia, equidad y armonía, pues sólo así se atendería a los principios generales del derecho.

Pues bien, en virtud a la ley que debe resolver un conflicto de leyes de Derecho Internacional Privado, en cuanto a las relaciones paterno-filiales, hay varios sistemas que se manifiestan como a continuación se indica.

Uno de ellos advierte que resuelve el conflicto de leyes de Derecho Internacional Privado, simultáneamente todos los sistemas jurídicos que se encuentran implicados. Pero esta posición más que darnos una solución de la problemática, la viene a complicar, puesto que introduce elementos de incertidumbre en los actos jurídicos del Derecho Internacional Privado. Esta solución también es negativa, puesto que atenta contra los principios de la lógica jurídica.

Otra de las posiciones doctrinales sostiene que resuelve el conflicto de leyes cualquiera de los sistemas jurídicos implicados excluyendo a los demás. En este caso el problema sería el de saber cuál de los sistemas jurídicos que se encuentran implicados será el aplicable. No obstante en materia de conflicto de leyes existe una tradición secular para saber qué pasos se deben seguir con respecto a cada caso concreto, de forma que se debe atender a cada caso particular para diri-

mir con la mayor precisión posible los conflictos que se presenten en la relación paterno-filial, pero siempre atendiendo a los intereses del hijo menor de edad para que no quede desprotegido.

Un sistema opuesto a las anteriores disposiciones, sostiene con un criterio más rígido, que la solución a los conflictos de leyes reside en el juez del foro quien deberá aplicar su ley de Derecho Internacional Privado ignorando para todos los efectos la Ley de Derecho Internacional Privado extranjera.<sup>(29)</sup>

Es decir que con esta posición nos encontramos ante un Derecho Internacional Privado nacionalista, puesto que es el derecho nacional el que básicamente provee de soluciones a los conflictos de leyes.

Considero que este tipo de aplicación, sería injusta, si se aplica estrictamente a un problema que no es exclusivamente nacional, pues con este sistema de corte totalitario se limita en gran medida a la ley extranjera, obstaculizando la aplicación de normas de Derecho Internacional Privado, mismo que procura tomar en cuenta a la ley extranjera, respetando los prin-

<sup>29</sup> Texeiro Valladao, Horoldo, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Trillas, Traducción de Leonel Pereznieta Castro, México, 1987.

cipios de soberanía y de orden público de cada Estado, de forma que se aborda con justicia las normas en conflicto con otro sistema jurídico.

Por consiguiente, pienso que una de las medidas que se podrían tomar para una mejor solución a los conflictos de leyes en Derecho Internacional Privado que se originan en la relación paterno-filial, versa en que se debe proceder a dar solución a los conflictos, primeramente conforme a las leyes materiales de cada país, es decir, conforme a las leyes nacionales, si no se contraviene con ello a los principios de soberanía y de orden público del otro Estado Parte que se encuentre implicado en el conflicto de leyes, en cuanto a su aplicación; pero si no es posible, es decir, si persiste el problema, se debe actuar conforme a leyes diferentes a la de ellos que sería propiamente las normas de Derecho Internacional Privado supranacional.

En este sentido habría una aplicación de las normas conflictuales apegadas a los principios de justicia y de equidad dando oportunidad a las leyes de Derecho Internacional Privado extranjero y dentro de un espíritu de armonía, consolidando de esta forma las normas de Derecho Internacional Privado.

Así, veamos conforme a que leyes se va a regir la relación paterno-filial.

## 5. APLICACION DE LAS NORMAS CONFLICTUALES EN LA RELACION PATERNO-FILIAL

### a. La Filiación en su Aspecto General

La filiación en su aspecto general se encuentra sometida a la ley que rige el estatuto personal, es decir a la ley nacional de los individuos. Al respecto, Niboyet estima que la filiación es un efecto, un elemento constitutivo del estado de las personas, por lo cual la filiación se sujeta a la competencia de la ley de ese Estado.<sup>(30)</sup>

La competencia estatal se manifiesta de la siguiente forma:

1. A los elementos constitutivos de la filiación;
2. Y a las pruebas de la misma.

De esa forma, la ley nacional determina las pruebas de la filiación, pero la utilización de las mismas exige frecuentemente la aplicación de la *lex loci actus*. Por consiguiente cuando la ley nacional exija una acta de nacimiento, habrá que consultar las reglas aplicables a la forma de tales actos para ver si efectivamente existe una acta de nacimiento y si

<sup>30</sup> Niboyet, J. P., *op. cit.*, pág. 617.

la prueba satisface a las mismas.

Por esta razón, la legislación de cada país, que organiza y protege a la familia, es la que tiene la facultad para señalar los vínculos jurídicos existentes entre las personas que los componen.

b. Diversos Criterios para Resolver el Conflicto de Leyes sobre la Distinta Nacionalidad Respecto del Padre y del Hijo

Cuando el hijo y los padres tienen distintas nacionalidades por diversas razones, existen tres criterios en los que las legislaciones se apoyan, como son:

1. La ley nacional del hijo; porque la filiación afecta directamente al estado de hijo.
2. La ley del padre; porque la ley personal del padre es la que regula las relaciones familiares y porque la filiación es uno de los efectos del matrimonio.
3. Aplicación acumulativa de las dos leyes.

Así pues, cuando se trata de la ley del hijo, la filiación afecta al estado del hijo principalmente, por consecuencia algunas legislaciones prefieren seguir la ley del hijo.

Este criterio se ve respaldado con la posición de José Matos, quien sostiene que no se presentará dificultad alguna en cuanto a la ley aplicable, en el caso de que los padres y los hijos tengan la misma nacionalidad; pero si unos y otros tuvieran una diferente, se deberá atender, preferiblemente, a la ley nacional de los hijos, ya que se trata de establecer el estado de ellos.<sup>(31)</sup>

Una de las legislaciones que se conducen con este criterio es la comprendida en la Convención de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante,<sup>(32)</sup> mismo que al respecto expresamente señala:

Art. 57. "Son reglas de orden público interno, debiendo aplicarse la ley personal del hijo, si fuera distinta a la del padre, las relativas a la presunción de la legitimidad y sus condiciones, las que confieren el derecho al apellido y las que determinan las pruebas de la filiación y regulan las sucesiones del hijo".

●

<sup>31</sup> Matos, José, *op. cit.*, pág. 321.

<sup>32</sup> Convención de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana de La Habana, el 28 de febrero de 1928, con el título de "Convención de Derecho Internacional Privado".

En cuanto a la ley del padre, los razonamientos para su aplicación se manifiestan en el sentido de que es preferible aplicar ésta, pues la filiación al crear un vínculo jurídico entre el hijo y el padre, origina también una relación que implica más al padre, ya que del padre derivan todos los derechos inherentes a la legitimidad y también por la ley del padre, por su objeto social es la que se impone; así la familia adquiere el estatuto del padre. En este sentido, Niboyet dice que "... las leyes sobre la filiación, son las que componen la familia con sus distintos miembros, por lo que la ley de la familia debe regir a las leyes de la filiación".<sup>(33)</sup>

En este sentido, la ley del padre constituye uno de los principales efectos del matrimonio y de acuerdo a los que apoyan este criterio, es la ley del padre la que se aplica en tales casos.

De lo referente a la aplicación acumulativa de las dos leyes, se puede decir que esta solución teóricamente ha sido aceptable en esta materia. Pero está en desuso, para lo cual sería necesario que ambas leyes estuviesen de acuerdo para determinar sobre la filiación.

<sup>33</sup> Niboyet, J. P. *op. cit.*, pág. 618.

e los tres medios que se proponen para dirimir los conflictos de distinta nacionalidad, respecto del padre y del hijo, en la relación filial, me inclino por la del padre; pues además de que la filiación legítima es una consecuencia del matrimonio y éste se regula por la ley del marido, como lo plantea Niboyet,<sup>(34)</sup> la ley personal del padre se aplica también a los derechos y deberes de los padres con respecto a la persona y a los bienes del hijo.

Una vez expuesta la filiación en su aspecto general, como los diferentes sistemas para resolver sobre la distinta nacionalidad de los padres y del hijo, toca ahora ver conforme a que ley se regirá la filiación legítima.

### c. La Filiación Legítima

La mayoría de los sistemas jurídicos someten las relaciones entre padres e hijos nacidos en matrimonio a la ley personal del padre; pero en el caso de que el padre haya muerto, estas relaciones se rigen por la última ley común de la madre y del hijo y en su defecto, por la ley nacional de la madre.

Otros expositores agregan al respecto, que la filiación legítima se rige por la ley nacional del marido de la madre en

<sup>34</sup> Niboyet, J. P. *op. cit.*, pág. 618.

el momento del parto, salvo que el hijo nazca después de la disolución del matrimonio, caso en que se aplicará la ley nacional del marido en el momento de la disolución.

Ahora bien, el conflicto que se plantea en la filiación legítima consiste en que hay dos criterios para determinar la ley conforme a la cual se regirá aquella; que de acuerdo a los diferentes criterios, bien puede ser la del lugar en el momento de la concepción o la del lugar en el momento del nacimiento del niño, cuando el padre cambiare de nacionalidad o de domicilio, sin haber establecido la legitimidad de la filiación.

Al respecto Martin Wolff considera que si el padre ha cambiado de nacionalidad o domicilio, durante el matrimonio, la fecha decisiva para establecer la legitimidad de la filiación es la fecha del nacimiento del niño. (35)

Otro de los criterios sustentado por José Matos (36) advierte que si entre la fecha de la concepción y el nacimiento del hijo, el padre cambiare de nacionalidad, la ley reguladora de la filiación legítima será la ley a que estaba sujeto el individuo en la época de la concepción y no la adquirida poste-

<sup>35</sup> Wolff, Martin, *Derecho Internacional Privado*, traducción española de la 2a. edición inglesa por Antonio Martín López, Bosch, Casa ed. Barcelona, 1958, pág. 364.

<sup>36</sup> Matos, José, *op. cit.*, pág. 323.

riormente (la del nacimiento), pues se alega que la condición jurídica que determina la legitimidad de la filiación ya está firmada desde que el hijo fue concebido y no puede alterarla el cambio de nacionalidad del padre.

En virtud de tales razonamientos, pienso que este último no es muy efectivo, debido a que habría mayor dificultad para averiguar el momento de la concepción, además de que existiría el riesgo de que el padre cambiara su ley personal entre la concepción y el nacimiento del niño, para hacer cambiar la situación que guarda la legitimidad. Por tal motivo, estimo que es preferible apoyarse en la ley del lugar en el momento del nacimiento del niño para determinar la ley que regirá la filiación legítima, cuando el padre haya cambiado de nacionalidad o domicilio.

Expuesta la ley por la que se rige la filiación legítima, proseguiré con el mismo análisis hasta precisar conforme a qué leyes se regula la filiación que surge fuera de matrimonio, es decir, la filiación ilegítima.

#### d. Filiación Ilegítima

En esta categoría se colocan los hijos habidos de uniones distintas al matrimonio, dando origen a una filiación ilegítima por no ser conforme a la ley.

A esta filiación también se le conoce como extramatrimonial; la que de acuerdo con Sara Montero "es la relación jurídica entre progenitor e hijo que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero, o por sentencia que cause ejecutoria imputando la filiación a cierta persona".<sup>(37)</sup>

Ahora bien, de los hijos ilegítimos se tiene que distinguir según se trate de hijos naturales reconocidos o de los demás hijos ilegítimos.

Para los primeros, el reconocimiento se rige en cuanto a las condiciones de validez por la ley nacional del padre o madre que reconoce; en tanto que la condición de los demás hijos ilegítimos, la filiación ilegítima se rige por la ley personal del padre, ya que esta ley es la que decide sobre la legitimidad del niño.

En cuanto a la ley que debe regir los deberes de manutención de los padres hacia sus hijos, Martin Wolff<sup>(38)</sup> opina que es indiferente la aplicación de la ley personal del padre o la ley personal del hijo, puesto que es entre esas dos personas, conforme a las cuales se crea esa relación.

Sin embargo esta situación es muy discutida, ya que algu-

<sup>37</sup> Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, pág. 302.

<sup>38</sup> Wolff, Martin, *op. cit.*, pág. 386.

nas leyes se sujetan a la ley personal del padre, argumentando que la ley del deudor es la apropiada para decidir en qué condiciones y en qué cantidad existe la obligación (derecho suizo, español, danés, entre otros). En tanto que el derecho francés, el derecho polaco y el Código Bustamante, referido anteriormente, prefieren aplicar la ley personal del hijo, pues sostienen que es el estado del niño del que surge la obligación.

Otro criterio sustentado por el sistema alemán considera que el deber de manutención no se rige por la ley personal del padre ni por la ley personal del niño, sino por la de la madre en el momento del nacimiento de éste. Esto es a que en la mayoría de los casos, la ley personal de la madre coincide con la del niño. Considero que los tres sistemas que se proponen son adecuados, pero en caso de persistir el conflicto en el deber de manutención de los padres a los hijos, es preferible aplicar en conjunto tanto la ley personal del padre como la del hijo, con la finalidad de que éste no quede desprotegido.

Retomando el tema del reconocimiento, veámos cuál es la situación que prevalece en cuanto a los hijos naturales.

e. El Reconocimiento de los hijos naturales

Los hijos naturales reconocidos son aquellos hijos a

quienes el padre o la madre han reconocido como suyos, estableciendo por virtud de este reconocimiento ciertos derechos y obligaciones con relación a los padres que lo hagan.

En cuanto a los medios para verificar el reconocimiento hay dos vías, que pueden ser a través del reconocimiento voluntario o del forzoso.

Cuando el reconocimiento de los hijos es voluntario, la ley que lo rige en cuanto a la forma depende del lugar donde se efectue, de conformidad con la regla *locus regit actum*; y en lo que se refiere a las condiciones de validez; se atenderá en primer lugar, a la ley nacional del padre o madre que hagan el reconocimiento.

De modo que el padre o la madre pueden reconocer a su hijo natural según las propias leyes internas de Estado, porque se trata de un acto jurídico material, que una vez probado existe legalmente; y el hijo adquiere entonces la nacionalidad paterna o materna.

Con respecto a este punto, Francisco Zavala añade la siguiente situación consistente en que el padre sólo puede reconocer al hijo según lo permita la ley nacional del padre; pero cuando el hijo no cuenta con una madre que lo haya reconocido anteriormente, el padre sólo puede reconocerlo siguiendo la ley del lugar del nacimiento del hijo, ya que ésta es la

ley que tiene el niño al momento de ser engendrado. Por consiguiente, si es reconocido el hijo por el padre, conforme a la ley del primero, el hijo adquiere la nacionalidad del padre y en tal caso la filiación produce los efectos de la legislación a que está sujeto el padre.<sup>(39)</sup>

En cuanto a la forma para verificar el reconocimiento voluntario, la ley civil española dispone que la filiación que surge por virtud de tal reconocimiento, tiene lugar cuando los padres son ciudadanos españoles y se efectúa en el acta de nacimiento o en otro documento público. Pero si estos hechos tienen lugar en el extranjero la ley española se limita a exigir un documento auténtico para el reconocimiento voluntario. Es decir, que de acuerdo a la forma, el reconocimiento voluntario realizado por españoles fuera de España, en este acto se aplica la regla *locus regit actum*.

La condición que se fija para la forma, es que sólo se considera válido al documento si éste es auténtico conforme a la ley que se trata.

Según Niboyet, la exigencia del documento auténtico es una regla de fondo, pues ésta es la condición por la cuál se subordina la filiación a la ley española con el fin de que

<sup>39</sup> J. Zavala, Francisco, *Elementos del Derecho Internacional Privado*, México, 1889, pág. 109.

quienes realizan el reconocimiento quedan protegidos para asegurar al nuevo miembro de su familia.<sup>(40)</sup>

Una vez que ha quedado formada la relación paterno-filial por virtud del reconocimiento voluntario, surgen los efectos del mismo, que de acuerdo con Caicedo Castilla, se regirán por la ley nacional del hijo; aunque advierte que la excepción que se puede presentar es que se trate de un efecto que se refiera al interés personal del padre, caso en que se aplica la ley nacional de éste si no tiene la ley misma nacionalidad del hijo.<sup>(41)</sup> Esta situación se puede presentar en una pensión alimenticia en favor del padre y en contra del hijo, caso que se regula por la ley nacional del padre y no por la del hijo.

Hasta aquí hemos hecho referencia a la situación que persiste en el reconocimiento voluntario, pero veamos ahora cómo se regula el reconocimiento aún en contra de la voluntad de los padres, esto es el reconocimiento forzoso.

En caso de que el reconocimiento no exista, el hijo natural permanece sin reconocimiento alguno. Esta situación implicaría que en el caso de que los padres no quisieran efectuar

<sup>40</sup> Niboyet, J. P., *op. cit.*, pág. 622.

<sup>41</sup> Caicedo Castilla, J. Joaquín, *Derecho Internacional Privado*, 5a., Ed. Temis, Bogotá, 1960, pág. 249.

el reconocimiento en forma voluntaria, el hijo podría obligar a sus padres a que lo reconozcan, para lo cual tendría que acudir a los tribunales locales para reclamar su paternidad.

Es precisamente por medio de declaración judicial, como se resuelve la paternidad o maternidad. Es de notarse que en cuanto a la madre, no habría mayor problema porque el reconocimiento es forzoso,<sup>(42)</sup> pero en cuanto al padre, si hay oposición por parte de él para reconocer a su hijo, éste puede ejercer la acción de investigación de la paternidad para probar su filiación. También se admite que la investigación de la paternidad opera cuando hay de por medio un acto delictuoso del padre, en cuyo caso el castigo por el delito debe llevar consigo, para el progenitor el reconocimiento de sus hijos, caso en que el reconocimiento es forzoso.

De esta forma el hijo ilegítimo queda protegido en cuanto su calidad de hijo sea reconocida por quién realmente sea su verdadero padre.

La línea que han seguido las legislaciones permite distinguir en relación a la investigación de la paternidad, que

<sup>42</sup> Al respecto, el artículo 60 de nuestro Código Civil vigente, determina que la madre se encuentra obligada para que su nombre aparezca en el acta de nacimiento de su hijo. Con esta disposición se deduce que para la madre el reconocimiento es forzoso.

es más alto el número de países que adoptan dicho principio que de aquellos que lo niegan, pero aún estos, lo contemplan en los casos precisos de raptó y violación.

Es decir, que la transformación que han experimentado las diversas codificaciones para proteger a los hijos, ha colaborado para ampliar las acciones en pro de la investigación de la paternidad y de la maternidad.

Es por esto que atendiendo a consideraciones de orden público, los Estados regulan la investigación de la paternidad con más o menos restricciones.

Por tanto, José Matos indica que para la investigación de la paternidad pueda intentarse por extranjeros, se requiere que tanto la ley personal del padre como la del hijo la admitan.<sup>(43)</sup> Y señala además que en caso de que ambas leyes estén de acuerdo en cuanto al principio, y no así en la forma de probar la filiación, deberá darse preferencia a la ley personal del hijo, debido a que se pretende establecer su estado, pero en uno u otro caso, esas leyes sólo podrán invocarlas los países cuya legislación también lo permitan.

Un criterio similar sigue Caicedo Castilla quien externa

<sup>43</sup> Matos, José, *op. cit.*, pág. 325.

su opinión en el sentido de que cuando se reconoce a un hijo en un Estado extranjero, se acepta la de la ley nacional; pero cuando es diferente la nacionalidad del hijo y de los padres, se apliquen ambas leyes conjuntamente.<sup>(44)</sup>

Indica además que la ley nacional no se aplica cuando se opone a una ley local de orden público internacional; este criterio se ajusta a lo dispuesto en el artículo 15 de nuestro Código Civil vigente que dice:

"No se aplicará el derecho extranjero:

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano".

Sin embargo cuando dice el mismo autor citado que en el caso de la disposición que prohíbe el reconocimiento de los hijos adulterinos y de los incestuosos que es de orden público internacional, la aplicación de la ley nacional es forzosa, sería válido si con la aplicación de esa ley extranjera en nuestro país, no se afecta al orden público.

Es decir que con este principio, para la aplicación de

<sup>44</sup>Caicedo Castilla, J. Joaquín, *op. cit.*, pág. 419.

normas conflictuales siempre se busca respetar la soberanía y orden público nacionales.

Por consiguiente, respecto a los hijos ilegítimos cuyo padre sea desconocido, los tratadistas acuerdan generalmente, en que en los Estados donde se prohíba la investigación de la paternidad, no se podrá ejercitar ésta ni contra los nacionales ni contra los extranjeros, ya que se tiende a aplicar la *lex fori*. Bajo estas circunstancias debe concluirse al reconocimiento para seguir con el análisis de la ley por la cual se rige la legitimación.

#### f. Legitimación

Hay varias formas mediante las cuales los hijos legítimos pueden ser legitimados. El consenso que mantienen los países, es que la legitimación se efectúa por el subsiguiente matrimonio de los padres del niño. Aunque en algunas veces se somete la legitimación a un reconocimiento previo del niño por el padre; pero la regla determina que es por el simple hecho del matrimonio, como se lleva a cabo la legitimación.

Otros sistemas jurídicos instituyen a la legitimación por virtud del principio *rescriptum principis*, es decir cuando la dicta el gobierno de algún Estado, o una autoridad administrativa o por simple resolución de justicia. Esta forma de legi-

timación se podría concretizar en el caso de que la madre haya muerto o una de las partes se haya casado con una tercera persona, o cuando no se puede esperar que el padre se case con la madre.

De estas formas en las que se apoyan las diversas leyes civiles para verificar la legitimación, estimo que la más adecuada para concretizar la relación paterno-filial, en cuanto a su aspecto jurídico como sociológico es la legitimación por subsiguiente matrimonio, pues los hijos naturales que se legitiman de esta forma se colocan por ese sólo hecho en el mismo plano que los hijos habidos de matrimonio.

En cuanto a la legitimación por *rescriptum principis* Martín Wolff<sup>(45)</sup> agrega que este tipo de legitimación no crea las mismas consecuencias que la legitimación por subsiguiente matrimonio, pues refiriéndose al derecho alemán, ninguna relación jurídica llega a existir entre el hijo legitimado y la mujer del padre y sus parientes como resultado de la legitimación por acto del Estado, esto es la legitimación por *rescriptum principis*, en tanto que la legitimación por subsiguiente matrimonio sitúa al hijo exactamente en la misma posición que si hubiese nacido en matrimonio válidamente concluido.

<sup>45</sup> Wolff, Martín, *op. cit.*, pág. 377.

Ahora bien, la ley que debe regir la legitimación, por subsiguiente matrimonio se regula de acuerdo con el estatuto personal del padre, pues conforme a esta ley se fijará si puede o no verificarse, las condiciones que han de concurrir como los efectos que produce; siendo esa ley la existente en el momento de la celebración del matrimonio. Es decir que la ley nacional del padre que se tenga al tiempo de celebrar el matrimonio será la que se aplique a la legitimación realizada en tales condiciones. (46)

La situación que se puede presentar en este caso, es la distinta nacionalidad del padre y el hijo; para lo cual José Matos opina que si hay conflicto pero no acuerdo, entre una y otra ley, se dará preferencia a la ley personal del padre atendiendo a que la legitimación da como resultado igualar el estatuto personal del hijo con el del padre; pero si el hijo no es tuviere bajo la patria potestad (por haber sido emancipado por el matrimonio o por mayor de edad) y su ley personal no fuere la misma que la del padre, se dará preferencia a la que más favorezca al hijo. (47)

Por lo que toca a la legitimación por decisión del Estado o del Soberano, *rescriptum principis*, no hay un criterio unifi

<sup>46</sup> Matos, José, *op. cit.*, pág. 327.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

ficador que determine porque ley se va a regir, pues en tanto algunas indican que es la ley personal del padre la que rige tal situación, otras sostienen que es la aplicación conjunta de las leyes personales del padre y del hijo.

También se sostiene que esta legitimación surtirá efectos legales siempre que el hijo y el padre tengan la misma nacionalidad del país donde se concedió; sin embargo, me inclino por este criterio, pues en cuanto a este tipo de legitimación sólo se aplicará la ley del país donde se efectúe, de modo que no se podrá llevar a cabo esta legitimación si la ley del país la prohíbe, por más que la admita la ley nacional del padre o la madre.

Por otro lado, con el propósito de establecer la filiación de un hijo con sus padres cuando éstos son desconocidos o se niegan a reconocer a su hijo, éste puede ejercer la acción de investigación de la paternidad, misma que analizaremos a continuación.

#### g. Investigación de la Paternidad

La investigación de la paternidad es una cuestión, que como ya hemos analizado anteriormente, cada Estado regula atendiendo a consideraciones de orden público, tendientes a garantizar el mejor desarrollo de la familia; por lo tanto la ac-

ción que tiene el hijo para establecer quiénes son sus padres, mediante las pruebas respectivas, es sin lugar a dudas un derecho personal que corresponde al hijo.

Pues bien, comenzando con la investigación de la maternidad se puede apreciar, por lo general, que no presenta dificultad alguna, si se toma en cuenta al principio romano *mater semper certa est*, es decir que sólo basta con probar el hecho del parto y la identidad del hijo para establecer la filiación con respecto a la madre; además de que este hecho se ve favorecido con el supuesto de que las madres no rechazan a sus hijos.

El conflicto surge tratándose de la paternidad, en donde las opiniones están sumamente divididas; así podemos encontrar corrientes doctrinarias que prohíben absolutamente la investigación de la paternidad, otras que la permiten y algunas que sostienen un razonamiento intermedio.

Las que la prohíben sostienen que esa acción perturba la paz y el honor de los hogares; que es escandalosa e inmoral; que es de una prueba incierta y que se presta a especulaciones vergonzosas.

Las que la permiten consideran que el hombre está obligado a reparar las consecuencias de su conducta y que los hijos no deben quedar abandonados y en la miseria.

Las que contemplan un razonamiento intermedio argumentan

que percantándose de que los dos sistemas anteriores presentan ventajas e inconvenientes, se prefiere la idea de permitir la investigación pero restringiéndola a ciertos casos en que concurran determinadas condiciones para evitar abusos.

Pero independientemente de los razonamientos antes expuestos, en el ámbito del derecho internacional privado, prevalece el principio de regir a la investigación de la paternidad con la *lex fori*.

En virtud de tales consideraciones, y sin el propósito de agotar el tema de la filiación, estimo conveniente detenerme antes de iniciar el capítulo de la adopción a analizar en qué forma se ve modificado el Derecho Internacional Privado de nuestro país, con motivo de las reformas que ha experimentado el Código Civil en materia de domicilio, estado y capacidad de las personas físicas; así como en el tema de la adopción que trataré en el capítulo siguiente.

Pues bien, el Derecho Internacional Privado que se origina por virtud de los tratados y convenios internacionales, se cristaliza con los esfuerzos realizados, particularmente en el Continente Americano, en las Conferencias Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I, II y III), realizadas en Panamá, Montevideo y La Paz, en 1975, 1979 y 1984, respectivamente, en los cuales México ha participado en 17 de ellas, de las cuales ha firmado y ratifi

cado un total de trece.

Entre los objetivos principales de dichas conferencias, destacan el de crear un sistema de normas de Derecho Internacional Privado que permita la aplicación de una ley extranjera en una ley local o en la ley de un Estado Parte, siempre que ésta la concienta y no se viole con ello la soberanía de algún Estado.

Este sistema de aplicación de leyes permite una solución económica y adecuada de dirimir los conflictos que se suscitan en las relaciones internacionales.

Con similar apreciación, Texeiro Valladao, dice que: "La ley de Derecho Internacional Privado ordena, pues, la aplicación de otra ley incidió en el hecho en causa, ley que podrá ser, total o parcialmente, la ley del mismo legislador, ley propia, *lex fori* o la ley de otra nación, Estado-miembro, provincia, región, religión, etc., ley extranjera, o mejor dicho, ley extraña".<sup>(48)</sup>

Ahora bien sobre estas conferencias, las que tienen estrecha vinculación y que de facto influyeron en las últimas reformas al Código Civil, son las comprendidas en la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas y la Con-

<sup>48</sup> Texeiro Valladao, *op. cit.*, pág. 268.

vención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores de las cuales, por ahora sólo me limitaré a analizar la primera.

6. ANALISIS DE LA CONVENCION INTERAMERICANA  
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE  
DOMICILIO DE LAS PERSONAS FISICAS, EN  
LAS REFORMAS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE  
PARA EL DISTRITO FEDERAL

Esta Convención fue realizada en la ciudad de Montevideo, República Oriental de Uruguay, el 8 de mayo de 1979 y firmado el documento de ratificación por el presidente Miguel de la Madrid Hurtado, el once del mes de febrero de 1987, y es en ba se a esta Convención como dará inicio.

En cuanto a nuestro país, la Ley Federal Mexicana en toda la República (antes de las reformas de 1988, en cuanto al domi cilio), era eminentemente territorial, ya que se aplicaba sol a los que se encontraban domiciliados en la República y a los transeúntes, según se desprende del precepto legal del Código Civil, antes de la reforma, el cual dice:

Art. 12. "Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y la capacidad de las perso nas, se aplican a todos los habitantes de la Re-

pública, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes".

Actualmente, con las modificaciones que ha sufrido el mismo artículo 12 del Código Civil, se sigue el principio del domicilio comprendido en el nuevo artículo 12, que a la letra dice:

"Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte".

De esta forma, puede apreciarse que la innovación introducida en el nuevo artículo consiste en abandonar el territorialismo que caracterizaba al Código Civil. Sin embargo, aún quedan indicios del territorialismo pues se previene que el derecho extranjero sólo será aplicable cuando así lo prevean las leyes o los tratados o convenciones de que México sea parte.

La línea que ha adoptado la vigente legislación civil es de gran importancia, pues el concepto del domicilio tiene un

papel trascendental en el Derecho Internacional Privado, sobre todo en el campo de los conflictos de leyes, que complica a la mayoría de las legislaciones la aplicación del derecho a una relación jurídica.

Así vemos que el Derecho Internacional Privado siempre se ha empleado para resolver conflicto de leyes, además de que también tiene otras implicaciones como pueden ser procesales, administrativas, entre otras.

Para entender cual fue el alcance de las reformas anteriores al Código Civil, haremos referencia a la legislación precedente.

Por domicilio se entendía el lugar donde una persona residía con el propósito de establecerse en él; dicho concepto se integra por dos elementos; uno objetivo, que consiste en el lugar donde una persona establece su hogar o morada; y otro subjetivo, que se integra con el propósito de radicarse en ese lugar, con lo que se presume que una persona tiene la intención de vivir ahí más de seis meses.

Esta situación se presentó porque se estimaba que una persona pudiera tener dos lugares donde viviese por razones de conveniencia, pero se presentaba la dificultad de determinar cuál era su domicilio.

Actualmente esta situación se ve favorecida con el artículo

lo 1832 que establece que cuando una persona tenga varios domicilios, se considerará como tal, el lugar donde resida y si residiese en varios, aquél en el que se encontrase.

Por otra parte, en el 29 del mismo ordenamiento se comprendían los elementos para configurar el domicilio, los cuales eran: la residencia de una persona con el propósito de radicarse en ese lugar y a falta de éste, el lugar donde tuviese el principal asiento de sus negocios y no existiendo éstos en donde se encontrare la persona.

Actualmente, con las modificaciones realizadas en el artículo 29 de la materia que nos ocupa, el elemento subjetivo del domicilio ha perdido importancia, no así al término de residencia que ha sido muy considerado, al cual se le puede distinguir en: residencia habitual y simple residencia, términos que son de gran utilidad para el conflicto de leyes.

Con dichas modificaciones, los elementos que constituyen actualmente al domicilio son:

1. La residencia habitual, esto es, el lugar donde una persona vive en forma permanente y cuando se establezca en él por más de seis meses;
2. Si no se cuenta con aquel, el lugar donde se tenga el principal asiento de sus negocios;

3. A falta de los anteriores, el lugar donde simplemente reside, es decir, el lugar donde una persona habita menos de seis meses; y

4. Si no se presenta alguno de los casos anteriores, el lugar donde se encuentra la persona.

El domicilio entendido de esta forma, encuentra su fundamento, básicamente en la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en Derecho Internacional Privado efectuada en 1979.

Con estas modificaciones, la regulación jurídica del domicilio de las personas físicas se ajusta a las reglas del Derecho Internacional Privado, de modo que se simplifica en gran medida la materia sobre conflicto de leyes.

El artículo 30 del Código Civil vigente, fue otro de los artículos que cambió sustancialmente con las anteriores reformas; ya que desapareció la obligación de declarar, por parte del interesado ante las autoridades respectivas su voluntad de perder su antiguo domicilio y adquirir uno nuevo. Ahora el artículo 30 trata sobre el domicilio legal, lineamientos que permiten una mejor relación conforme al artículo 29; en el entendido de que el artículo 30 expresamente señala:

"El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley fija su residencia para el

ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente".

En lo referente al contenido del artículo 31 (antes 32), es conveniente hacer las siguientes observaciones:

En las fracciones I y II se establece el mismo texto; es decir que conforme a este artículo se reputa domicilio legal;

I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto,

II. Del menor de edad que no está bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor.

La fracción III del citado artículo, que si se ha modificado, contempla como domicilio legal de los menores o incapaces abandonados, el que resulte conforme a las circunstancias previstas en el artículo 29.

En cuanto a la fracción IV es de señalarse la forma en que se determina el domicilio de los cónyuges cuando éstos se encuentran separados; conforme a las siguientes disposiciones:

Se reputa domicilio legal de los cónyuges aquel en el cual éstos vivan de común acuerdo, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 29.

El fundamento de estos lineamientos los podemos encontrar en el artículo 4 de la Convención citada, en la cual se señala:

"El domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consumo, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 2".

Lo que se establece en el artículo 2o., son las disposiciones que fijan el domicilio de la siguiente forma:

Art. 2. "El domicilio de una persona física será determinado, en su orden por las siguientes circunstancias:

1. El lugar de la residencia habitual;
2. El lugar del centro principal de sus negocios;
3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia;
4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare".

Así vemos, que en esencia son las mismas disposiciones que regula nuestro Código Civil vigente; sin embargo el inconveniente que se puede apreciar en la última parte del artícu-

lo 4o., antes citado, que dice:

"... sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 2o., ..." es que deja abierta la posibilidad para que alguno de los cónyuges establezcan sus domicilios donde ellos decidan; cuando una de las finalidades del matrimonio, es precisamente la cohabitación constante y permanente de los cónyuges lo que implica "establecer una comunidad de vida total y permanente entre los cónyuges".<sup>(49)</sup>

es decir, que se debería establecer un lugar fijo para los cónyuges de modo que los hijos no sufran las consecuencias de un matrimonio desunido; lo que implicaría falta de asistencia biopsicosocial de los padres para sus hijos, perjudicando el buen desarrollo de éstos.

Retomando el tema, el artículo 32 de nuestra actual legislación civil regula el hecho de que una persona pueda tener dos o más domicilios, y otorga su solución estableciendo que se tendrá como tal el lugar donde se encontrare.

Con las nuevas disposiciones adicionadas a las leyes civi

<sup>49</sup> Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, pág. 123.

les de nuestro país, concluyo diciendo que el nuevo concepto del domicilio, limita en gran medida al sistema territorialista que contemplaba el artículo 12 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que ahora se conciente la aplicación del derecho extranjero, siempre y cuando no sea contrario al orden público nacional, además de aplicarse también el derecho contenido en los tratados y convenciones en que México sea parte.

Con estas medidas, la materia del domicilio que regula el Código Civil permite dar fluidez a la solución de conflictos de normas que se generan en la aplicación del Derecho Internacional Privado.

Al respecto Montoya Pérez advierte que con las reformas al Código Civil en cuanto al domicilio, "actualmente se vuelve esencial definir en forma precisa lo que se entiende por domicilio ya que se le elevó a una categoría de criterio fundamental para solucionar los conflictos de leyes en materia de Derecho Internacional Privado."<sup>(50)</sup>

Y es así como en virtud de las anteriores indicaciones me permito pasar ahora al siguiente capítulo correspondiente a la adopción, siguiendo el mismo programa de estudio.

<sup>50</sup>Montoya Pérez, Ma. del Carmen, *Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, UNAM, México, 1989, pág. 149.

## CAPITULO III

### LA ADOPCION

#### 1. NATURALEZA JURIDICA DE LA ADOPCION

En cuanto a la naturaleza jurídica de la adopción, partiré del análisis de su concepto, tomando en cuenta las diversas definiciones que se han procurado y atendiendo a la forma en que se ha practicado la adopción en sus orígenes y en sus fines.

Las primeras definiciones que aparecieron sobre la adopción encontraron su fundamento en el Código Civil Francés que contemplaba a la misma como un contrato formal y solemne.

Así mismo, en el siglo XIX el concepto de adopción se vio favorecido por la corriente individualista para que se le regulara como un mero contrato; además de que en esta época de la Revolución Francesa, las doctrinas en torno a la adopción también estuvieron influidas por los principios político, social y económico que imperaban entonces, conduciéndose todos estos con la forma de *laissez faire laissez passer*.

Así pues, durante esta época la presencia de la corriente individualista condujo la voluntad de la persona, libremente

expresada bajo la forma de contrato, interpretándose como ley para las partes, en donde la intervención del Estado sólo se limitó a vigilar que el objeto fuera lícito y que no estuviera en contra del orden público y las buenas costumbres. De modo que la consecuencia que se produjo con estos razonamientos fue la de fundamentar a la adopción con la forma de contrato.

Así, en Francia aparecieron diversas definiciones de adopción como la propuesta por Planiol,<sup>(51)</sup> quien estima que la adopción "es un contrato solemne sometido a la aprobación de la justicia"; Baudry-Lacantinerie dice que "es un contrato solemne, en el cual el ministro es el juez",<sup>(52)</sup> Zachariae considera la adopción como "el contrato jurídico que establece entre dos personas, que pueden ser extrañas una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos".<sup>(53)</sup>

Al lado de quienes consideran a la adopción como un contrato jurídico, se encuentra la postura de José Ferri<sup>(54)</sup> quien entiende que "la adopción es una institución jurídica

<sup>51</sup> Planiol, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo I, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1980, pág. 497.

<sup>52</sup> Baudry-Lacantinerie, *Ibidem*.

<sup>53</sup> Zachariae, *Ibidem*.

<sup>54</sup> Ferri, José, *Ibidem*.

solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas, que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos".

Esta tesis se fundamenta en que la adopción contempla la importancia de la intervención estatal, sin ignorar la actuación preponderante que desempeña la voluntad de los individuos, de querer celebrar el acto.

Así la institución se manifiesta primeramente como un acto jurídico, ya que requiere forzosamente, de la expresión de voluntad de los sujetos a quienes se les va a atribuir sus consecuencias.

Sin embargo, la voluntad entre adoptantes y adoptado o sus representantes, no es suficiente para que tenga lugar la adopción. Se requiere además de la intervención judicial que no puede figurar sino después de que se ha exteriorizado la voluntad de los interesados y habiéndose comprobado los requisitos que la ley señala para la adopción.

Expuesta de tal manera, algunos autores entienden que la adopción es un acto jurídico plurilateral, pues en él interviene tanto particulares como representantes del Estado.

Por tal motivo, Ferri<sup>(55)</sup> al referirse a su definición, sostiene que la idea de contrato ya no cuenta en la época actual. Y esto se debe a que la adopción se encuentra regulada por la ley, en cuanto a sus requisitos, efectos y formas, de manera que la autonomía de la voluntad se encuentra restringida considerablemente.

Con la misma tendencia se expresa Sara Montero Duhalt que hace el siguiente planteamiento: "Si se entiende por contrato a un convenio que crea, transmite consecuencias jurídicas en el cual las partes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; y de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, base de los contratos, la adopción no tiene naturaleza contractual, pues en ella no impera el principio de la autonomía de la voluntad".<sup>(56)</sup>

Yo me sumo a estos razonamientos, pues no basta que las partes manifiesten su voluntad de querer celebrar el acto de adopción, sino que será necesario que medie un acto de autoridad judicial que resuelva si se han dado cumplimiento a los requisitos que la ley fija a la adopción, para darle validez al acto.

<sup>55</sup> Ferri, José, *op. cit.*

<sup>56</sup> Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, pág. 324.

Con este razonamiento, Ferri alude al término de institución y no de acto jurídico, pues este último supone un amplio ejercicio de la autonomía de la voluntad.

También se dice que la adopción es una institución solemne y de orden público debido a que cuando se crean y modifican las relaciones de parentesco por la adopción, se compromete al interés del Estado.

Otra caracterización que se ha pretendido dar a la naturaleza de la adopción, es la de un contrato de adhesión; ya que los interesados manifiestan su voluntad de adherirse a un instituto legal existente y debidamente reglamentado.

Por su parte Galindo Garfias<sup>(57)</sup> manifiesta que en el acto de la adopción debe concurrir tanto la voluntad de los particulares, como la voluntad del órgano judicial, coordinándose entre sí, pues dice que existe una relación entre el carácter afectivo del adoptante con el interés que tiene el Estado en la protección de los menores e incapacitados, además de que es en virtud del interés público como debe intervenir el órgano jurisdiccional para velar que la adopción se lleve a cabo en beneficio del menor.

Con este fundamento, externa su opinión en el sentido de

<sup>57</sup>Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, pág. 655.

que el acto de la adopción es un acto jurídico complejo de carácter mixto, porque media tanto el interés de los particulares como el del Estado.

Otros autores han querido ver en la adopción un acto de poder estatal, en razón de que es la autoridad competente la que aprueba y determina la adopción a su arbitrio.

Podemos concluir diciendo que la conjunción de estas voluntades<sup>(58)</sup> es esencial para la creación de la adopción, lo que la convierte en un acto jurídico plurilateral de carácter mixto de efectos particulares y de interés público.

## 2. REFERENCIA HISTORICA DE LA ADOPCION

Como veremos en seguida, la adopción siempre ha constituido una relación de parentesco artificial, una consanguinidad ficticia. Sus condiciones, sus fines y sus efectos, difieren mucho en los distintos Estados y de acuerdo a la civiliza-

<sup>58</sup> Voluntad como la del adoptante que es esencial para la constitución del acto de adopción, la de los representantes legales del adoptado y en algunos casos se requiere también del consentimiento del adoptado; situación que se presenta en nuestro derecho civil, pues en la fracción IV, último párrafo del artículo 397 del Código Civil para el Distrito Federal, se establece que será necesario el consentimiento del menor que va a ser adoptado, si tiene más de catorce años, y también se requiere de la voluntad de la autoridad que decreta la adopción.

ción de cada uno de ellos.

Así encontramos que en Asia oriental, la adopción sirve para mantener el culto ancestral; y en las antiguas legislaciones europeas era un medio de fortalecer las familias debilitadas.

Entre los persas, los germanos, los griegos y los romanos la adopción era necesaria para dejar un sucesor en la familia, así como en los bienes de ésta; además la adopción iba acompañada de un signo sensible que fuese como señal de la paternidad que se establecía en ese momento, como podía ser un parto simulado o una mamada de pecho en los pueblos primitivos o la introducción del pie en el calzado del adoptante entre los germanos.

En Grecia tenía tal importancia, que la misma voz *poietos* servía para designar al hijo adoptivo y al heredero testamentario. La adopción del hijo equivalía a la adopción del heredero (*adoptio in hereditatem*), forma que servía para la transmisión de los bienes.

En el derecho romano, la adopción llegó a tal grado de importancia, que se le empleaba para múltiples fines, en los cuales se comprendía:

- a. Continuar en culto doméstico;
- b. Hacer entrar en la familia civil o agnática indivi-

duos de la natural o cognaticia que estaban fuera de ella, como los descendientes emancipados, los de las hijas *in manu* y los legítimos;

c. Pasar de un Estado a otro Estado, y así los latinos se hacían romanos por medio de la adopción;

d. Pasar de una a otra clase social, de plebeyo a patricio y viceversa, para poder lograr los cargos públicos vinculados en cada una;

e. Utilizar las ventajas que las leyes caduciarias concedieron a los que tuvieron tres o más hijos;

f. Evitar las penas señaladas por las mismas leyes a los célibes y a los casados sin hijos;

g. En los últimos tiempos del Imperio servía la adopción para dar un sucesor en el mismo.

Las formas en que se practicó la adopción en Roma fueron dos; la adopción en sentido lato comprendía la arrogación y la adopción en sentido estricto. La diferencia entre una y otra consiste en que en el primer caso se trataba de la adopción de una persona *sui juris*, esto es, ciudadano no sometido a la patria potestad de otro.

En cambio, en la adopción propiamente dicha, se adoptaba a una persona *alieni juris*, o sometida a la potestad de otra.

Ya en la Europa moderna, la adopción sirve al interés in

dividual de personas sin hijos, favorecidas por varios Estados en cuyo territorio el número de casos de hijos sin padre es muy alto.

En algunos países se permite a un padre adoptar a sus propios hijos ilegítimos. Para otros Estados se encuentra prohibido por su legislación que alguien adopte a un hijo ilegítimo, esto conforme a algunos sistemas modernos, como los de Italia, Bulgaria y hasta 1914, Austria.<sup>(59)</sup>

El derecho inglés y sueco no permiten la adopción más que en el caso de menores. La mayoría de las leyes no limitan la adopción con esta regla. La edad que se exige al adoptante para adoptar a otra persona varía de un país a otro (50 años en Alemania; 45 en España; 40 en Suiza, Francia, Austria; 25 en Inglaterra, conforme a la Ley de Adopción de Menores de 1949).

Los métodos de adopción varía de igual forma. Algunos países requieren del acuerdo de consentimiento entre el adoptante y la persona que es adoptada o su representante legal, para celebrar la adopción. Aunque como veremos más adelante, es frecuente que se requiera del consentimiento de otras personas (los padres del niño, el esposo de la adoptante) y la

<sup>59</sup> Wolff, Martín, *op. cit.*, pág. 380.

confirmación de la adopción por el tribunal o autoridad competente; en tanto que según otros sistemas jurídicos (Inglaterra, Italia, España, Suiza, los Estados escandinavos), la adopción se regula conforme a la discreción de las autoridades competentes conceder o rehusar la confirmación.

Con respecto a los efectos de la adopción existe igualmente diversidad. Por lo común los derechos y deberes de los padres naturales o del tutor con relación a la custodia y educación se extinguen y se reemplazan por los derechos y deberes correspondientes por parte del adoptante; exceptuando a Italia, el poder paterno queda en los padres naturales; con esta medida el adoptante sólo adquiere el derecho de conceder o rehusar el consentimiento paterno para el matrimonio.

Contrario a esta medida es el sistema inglés, como otros en donde se considera como totalmente extinguido el deber de manutención de los padres naturales, reemplazado por la obligación del adoptante.

Ahora bien, como consecuencia de la adopción, se crean relaciones entre el adoptante y el niño adoptado; sin embargo hay legislaciones que no extienden dicha relación a la sucesión del niño adoptado, como las de Italia, Austria y con ciertas restricciones, también Alemania.<sup>(60)</sup>

<sup>60</sup> Wolff, Martin, *op. cit.*, pág. 381.

Pero por lo general, las medidas tutelares que adoptan los países para proteger a los menores de edad, se manifiestan en el sentido de conceder al niño adoptado sucesión a la propiedad de sus padres naturales y a la propiedad del adoptante; pero en donde no hay consenso es en el caso de la muerte del niño, pues algunas legislaciones reglamentan que sólo los padres naturales suceden *ab intestato* y no el adoptante.

Después de haber examinado en forma genérica la figura de la adopción, veamos ahora cuales son las condiciones que rigen la adopción, como la capacidad y los requisitos sustanciales y formales.

### 3. CONDICIONES QUE RIGEN LA ADOPCION

#### A. LA CAPACIDAD

De lo referente a la capacidad analizaremos primeramente quiénes pueden adoptar. Pueden serlo hombres o mujeres, solteros o casados en goce de los derechos civiles y que reúnan los requisitos legales.

También se ha dicho que pueden adoptar las personas de existencia visible, es decir las personas físicas, no así las personas jurídicas. Pues a las personas físicas son a quienes se les atribuye un fin moral de generosidad, como es el de in-

tegrar una familia; finalidad que no se puede asignar a las personas jurídicas. Aunque los casos de adopción que se han llegado a practicar por parte del Estado, se han considerado como meras menciones honoríficas o implican asistencia a menores desamparados.

Otros de los sujetos que pueden adoptar, son las personas impotentes. El criterio que ha favorecido esta situación, descansa en el deseo de conformar una familia o dar un sucesor a quien no podía tener o no había tenido hijos.

En cuanto a los sacerdotes católicos, existía la imposibilidad para que éstos pudieran adoptar, así lo establecía el Fuero Real que influyó posteriormente al derecho de varios países occidentales. En España se encuentra prohibida, al igual que en Chile y en Austria. Sin embargo se considera que siendo el fin perseguido por la adopción el de proveer a la formación moral del menor, algunas legislaciones sostienen que no existe impedimento alguno para que un sacerdote católico pueda adoptar.

Ahora veamos en qué situación se encuentran los tutores y curadores cuando quieren adoptar a la persona bajo cuyo cargo se encuentran encargados. En el derecho romano se establecía: "No es permitido a un tutor, o a un curador, adoptar a aquellos cuyos bienes administra, en cuanto a ellos sean menores de veinticinco años, suponiéndose que los adopte para evitar la

rendición de cuentas. Deberá verificarse si la causa de la adopción no es deshonesta".<sup>(61)</sup>

Con esta disposición se evitaba que por medio de la adopción se pudiera encubrir actos dolosos en contra de los bienes del incapaz.

En el derecho moderno, casi todas las leyes han establecido disposiciones tendientes a proteger los intereses de los incapaces por medio de la tutela o curatela, en caso de ser adoptados por sus tutores o curadores. Por lo cual se exige en la mayoría de los casos la rendición de cuentas.

Una vez que han quedado garantizados los interesados de los menores mediante la exigencia de la rendición de cuentas, no habrá oposición para que el tutor o curador adopten a sus protegidos. Así se pronuncia nuestro Código Civil en su artículo 393, cuando dice:

"El tutor no puede adoptar al pupilo sino hasta después de que haya sido definitivamente aprobadas las cuentas de tutela".

Con estos lineamientos dejo expuesto quiénes tienen capa-

<sup>61</sup> Doctores Charny, Hugo y De Benedetti, Wesley, *Enciclopedia Jurídica* ONEBA, Tomo I, Ed. Bibliográfica Argentina, 1980. pág. 505.

cidad para adoptar y me dispongo ahora a tratar la situación de los adoptados, con la siguiente cuestionante:

"Quiénes pueden ser adoptados".

Toda persona cualquiera que sea su nacionalidad, edad, sexo o estado civil, puede, en términos generales, ser adoptada.

Con respecto a la capacidad existen discrepancias en la doctrina respecto a dos cuestiones importantes, como son:

Si los hijos ilegítimos pueden ser adoptados por sus padres naturales y si los cónyuges pueden ser adoptados por una misma persona.

Respecto del primer planteamiento, la adopción por parte del padre natural en cuanto a sus hijos ilegítimos, era permitida en Roma pero la prohibió posteriormente Justiniano.

Las legislaciones posteriores nada dicen al respecto. Luego de diversos criterios en cuanto a la práctica de este tipo de adopción la Corte de Casación Francesa llegó a la conclusión de permitirla, incorporándola en el Código de Napoleón.

En el Código Civil italiano prohíbe también esta situa-

ción por parte de los padres de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

En virtud de esta regulación, surgieron opiniones oponiéndose a este tipo de adopciones, como la de Solmi<sup>(62)</sup> quien sostuvo que es incompatible el vínculo de sangre con el de la adopción. Agregaba que para hacer ingresar en la familia a los hijos naturales, la ley contemplaba otros medios, cuales son el reconocimiento y la legitimación.

Uruguay y Venezuela, al igual que Italia prohíben esta clase de adopción; Suecia en cambio, la admite en forma expresa.

En Suiza no se hacen restricciones a la misma.

En cuanto al siguiente planteamiento, que consiste en determinar si es posible la adopción de ambos cónyuges por una misma persona algunos autores se oponen a la adopción así practicada, pues alegan que ellos, los cónyuges, serían hermanos por adopción, a los que el matrimonio estaría prohibido por haber sido adoptados con anterioridad a su enlace; razón por la cual no sería posible la adopción de dos cónyuges por una misma persona.

<sup>62</sup> Solmi, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, op. cit., pág. 505.

Con similar argumento quedó establecido el artículo 348 del Código de Napoleón que prohibió el matrimonio entre hijos adoptivos de un mismo individuo.

Conforme a un criterio diverso, se sostiene que nada se opone a que dos cónyuges puedan ser adoptados con posterioridad a su matrimonio.

Para concluir con este cuestionamiento referente a las personas que pueden ser adoptadas, existe una prohibición más que converge no en atención al estado civil de la persona que es adoptada, sino en base a su edad.

Así se manifiesta la ley para Inglaterra de 1926 y para Escocia de 1930 que sólo permiten adoptar a menores de veintidós años que nunca hubieran estado casados.

Con este punto dejo agotado lo referente en cuanto a la regulación que se sigue en la ley y doctrina sobre la capacidad para adoptar y para ser adoptado, para pasar ahora a tratar el tema de los requisitos sustanciales y formales que imperan en la adopción.

## B. REQUISITOS SUSTANCIALES Y FORMALES

Comencemos con los requisitos de fondo. En esta parte me referiré a la edad del adoptante y del adoptado.

## I. Edad del adoptante

Anteriormente comentaba que dicha formalidad varía en las legislaciones, pero en todas se estipula una edad mínima para el adoptante.

Ya en el período de Justiniano, se estableció en el Digesto una edad mínima para el adrogante fijándose a los sesenta años.

El Código de Prusia de 1794 exigía una edad mínima de cincuenta años, aunque esta edad era dispensable.

Esta misma edad se estableció para el adoptante en el Código de Napoleón; aunque después de la reforma de 1923 al Código francés, se fijó la edad mínima en cuarenta años y ya no a los cincuenta como anteriormente se establecía.

El Código de Venezuela también establece la edad mínima para el adoptante a los cuarenta años. En Uruguay y España se exige un mínimo de cuarenta y cinco años. Las leyes de Panamá y Japón exigen que el adoptante debe tener más de veintidós años, o ser mayor de edad, respectivamente.

La ley de adopción de Chile determina que sólo podrán adoptar las personas mayores de cuarenta años y menores de sesenta.

El supuesto del que parten algunas legislaciones para fi-

jar la edad mínima en cuarenta años, presume que si bien no se ha perdido la esperanza de tener hijos por procreación, puede ya considerarse que tal imposibilidad sea definitiva, por lo que la adopción vendría a suplir el papel de un hijo de familia.

Cabe aclarar que la edad mínima exigida con anterioridad incluye solamente a los cónyuges que pretenden adoptar, más no a los solteros, para quienes algunas legislaciones establecen la edad a los cincuenta años, con el fin de evitar posibles corrupciones. A este respecto, estimo que la medida es buena, pero pienso que no es necesario hacer esperar tanto tiempo a aquella persona que por diversas razones no pueda tener descendencia en su familia, tan sólo porque existe la presunción en la ley de cometer actos en contra del menor o del mayor incapacitado, porque no se cuenta con la edad requerida.

Este problema quedaría resuelto con una reglamentación mejor estructurada, como la que contempla nuestro Código Civil vigente en su artículo 390, que en uno de los puntos que establecen la adopción, se exige al soltero que pretenda adoptar, ser mayor de veinticinco años.

De la interpretación de este mismo artículo, se desprende que la edad exigida de veinticinco años para el adoptante pue-

de aumentar, según la edad del adoptado,<sup>(63)</sup> y precisamente sobre la edad del adoptado, es como seguiré con la exposición de este tema.

## II. Edad del Adoptado

El Código de Napoleón, al igual que la Ley de 1923 para Inglaterra y de 1930 para Escocia, exigieron la mayoría de edad para el adoptado al fijarla en veintún años.

Posteriormente la Ley Francesa de 1923 y el Código Civil alemán, han suprimido el límite de edad. En la misma forma se ha legislado en Suecia, Checoslovaquia, Brasil, Chile y Uruguay.

En cuanto a nuestro Código Civil, se autoriza la adopción para menores, salvo con algunas restricciones, tratándose de incapaces, mayores de edad, conforme al artículo 390, citado anteriormente.

En el Código Civil francés, a requerimiento de la Corte de Casación se indicó la posibilidad de adoptar a un mayor de edad.

La adopción de personas adultas, según diversos autores,

<sup>63</sup> Es decir que la edad base que fija el Código Civil es la de veinticinco años, pero cuando el adoptado es un incapacitado mayor de edad, el adoptante o los adoptantes deben ser diecisiete años más grandes que el adoptado.

se justifica en el deseo de un individuo de nombrar a su succe sor, es decir, quien lo sucede en los bienes y quien lleve, además de que los hijos del adoptado sean estimados como los nietos del adoptante. Sin embargo, los inconvenientes por los cuales adolece este criterio se pueden concretar en los siguientes razonamientos: Para decidir quién sucede a una persona en sus bienes o en el apellido no es menester adoptar lo; ya que un simple testamento lo puede instituir como heredero de los bienes del adoptante.

En cuanto al apellido, éste se concibe más bien como una conveniencia aristocrática sin relevancia jurídica o social, que no debe ser estimada por el legislador, pues carece de fundamento jurídico.

Aunque esta situación no es el caso de la reglamentación de la adopción en nuestro sistema jurídico, si se produjo en Francia, donde hubieron adopciones de personas con apellidos ilustres a favor de otras con apellidos sin brillo, pero solventes, respondiendo al deseo de sumar a la riqueza un nombre ilustre.

Por consiguiente, podemos deducir que los motivos invoca dos no justifican la adopción de mayores y con ello se reglamentarían circunstancias de carácter puramente subjetivo.

Para complementar el tema, haré referencia a la diferen-

cia de edad entre adoptante y adoptado, que aunque ya lo he mencionado, trataré de precisarlo.

Por el principio de *Imitatio Naturae*, los romanos establecieron que entre adoptante y adoptado debía haber una diferencia de edad que Justiniano fijó en diociocho años.

Esta disposición se ha mantenido en la mayoría de las legislaciones modernas. Salvo la Ley francesa de 1923 que dispone la diferencia de edad de quince años; en diecisiete, nuestra legislación (conforme al artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal), y en veintiún años la ley del Reino Unido.

Una vez analizado lo relativo a las edades en la adopción, pasemos ahora a ver de que forma se regula el consentimiento para llevar a cabo la adopción.

### III. El Consentimiento

Sin el consentimiento sería imposible toda adopción. Para que se pueda constituir el acto de adopción, debe existir consentimiento del adoptante, de los representantes del menor o mayor incapacitado, en ciertos casos se requiere de la voluntad del adoptado (en nuestro derecho cuando el menor de edad es mayor de catorce años).

En las legislaciones que permiten la adopción de mayores,

bastará que el adoptado preste su consentimiento. El problema radica tratándose de menores de edad, de acuerdo con las disposiciones de fondo sobre el discernimiento y la capacidad, pues el niño no puede decidir por sí solo, ya que presenta una *capitis diminutio*, es decir que se encuentra limitado en su capacidad de ejercicio.

Las leyes varían en este punto. Los Códigos de Uruguay, España y Suiza, exigen solamente el consentimiento de los adoptados mayores de edad, o el del representante legal si se haya re bajo potestad paterna o poder tutelar.

El Código de Venezuela dispone que el menor debe dar su consentimiento expreso si ha cumplido doce años de edad.

El Código de Perú, al igual que el nuestro, dispone que el menor debe expresar su consentimiento si es mayor de catorce años. La ley francesa de 1923 determina que sólo el menor podrá manifestar su voluntad, si es mayor de dieciseis años.

Esta cuestión del consentimiento con relación a las edades, la podemos apreciar conforme a Coll y Estivill<sup>(64)</sup> en dos planos. Según se trate a la adopción como contrato, o bien como institución jurídica.

<sup>64</sup> Coll y Estivill, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, op. cit., pág. 509.

En el primer caso es imprescindible el consentimiento válido y por consiguiente la mayoría de edad en el adoptado.

En tanto que analizada institucionalmente, se puede prescindir del concepto jurídico de mayoría de edad para atender solamente al principio biológico de inteligencia y de voluntad. (65)

Es decir que con objeto de asegurar el consentimiento psicológico del menor, en las legislaciones se fija una edad desde la cual el menor debe ser oído por el juez, o la autoridad competente, tomando en cuenta la disposición de voluntad del menor en el acto. Así la conformidad que el menor manifieste en el acto de adopción no podrá ser en su perjuicio; además de que a la mayoría de edad, el adoptado se encuentra facultado por la ley para revocar el vínculo adoptivo.

Siguiendo con la exposición del tema, en párrafos anteriores, señalaba que hay legislaciones en las cuales existe la posibilidad de adoptar a mayores de edad o a hijos sujetos a patria potestad, o bien a alguno de los cónyuges unidos en matrimonio. Por consiguiente, no habría que ignorar el consentimiento de quienes deban darlo.

65 Charny, Hugo y De Bonedetti, Wesley, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, op. cit., pág. 509.

Sin embargo, cuando se trata de mayores de edad, en las leyes que admiten esta adopción, no se origina problema alguno por lo que respecta a la aprobación de los padres del adoptado ya que no es necesario el consentimiento de aquellos y sólo queda el criterio del hijo al cumplir con los deberes morales hacia sus progenitores cuando ha sido debidamente adoptado. Y a reserva de que lo estudiemos más adelante, se podría agregar que prevalece entre el adoptado y sus parientes de sangre el impedimento para contraer matrimonio, en línea ascendente o descendente.

Esta situación se regulaba en el Código de Napoleón en la medida que se exigía el consentimiento de los padres hasta que el hijo tenía veinticinco años. Pero esta reglamentación se modificó con la Ley de 1923, estableciendo que sólo es necesario el consentimiento de los padres, tratándose de menores de edad.

Esta tendencia sirvió de fundamento a códigos posteriores.

No así para el italiano que sostuvo tal exigencia de manera que siempre que el adoptado tenga padres o cónyuges vivos, éstos deben prestar su consentimiento.

En lo que respecta a los menores sujetos a patria potestad para ser adoptados, las leyes exigen el consentimiento de los padres, por tratarse de una obligación que se deriva preci

samente de la patria potestad.

Por lo que toca al consentimiento del cónyuge del adoptado, las leyes que lo reglamentan, sostienen que es indispensable el consentimiento del otro cónyuge. Esta formalidad de la ley es atribuida en razón de la vinculación existente entre marido y mujer.

El siguiente punto que trataré en seguida, versa en cuanto a la conducta con la cual se ostenta el adoptante o los adoptantes, pues uno de los principios de la adopción consiste en contribuir al buen desarrollo moral e intelectual del menor y si el adoptante no cuenta con estos atributos, no podría consentirse la adopción. Así pues analizaré la reputación del adoptante como siguiente requisito para constituir la adopción.

#### IV. Reputación del Adoptante

Como lo he venido señalando, otro de los requisitos que se toma en cuenta para la celebración de la adopción, se orienta hacia la conducta del adoptante; pues es precisamente la tarea del adoptante orientar y dirigir la personalidad y la educación del adoptado.

Por tal motivo, códigos de diversos países, así como el nuestro, lo reglamentan expresamente. Al respecto, en la frac

ción III del artículo 390 de nuestro Código Civil, se señala que la adopción se podrá llevar a cabo si se acredita además:

"Que el adoptante es persona de buenas costumbres", por lo cual el requisito del cual he venido hablando, también se aplica en nuestra legislación.

No obstante, en el supuesto de que este principio no se encontrare legislado el juez cuenta con la facultad para apreciar los antecedentes, así como la conducta del adoptante.

Hay otros que implican suma importancia, pues como hemos visto, se trata de una institución jurídica y no de un simple contrato, y estos son los requisitos de forma, que se refieren a la intervención de las partes, en donde se manifiesta la expresión de voluntad de cada una de ellas, a la intervención judicial, a la resolución judicial que autoriza la adopción, al acto donde se levanta el acta correspondiente, entre otros.

Una vez que dichos requisitos quedan satisfechos, el acto jurídico de la adopción queda debidamente formalizado, con lo cual comienzan a surtir efectos, los cuales analizaremos en el siguiente inciso.

### c. EFECTOS DE LA ADOPCION

Los efectos jurídicos de la adopción han venido evolucionando a lo largo del tiempo. En el Derecho Romano, por el principio de *Imitatio naturae*, el adoptado se desvinculaba totalmente de su familia para ingresar en la del adoptante. En la actualidad se han ajustado los efectos de la adopción.

La adopción crea vínculos entre dos personas, principalmente: adoptante y adoptado, pero también surten efectos en cuanto a la familia de ambos. Por lo cual se analizarán las siguientes situaciones:

- a. Si el adoptado se desvincula totalmente de su familia de sangre;
- b. Si el adoptado entra en la familia del adoptante;
- c. Si el vínculo se extiende a los parientes del adoptado.

Con respecto al primer planteamiento que consiste en determinar si el adoptado se desvincula totalmente de su familia de sangre, se puede decir que por medio de la adopción, el adoptado no pierde los derechos y deberes que resultan del parentesco de sangre, excepto la patria potestad que se transmite al adoptante.

El adoptado conserva, por consiguiente su derecho a la

sucesión testamentaria de sus padres naturales y subsiste la obligación alimentaria recíproca. Así se manifiestan algunas de las leyes modernas; por citar algunas: leyes de Brasil, España, Perú, Italia, Ley francesa de 1923 y la nuestra, que en el artículo 403 del Código Civil dice:

"Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque en tonces se ejercerá por ambos cónyuges".

En atención al inciso b), el adoptado no entra en la familia del adoptante, ni queda unido a ella por ningún lazo de parentesco. Por lo tanto no adquiere, ni contrae con respecto a ella derechos ni obligaciones.

Esta situación quedó regulada por el Código de Napoleón que no sostuvo el razonamiento del Derecho Romano, que introducía en una familia, en todos sus grados, a un individuo extraño a la misma. Esta solución francesa pasó a la mayoría de las legislaciones modernas.

Con esta misma postura se reglamenta la adopción en nuestro país; ya que el artículo 402 del Código Civil sostiene que los derechos y obligaciones derivados del parentesco que resul

ten de la adopción (parentesco civil) se limitan al adoptante y adoptado. Para precisar dicha relación, Sara Montero señala que el parentesco civil que se origina por la adopción entre adoptante y adoptado es de primer grado en línea recta.<sup>(66)</sup>

Por consiguiente el adoptado no entra a formar parte de la familia del adoptante, lo que no ofrece mayores beneficios a los niños abandonados, en el sentido de incorporarlos al seno de otra familia.

Pienso que la reglamentación que sigue nuestro Código se debe al sistema de la adopción simple, que como veremos más adelante, resulta inconveniente seguir con este sistema del cual se nutre la adopción en nuestro país; por lo cual es necesario acoger al sistema de la adopción plena.

Siguiendo con el análisis, en el inciso c), se cuestiona si el vínculo de la adopción se extiende a los parientes del adoptado. El criterio que se sigue es que el adoptante no tiene, frente a los ascendientes y colaterales del adoptado, ningún vínculo jurídico.

Respecto a los descendientes del adoptado, no hay un criterio unificador. No es sino hasta la ley francesa de 1923 cuando se aclaró el problema, al extender los efectos de la

<sup>66</sup> Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, pág. 329.

adopción a los descendientes del adoptado, sin distinguir entre los nacidos con anterioridad o con posterioridad a la creación del vínculo adoptivo.

Por su parte el Código alemán sostiene que los efectos de la adopción se extienden a los descendientes del adoptado nacidos después de celebrarse la misma. La Ley de Brasil y la de Uruguay del niño limitan únicamente el vínculo entre el adoptante y el adoptado.

Otro de los efectos que constituyen la adopción, lo forma la patria potestad.

Hay legislaciones en donde la patria potestad no continúa en los padres naturales del adoptado, sino que se transfiere al adoptante.

Pese a que el Código de Napoleón no trataba el asunto, debido a que se limitaba únicamente a la adopción de mayores, la Ley de 1923 confiere la patria potestad al adoptante. La misma regulación contienen los Códigos de Alemania, España, Brasil y otros, entre ellos la de nuestro país, que conforme al artículo 403 del Código Civil, citado anteriormente, se establece dicha disposición; en el sentido de que la adopción crea o transmite la patria potestad al que adopta.

Paralelamente a esta regulación, la ley francesa de 1923 y el Código alemán contemplan el caso particular de falleci-

miento, interdicción o desaparición legalmente probada, así como incapacidades sobrevinientes al adoptante, en cuyo caso se dispone que la patria potestad sea recuperada por los padres naturales.

Ahora bien, una vez que el adoptante ejerce la patria potestad, se presentan algunas situaciones particulares, mismas que atenderé a continuación.

#### 1. Administración de los Bienes del Adoptado

Tanto la doctrina como la mayoría de las legislaciones otorgan en favor del adoptante la administración de los bienes del menor. Pero generalmente se le priva del usufructo de los mismos; análogamente se dictan normas tendientes a asegurar la administración de los bienes del adoptado.

Así se conducen los Códigos de España, Perú, Colombia, Ley Chilena de 1943.

En nuestro país, las medidas son diferentes, pues conforme al artículo 425 del Código Civil, los que ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes de los que se encuentran sujetos a ella. Y en cuanto a los bienes del hijo si son bienes que se adquieren por su trabajo, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo; pero si son bienes del hijo que se adquieren por cualquier

otro título, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; en tanto que la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad (arts. 428, 429 y 430 del Código Civil), que en este caso sería el adoptante o los adoptantes.

## 2. Apellido del Adoptado

El adoptante transmite su apellido al adoptado, desde que la adopción produce los efectos de la filiación legítima. Sin embargo, la dificultad radica en que en ciertos casos el adoptado conserva el apellido de sus padres naturales.

Al respecto la doctrina y las leyes han resuelto el problema confiriendo el nombre del adoptante al adoptado.

En Roma, el adoptado tomaba el nombre de la *gens* y de la familia del adoptante, sistema que se mantuvo en el Código de Prusia de 1794, conocido con el nombre de Landrecht.

En las legislaciones modernas, por lo general, el adoptado agrega, al suyo propio, el apellido del adoptante. En forma similar se pronuncian los Códigos de Bélgica, Italia, Perú, Bolivia; en tanto que otras legislaciones expresan que el adoptado debe llevar directamente el nombre del adoptante, es decir que consideran el hecho de dar el apellido del adoptante al adoptado como una obligación.

La postura que defiende nuestra legislación, es la de dejar al arbitrio del adoptante la determinación de darle o no su nombre de familia al adoptado, ya que en el artículo 395 del ordenamiento civil, en su último párrafo dispone que: "El adoptante podrá darle el nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción". Estimo al respecto que esta facultad del adoptante sufre una excepción cuando se trate de menores abandonados de quienes no se tenga ningún antecedente en cuanto a su origen, pues en este caso estaría obligado el adoptante a que su nombre apareciera en el acta correspondiente, porque no podría quedar el menor adoptado sin nombre completo.

Una consecuencia más que se deriva de la adopción, se sitúa en los impedimentos para contraer matrimonio, que es el tema con el cual continuaré mi exposición.

### 3. Impedimentos maritales

En virtud de la adopción, surgen relaciones entre el adoptante y el adoptado, por lo cual existen impedimentos matrimoniales entre ellos mismos; entre los hijos adoptivos de una misma persona; y entre el hijo adoptivo y el descendiente sanguíneo del adoptante.

Por consiguiente y para mediar dichas relaciones, en las

legislaciones se proponen diversos sistemas, como son:

### I. Sistema prohibitivo

Este sistema se opone al matrimonio entre las personas de la familia adoptiva a quienes la ley prohíbe expresamente la unión; sin embargo, cuando se lleva a cabo, este tipo de enlace se considera nulo.

Con este sentido se manifiestan los Códigos de algunos países, como el nuestro, que en su artículo 157 del Código Civil señala:

"El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción".

Como podemos apreciar, esta prohibición no es definitiva, el matrimonio podrá verificarse entre esas personas, una vez que quede disuelto el vínculo adoptivo.

### II. Sistema de la libertad absoluta

Con este método, no se obstaculiza al matrimonio con ningún impedimento, tratándose de padres e hijos o hermanos adoptivos.

### III. Sistema intermedio

De acuerdo a este procedimiento, las prohibiciones se en

cuentran establecidas en la ley, pero frente a la inobservancia de las mismas, no se declara nulo el matrimonio así realizado, sino insubsistente el vínculo adoptivo.

Otras de las consecuencias que se derivan de la patria potestad, que se establece por virtud de la adopción, se sitúa en el punto siguiente.

#### 4. Obligación alimentaria

Esta obligación se encuentra incorporada en todas las legislaciones y se presume que la misma existe entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes.

Esta obligación es recíproca, conforme a nuestra legislación ya que por un lado, se establece que el que adopta tendrá los mismos derechos y obligaciones con el adoptado que con los de los hijos consanguíneos. Aquí pueden encuadrar los alimentos (art. 395), pero aunada a esta obligación, también se encuentra la del adoptado de suministrar alimentos al adoptante cuando éste haya caído en pobreza, so pena de revocar la adopción.

Continuando con esta exposición, ahora trataré el punto relacionado con el derecho sucesorio entre adoptante y adoptado.

## 5. Efectos de la adopción en el derecho sucesorio

Para enfatizar cuales son los derechos de cada parte en el vínculo adoptivo, trataré por separado los derechos del adoptante y sus descendientes legítimos en la sucesión del adoptante y los derechos del adoptado en la sucesión del adoptado.

En cuanto al primer planteamiento, las leyes coinciden en equiparar al hijo adoptivo a la condición del hijo legítimo.

Al respecto nuestro Código Civil, en el artículo 1612, dispone que: "El adoptado hereda como un hijo pero no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante".

De este precepto legal se desprende que no hay vinculación del adoptado con los parientes del adoptante, pues aquél no hereda a los parientes de éste.

En el segundo supuesto, se cuestiona si hay derechos del adoptante en la sucesión del adoptado. El principio que, por lo general, sostienen las legislaciones, dispone que el adoptante no hereda *ab intestato* al adoptado; esto se reglamenta con el propósito de impedir adopciones con fines de lucro.

Así lo establecen los Códigos de Italia, Perú, Venezuela, Colombia.

En cambio, Brasil dispone que falleciendo el adoptado sin dejar descendientes y no teniendo padres de sangre, el adoptante excluye a cualquier otro heredero.

La regulación que establece nuestro Código Civil en el artículo 1913, en cuanto a los herederos del adoptante, en la sucesión del adoptado, consiste en determinar que los padres adoptantes sólo tendrán derecho a alimentos, si concurren al mismo tiempo los descendientes del adoptado.

Sin embargo, pienso que, al igual que la ley brasileña, si a la muerte del adoptado no hubieren descendientes ni padres de sangre de éste, nada impide que el adoptante (o los adoptantes) excluya a cualquier otro heredero.

Para concluir, haré referencia a las normas conforme a las cuales termina el vínculo adoptivo.

#### 6. Extinción de la adopción

Sobre este tema encontramos en la legislación, como en la doctrina que principalmente son tres las formas de extinguir el lazo adoptivo, estos son:

- a. Por fallecimiento del adoptado o del adoptante;
- b. Por nulidad o anulación de la adopción; y
- c. Por revocación de la misma.

Como vemos, la adopción puede terminar por consecuencias naturales sin responsabilidad para ninguna de las partes; voluntariamente por el adoptado, cuando es por revocación, aunque también puede ser revocación por acuerdo de voluntades, en el momento que el adoptado alcanza su mayoría de edad y conviene con el adoptante en terminar con el vínculo adoptivo.

Nuestra legislación alude a estos supuestos en los siguientes artículos:

El artículo 394 del Código Civil contempla la extinción de la adopción por impugnación del adoptado, cuando dice: "El menor o el incapacitado que haya sido adoptados podrán impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad".

El artículo 405 hace referencia a la extinción de la adopción, conforme a dos supuestos de revocación. En el primero de ellos la revocación es bilateral, es decir que la adopción se extingue por mutuo consentimiento, cuando el adoptado es mayor de edad; y en el segundo de ellos, la revocación es por parte del adoptante, es decir que la adopción se extingue por ingratitud del adoptado.

Así fue como después de haber analizado la reglamentación de la adopción, en su aspecto general, corresponde ahora examinar lo concerniente a las normas conflictuales en materia

de adopción de menores, debido a que a nivel internacional, los sujetos que integran la adopción se encuentran inmersos en el conflicto de leyes, en razón de que cada uno de ellos puede estar regido por distinta legislación, en cuanto a su nacionalidad, domicilio o residencia habitual, por lo que se tiene que determinar cual es la ley aplicable al caso concreto.

Antes de abordar el tema, haré un paréntesis para especificar cuantas clases de adopción hay reconocidas en el Derecho Internacional Privado y cuáles son las diferencias entre una y la otra.

#### 4. DIVERSAS CLASES DE ADOPCION RECONOCIDAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A nivel internacional, se conocen varias clases de adopción; entre ellas la adopción simple, que es la que regula nuestra legislación civil; la adopción internacional plena o también reconocida como legitimación adoptiva; adopción privilegiada, arrogación de hijos, adopción legítima.

No obstante, cuando se habla de legitimación adoptiva, adopción legitimada, la terminología se aleja de la figura que implica la legitimación, que como lo expuse anteriormente, consiste en "convertir al hijo natural en hijo legítimo, en razón

del subsiguiente matrimonio de sus progenitores"<sup>(67)</sup>

Aunque generalmente, se manejan dos tipos de adopción: adopción simple y adopción plena.

En cuanto a las diferencias entre una y otra, Sara Montero propone los siguientes puntos de distinción.

La adopción simple se caracteriza en cuanto a los siguientes razgos:

I. Fija la relación entre adoptante y adoptado con exclusión de todos los demás familiares;

II. No extingue las relaciones del adoptado con su familia de origen;

III. Transmite la patria potestad de los padres naturales a los padres adoptantes;

IV. Es revocable.

En tanto que la adopción plena que es más benéfica tanto para el adoptante como para el adoptado, presenta los siguientes aspectos que la particularizan:

a. Incorpora al adoptado al núcleo familiar del adoptante a quien se le tiene como hijo de matrimonio;

<sup>67</sup> Montero Duhalt, Sara, *Octavo Seminario de Derecho Internacional Privado*, UNAM, México, 1989, pp. 174 y 175.

b. Desvincula al adoptado de su familia de origen, si la tuviera;

c. Generalmente se lleva a cabo con niños de muy corta edad, como pueden ser los huérfanos, expósitos o totalmente abandonados;

d. Se procura el secreto de la misma, tanto para el adoptado como en el entorno social del adoptante, igualmente se guarda secreto sobre la identidad del adoptante y de la madre o padres que lo dan en adopción, recíprocamente;

e. Se cancelan los registros originales del adoptado y se le inscribe como hijo del adoptante;

f. Es irrevocable;

g. Sólo se anula por dolo o fraude. (68)

Pues bien, habiendo señalado cuáles son las principales formas de adopción reconocidas por el Derecho Internacional Privado y de haber distinguido cuáles son las principales diferencias entre una y otra, iniciaré el tema del conflicto de leyes en materia de adopción de menores, principalmente con los antecedentes que han habido en el continente americano a este respecto, en cuanto a conferencias o convenciones interna

<sup>68</sup> Montero Duhalt, Sara, *Octavo Seminario...*, op. cit., pág. 174.

cionales, hasta ubicarme en la Conferencia más actualizada (CI DIP III) sobre adopción de menores.

## 5. NORMAS CONFLICTUALES EN MATERIA DE ADOPCION DE MENORES

La regulación que han seguido las diversas legislaciones en materia de adopción, ha variado de un lugar a otro; en tanto que algunas la consienten, otras la rechazan.

Como consecuencia surge la necesidad de plantear el problema de la ley aplicable al caso concreto.

Las corrientes que se han presentado en esta institución se dividen en dos, mismas que separan el campo del Derecho Internacional Privado; son la ley personal y la ley local.

Sin embargo, el conflicto que se crea con la presencia de estas dos leyes, y como veremos más adelante, encuentra su solución con la ley de la residencia habitual del menor y la ley del domicilio del adoptante.

Por tal motivo, el problema que se originaba con la aplicación de leyes, era la diversa nacionalidad del adoptante y adoptado. En tal caso, la elección de la ley nacional no ofrecía mayores perspectivas; por lo que la solución generalmente

aceptada era la siguiente: para la validez de la adopción, las condiciones que se requerían, fuera por parte del adoptante o por parte del adoptado, se fijaban por la ley de cada una de ellas.

No obstante, se podían incorporar las dos leyes cuando las condiciones impuestas al adoptante por la ley del adoptado habían sido establecidas por esta última para protección del adoptado; o al contrario, cuando las condiciones impuestas al adoptante por la ley del adoptado habían sido establecidas por ésta para protección y seguridad del adoptante o para la familia de éste.

Por ejemplo, cuando las leyes del adoptante y del adoptado exigían diferente edad para la capacidad del primero, ambas leyes se tomaban en cuenta; esto es, el adoptante se sujetaba a la ley que imponía el mayor número de años, tomando en cuenta que el adoptante debería ser mayor que el adoptado.

De aquí se desprende que las legislaciones que conocían la institución de la adopción pero la regulaban de manera diferente solían someter todos los requisitos esenciales para la validez del acto a la ley nacional común de las partes. Sólo cuando se carecía de esa ley común, se aplicaba acumulativamente una y otra ley nacional de los interesados.<sup>(69)</sup>

<sup>69</sup> Matos, José, *op. cit.*, pág. 329.

Una vez que quedaba verificada la adopción de conformidad con la ley nacional de los interesados, la adopción surtía efectos en todas partes, aún en dichos países donde dicha institución no existía. Sin embargo, quienes aceptaban la ley nacional la descartaban cuando afectaba el orden público territorial.

De esa forma, la ley local que prohibía la adopción de hijos naturales prevalecía sobre la ley nacional que la permitía. Así mismo, la forma de la adopción era la que indicaba la ley del lugar donde se efectuaba, o sea, se sometía a la *regla Locus regit actum*.

En cuanto a los efectos de la adopción, estos se sujetaban por la ley nacional de cada una de las partes. Al respecto el artículo 23 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, sobre adopción señaló lo siguiente: "La adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las partes y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público".

El propósito que se seguía con este precepto era el de evitar adopciones aparentemente válidas en el país del domicilio del adoptante y nulas en el Estado del domicilio del adoptado.

Con el tratado de 1940 se pretendió que el adoptante reuniera tanto las condiciones que su ley domiciliaria pedía de un adoptante, como las que reclamaba del adoptante el derecho domiciliario del adoptado, aplicándose la misma regla analógicamente al adoptado.

Por último el tratado contuvo un precepto unificador, impuesto como forma la de instrumento público. Aunque este concepto no es muy preciso ya que ha variado de acuerdo a la época y al lugar donde se le ha interpretado.

Por otra parte el artículo 24 del mismo ordenamiento sostuvo que: "Las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de éstas se haya sometida". Esta disposición enfocaba tres clases de relaciones:

1. Condicionantes de validez de la adopción, conforme a las cuales existía la prohibición de que alguien adoptara a un hijo propio extramatrimonial; es decir, que no se podía llevar a cabo la adopción en virtud de que existía el vínculo filial entre las personas interesadas;

2. Independientemente de la adopción, un préstamo que hubiera dado el adoptante al adoptado antes de la adopción;

3. Condicionadas por la adopción; como podían ser la patria potestad, sucesión; por lo tanto, las reglas de la patria

potestad, como consecuencia de la adopción de menores, se regulaba por la ley que regía la patria potestad.

Otro de los ordenamientos jurídicos, a nivel internacional que rigieron sobre la materia de adopción, fue el Código Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia de La Habana en 1928.

Este Código dedica sólo cinco artículos a la adopción.

El artículo 73 estableció que la capacidad para adoptar y ser adoptado, así como las condiciones y limitaciones de la adopción se sujetaran a la ley personal de cada uno de los interesados.

El artículo 74 sostuvo que los efectos de la adopción, se regularan por la ley personal del adoptante; como lo fue la sucesión de éste.

Conforme a este mismo artículo se estableció que la ley personal del adoptado rigiera los efectos que se refieren al apellido y a los derechos y deberes que conservara de su familia natural, así como a su sucesión respecto del adoptante.

El artículo 75 dijo que cada uno de los interesados podría impugnar la adopción de acuerdo con las prescripciones de la ley personal.

Y el artículo 77 dispuso que las normas anteriores no se

aplicarían a los Estados que no reconocieran la adopción.

De este artículo se desprendía el respeto a la soberanía de otros Estados cuyas leyes no reconocían la adopción.

Después de haber hecho referencia a las dos codificaciones anteriores, se puede concluir que ambas legislaciones coinciden en que la adopción modifica la condición jurídica de las personas y establecieron además que la capacidad para adoptar, la aptitud para ser adoptado, las condiciones y requisitos para su validez, como los efectos que se derivan de la adopción se regularan por la ley personal de cada una de las partes y que además las leyes del país donde la adopción se verificara admitieran esa institución.

En la actualidad estas disposiciones se encuentran obsoletas en su mayoría, pero no por eso pueden ser ignoradas. De su contenido surgen nuevos principios que sirven de fundamento a nuevas disposiciones que favorecen a su vez, la aplicación de normas conflictuales sobre adopción de menores; tal es el caso de la CIDIP III, de la cual me ocuparé en seguida.

6. ANALISIS DE LA CONVENCION INTERAMERICANA  
SOBRE CONFLICTO DE LEYES EN MATERIA  
DE ADOPCION DE MENORES

La codificación más reciente que se ha llevado a cabo en materia de adopción, es la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, aprobada en la Cuarta Sesión Plenaria de la Tercera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP III).<sup>(70)</sup>

Esta Conferencia tuvo lugar en La Paz, Bolivia, durante el mes de mayo de 1984, y consta de veintinueve artículos, de los cuales cabe hacer notar las siguientes observaciones:

El artículo 10. establece que: "La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte".

<sup>70</sup> La citada Convención fue aprobada en México por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el día 27 del mes de diciembre del año de mil novecientos ochenta y seis, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día seis del mes de febrero del año de mil novecientos ochenta y siete.

Esta situación da como resultado la adopción internacional que se crea cuando el adoptante tenga su domicilio habitual en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte, cuya relación adoptiva se encuentra regulada por las normas de Derecho Internacional Privado.

Se puede apreciar además, que otra de las formas de adopción internacional que no se encuentran incluidas en este primer artículo, es la adopción simple, que caracteriza a legislaciones de otros Estados, como la del nuestro.

La omisión de no comprender a la adopción simple en el artículo anterior, queda suplida en el artículo 2o. Sin embargo, la reglamentación para los dos tipos de adopciones, es la misma, pero deberían regularse por separado. La adopción simple presenta características diferentes de la plena, por lo cual debe precisarse el régimen jurídico de ambas.

El artículo 2o. a la letra dice: "La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo".

El artículo 4o. quedó complementado con la cláusula propuesta por la delegación mexicana, en la cual se establece:

"La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá distributivamente:

- a. La capacidad del adoptante (o adoptantes);
- b. Los requisitos de edad y estado civil del adoptante (o adoptantes);
- c. El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso; y
- d. Los demás requisitos para ser adoptante (o adoptantes).

En el supuesto que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste".

Con estos requisitos se procura reguardar la seguridad del menor y se evitan adopciones ventajosas para el adoptante.

El artículo 7o. trata sobre el "secreto de adopción" (sólo en adopción plena y figuras afines); no obstante estimo que no se cumple con la voluntad del legislador de mantener en secreto la adopción, si se toma en cuenta que el origen biológico del niño adoptado es insustituible, es decir, que el parentesco por consanguinidad es indisoluble por el simple acto de la adopción.

Aunado a esto, subsiste el impedimento para contraer matrimonio entre el adoptado y sus parientes de sangre; caso en que se tendría que revelar los antecedentes del menor y de sus progenitores, aunque se procure mantener en secreto los nombres de ambas partes de conformidad al tenor siguiente.

"Se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere, no obstante, cuando ello fuere posible, se comunicarán a quienes legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se los conociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación".

El secreto de adopción plena tendría efectividad si se aplica con los niños abandonados, expósitos, huérfanos, desamparados y otros cuyo parentesco sea completamente desconocido.

El artículo 8o. dice: "En las adopciones regidas por esta Convención las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir del adoptante (o adoptantes) acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor.

Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional".

En este artículo hay dos aspectos que permanecen sin acla

rarse. El primero de ellos es en el sentido de que no se especifica si es una facultad o una obligación de las autoridades el exigir la acreditación de la solvencia personal y económica del adoptante. El artículo dice: "...las autoridades podrán exigir...". Pero se establecería un mínimo de garantía si se dijera "...las autoridades deberán exigir..."; así habría una plena seguridad de que el adoptante es una persona capacitada para adoptar.

El siguiente punto que me parece poco afortunado, es con respecto a las "instituciones autorizadas" que se mencionan en este precepto, sin señalar cuáles serán éstas. Sería mejor establecer un organismo internacional encargado de este tipo de análisis con representatividad en cada Estado Parte.

El artículo 9o. contempla la norma conforme a la cual se registrarán las relaciones entre adoptante y adoptado en la adopción plena, además de que se señalan los impedimentos para contraer matrimonio entre el adoptado y sus parientes de sangre, estableciéndose al tenor siguiente:

"En caso de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines:

a. Las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes), se registrarán por la misma

ley que rige las relaciones del adoptante (o adoptantes) con su familia legítima;

b. Los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio".

Con este último párrafo, se reafirma la situación que planteaba en el artículo 7o., en el sentido de que no hay una verdadera eficacia sobre el secreto de adopción.

En cuanto a las sucesiones, el artículo 11o. establece que los derechos sucesorios entre adoptante y adoptado, no están regidos por normas especiales sino que siguen las reglas que comúnmente regulan en cada país.

Werner Goldschmidt sostiene que los efectos de la adopción en cuanto a la sucesión del adoptante se regulan por el último domicilio del autor de la sucesión o bien por las leyes de la situación del haber hereditario.<sup>(71)</sup>

Este criterio es acertado ya que este artículo no señala con precisión cuál es la ley competente. Tampoco se aclara que ley va a regir en caso de diferente nacionalidad entre

<sup>71</sup> Goldschmidt, Werner, *op. cit.*, pp. 349-350.

adoptante y adoptado.

Al respecto, Arjona Colomo dice que el derecho a sucederse respectivamente se rige por la ley del autor de la sucesión.

De esta forma la ley del adoptante es la que decide en qué orden y en qué cuantía el hijo adoptivo le hereda y la ley del adoptado sólo determina si el adoptante adquiere derecho a heredar del adoptado. Sin embargo esta situación sólo se podría presentar en la adopción simple, pero no en la adopción plena en donde existe reciprocidad de derechos y obligaciones.

En cuanto a la diferente nacionalidad que contempla el autor citado<sup>(72)</sup> puede presentarse sólo temporalmente, ya que al ratificarse la adopción, el adoptado sigue la nacionalidad del adoptante.

Pero en forma expresa el artículo que venimos comentando, dispone:

"Los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante (o adoptantes) se regirá por las normas aplicables a las respectivas sucesiones.

En los casos de adopción plena, legitimación adoptiva y

<sup>72</sup> Arjona Colomo, Miguel, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pág. 280.

figuras afines, el adoptado, el adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos) tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima".

En cuanto a la adopción simple, Rojano Esquivel<sup>(73)</sup> sostiene que la forma de regir la sucesión en la adopción plena, referida en este artículo se hace extensiva a la adopción simple.

El artículo 12o. señala que la revocación de la adopción simple se regirá por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción.

En este artículo también se indica el tribunal que conocerá la revocación que será el de la residencia habitual del menor (*lex fori*); pero lo que no se establece, es la forma en virtud de la cual se llevará a cabo la representación legal del menor al presentarse algún caso de revocación.

En estos supuestos, el organismo internacional, al cual me refería anteriormente podría suplir estas funciones, si se cuenta además con la representación del mismo en cada Estado Parte.

El artículo 13o. indica: "Cuando sea posible la conver-

<sup>73</sup> Rojano Esquivel, José Carlos, *Undécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, UNAM, México, 1988, pág. 9.

sión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o instituciones afines, la conversión se registrará, a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la del Estado donde tenga su domicilio el adoptante (o adoptantes) al momento de pedirse la conversión.

Si el adoptado tuviera más de 14 años de edad será necesario su consentimiento".

El cambio de forma de adopción simple a plena que regula este artículo, no debe dejarse a elección del adoptante, sino que tiene que conocer de la misma el tribunal que otorgó la adopción para lo cual aplicará también la ley de la residencia habitual del menor.

El artículo 14o. advierte la nulidad del acto de adopción conforme al siguiente texto.

"La anulación de la adopción se registrará por la ley de su otorgamiento. La anulación sólo será decretada judicialmente, velándose por los intereses del menor de conformidad con el artículo 19 de esta Convención".

Al respecto, Sara Montero señala que "la nulidad implica imperfección de origen en el acto jurídico que va a anularse, misma que tuvo lugar en el momento del otorgamiento, puesto

que la nulidad de cualquier acto jurídico emana indiscutiblemente de la autoridad judicial".<sup>(74)</sup>

Uno de los artículos que atiende a la autonomía y soberanía de los Estados, es el 18o. que expresa:

"Las autoridades de cada Estado Parte podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por esta Convención cuando dicha ley sea manifiestamente contraria a su orden público".

En este caso tendría que detallarse con un concepto de validez universal, lo que debe entenderse por orden público internacional, pues cada Estado interpreta al orden público de acuerdo a principios particulares; además este concepto elementos de subjetividad que lo hacen de compleja apreciación.

Otro de los artículos de esta Convención que me parece oportuno destacar, es el art. 25o. que contiene la regla de que las adopciones otorgadas conforme al derecho interno, cuando el adoptante y adoptado tengan su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado Parte, surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados Parte, sin perjuicios de que tales efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio que llegaren a tener el adoptante o los adoptantes.

<sup>74</sup> Montero Duhalt, Sara, *Octavo Seminario...*, op. cit., pág. 177.

Puedo concluir mi exposición de conformidad con los siguientes puntos:

1. Es necesario actualizar nuestra ley civil en materia de adopción, sobre las bases de adopción plena, conforme a la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores;

2. Se requiere de la constitución de un organismo interamericano con representatividad en cada Estado Parte que vigile y regule las normas particulares sobre adopción internacional;

3. Acordar un concepto de validez universal sobre orden público internacional; y

4. Establecer reglas sobre la nueva nacionalidad del adoptado.

Con estas consideraciones dejo concluido el capítulo correspondiente a la adopción para iniciar el tema de la patria potestad del cual me avocaré en seguida.

## CAPITULO IV

### PATRIA POTESTAD

#### 1. ETIMOLOGIA Y CONCEPTOS

Etimológicamente patria potestad proviene del latín *potes*  
*tas patria* que significa poder superior que tiene el padre con  
relación a los hijos.

Esta concepción, etimológicamente se ve favorecida por  
los orígenes de la misma institución, así como del Derecho Ro-  
mano; por lo que algunos autores la consideran como un derecho  
del padre.

En la actualidad ya no se entiende como exclusiva del pa-  
dre, pues le corresponde tanto a éste como a la madre; por lo  
que puede definirse como "la institución derivada de la filia-  
ción, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones  
que la ley otorga e impone a los ascendientes menores de  
edad".(75)

En el mismo sentido Colin y Capitant<sup>(76)</sup> definen a la

<sup>75</sup> Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia*, op. cit., pág. 339.

<sup>76</sup> Colin y Capitant, cit. Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, pág. 667.

patria potestad diciendo que es el conjunto de derecho que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación a que están obligados".

Así podemos entender a la patria potestad como el conjunto de deberes, tanto con relación a las personas como a los bienes de los hijos, mientras éstos no puedan valerse por sí mismos.

La patria potestad es una institución que nace de la relación paterno-filial, caracterizada fundamentalmente por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres respecto de los hijos.

En esta relación se distingue también la convergencia de un elemento auxiliar, que es el de la autoridad de los padres.

De esta manera la ley ha permitido que el deber de cuidar y proteger a los hijos no dependa de la existencia del vínculo matrimonial sino de la procreación, o de la adopción que impone a cargo de los padres la obligación de criarlos y educarlos.

Galindo Garfias<sup>(77)</sup> sostiene que la autoridad paternal

<sup>77</sup>Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, pág. 668.

se fundamenta en el cuidado y protección de los menores que desempeña el padre y la madre, por lo cual la ley atribuye un conjunto de derechos y facultades a los progenitores para que en ejercicio de esta autoridad puedan cumplir esa función ético-social.

Expuesta de tal forma, la patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados.

Ahora bien, con objeto de que la patria potestad no se deje al arbitrio y posibles abusos de los padres en algunas legislaciones modernas se somete la patria potestad a la inspección del Estado, donde es ejercida por una autoridad especial pupilar (por ejemplo en los países germánicos).

En la legislación civil española, el ejercicio de la patria potestad también se ha visto influida con la intervención del Estado.

Las nuevas tendencias de derecho civil familiar contemplan el concepto de patria potestad destacando los derechos y beneficios de los hijos a quienes se les debe proporcionar alimentación y educación entre otras prestaciones, mientras permanezcan en situación de incapacidad legal; es decir, que "la patria potestad se nos ofrece como un deber del padre y

un derecho del hijo". (78)

Arjona Colomo dice que la relación paterno-filial integra el derecho de familia, mismo que se provee por el Derecho Internacional Privado y es reglamentado por los Estados que convienen en que el derecho de familia se regula por la ley personal en tanto que no se interponga la excepción de orden público. (79)

## 2. NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

Algunos autores fundamentan la patria potestad en el hecho de la procreación; primeramente, y por consecuencia en la necesidad de alimentar, educar y defender a los hijos (Arts. 411-488 del Código Civil para el Distrito Federal); pues dicen que quien da el ser debe dar los medios para seguir existiendo.

De aquí se desprende que los medios necesarios para existir corresponden darlos a los padres en primer lugar y no al Estado ni a la sociedad en general.

Lo anterior se puede probar si se considera:

<sup>78</sup> Arjona Colomo, Miguel, *op. cit.*, pág. 265.

<sup>79</sup> *Ibidem*, pág. 269.

derechos y obligaciones exigibles socialmente a los padres, por ser la familia base de la sociedad.

En otra apreciación, Galindo Garfias<sup>(80)</sup> sostiene que "la patria potestad está constituida por un conjunto de 'poderes'; para colocar a los titulares de la patria potestad, en la posibilidad de cumplir con los deberes que les conciernen respecto de los hijos. La facultad y la obligación, la potestad y el deber no se oponen entre sí, y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber".

Agrega que estos poderes que se atribuyen en razón de que la patria potestad deben ejercerse siempre en interés del hijo, y no en interés de los padres. Por tal motivo se debe tomar en cuenta que en razón la patria potestad se confía a los padres tanto el interés de la familia como la protección y administración de los bienes de los hijos.

Pienso que esta apreciación descansa en el hecho de que sobre los progenitores descansa esa función y no están en la posibilidad de renunciar a su ejercicio, en virtud de que en la patria potestad, la efectividad del cumplimiento de esa función se ubica en los lazos de afecto, que comentaba anterior-

<sup>80</sup> Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, pp. 673-674.

mente, y que existe en los progenitores para cumplir con la formación de sus hijos.

### 3. CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD

De la patria potestad se desprenden los siguientes caracteres:

- a. Irrenunciable;
- b. Intransferible; e
- c. Imprescriptible.

La irrenunciabilidad del cargo se sustenta en el criterio de que su ejercicio es de interés público; en virtud de que la familia, la sociedad y el Estado tienen interés en la protección de los menores.

Otra de las razones que se sustentan, es que solamente puede renunciarse a los derechos privados cuando no se afecte al interés público, o bien cuando la renuncia no perjudique a los derechos de terceros. Con la renuncia del ejercicio de la patria potestad, por quien debe ejercerla, se quebrantaría el deber de guarda y protección de los hijos, afectándose los derechos en favor de los menores que se encuentren bajo de ella.

En este punto hay una salvedad que se manifiesta con res-

pecto a quienes por su mal estado de salud o por su avanzada edad, se vean imposibilitados para cumplir con la función de la patria potestad, por lo que pueden excusarse de tal ejercicio.

La patria potestad es intransferible, en virtud de que se encuentra regulada por un conjunto de derechos personalísimos e inherentes a los derechos personales del progenitor o del ascendiente a quien corresponde el ejercicio de ella. Sin embargo, legalmente la patria potestad puede ser transmitida en adopción y esta figura extingue los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, aunque con sus respectivas limitaciones en cuanto al impedimento para contraer matrimonio.

La patria potestad es imprescriptible porque los derechos y deberes que surgen de ésta no se extinguen por el simple transcurso del tiempo.

De esta forma se puede advertir que las legislaciones modernas señalan con acierto el alcance de la patria potestad como una prerrogativa de los padres y como una institución encargada de proteger el derecho de los hijos para su buen desarrollo físico, intelectual y moral.

Analizada esta parte introductoria en materia de patria potestad, me dispongo ahora a examinar cual es la regulación

de esta figura en cuanto a los efectos jurídicos de la misma y la ley que va a regirla.

#### 4. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

Establecidas las relaciones que vinculan a los ascendientes con los descendientes, toca ver ahora la ley conforme a la cual se va a regir la patria potestad.

Las leyes familiares son las que rigen la patria potestad en razón de la ley personal del padre, salvo las excepciones impuestas por la ley local en razón del orden público.<sup>(81)</sup>

Pero en el caso de que el padre y el hijo tengan distinta nacionalidad, el Código Civil alemán resuelve que se aplica la ley del padre o de la madre, si ésta tiene el ejercicio de la patria potestad.

Este mismo sistema regula el Código Civil italiano. Se justifica en que el padre es la persona central de la relación jurídica de la patria potestad. Conforme a este sistema, cuando se ha constituido una relación de preeminencia entre padres e hijos, esto es, de una persona sobre otra; en interés de la unidad familiar, la ley aplicable es la de la persona que tie-

<sup>81</sup> Matos, José, *op. cit.*, pág. 330.

ne posición de preeminencia, como es la de los padres.

Esta solución sirve de apoyo para Pillet,<sup>(82)</sup> quien la sus tenta con dos argumentos:

a. La patria potestad es la parte esencial del derecho de familia y respecto de ésta la ley competente es la del padre;

b. El sistema contrario llevaría al resultado de que si los hijos tienen diferente nacionalidad, se aplicarían ambas leyes originándose un conflicto de leyes dentro de una misma familia.

No obstante, la aplicación de ambas leyes conjuntamente, o bien la aplicación de normas conflictuales, evita en la práctica los conflictos, porque garantiza el interés de los hijos los cuales no tendrán que someterse a mayores poderes del padre que los que concienta la propia ley nacional.

Al lado de esta posición que contempla el estatuto personal del padre para regir a la patria potestad, se encuentra la de aquellos que estiman al del niño como conveniente.

Al respecto, Francisco J. Zavala considera que la ley nacional del incapaz es la que debe observarse para suplir y pro

<sup>82</sup> Pillet, cit. Caicedo Castilla, *op. cit.*, pág. 403.

teger su incapacidad, por relacionarse con su estatuto personal; razón por la cual la patria potestad y demás derechos inherentes se registrarán por la ley nacional del niño. (83)

Otros aplican la ley del hijo, argumentando que el objeto de la patria potestad es precisamente el tutelar los intereses del hijo. Así se conduce el sistema francés que acoge a la patria potestad en beneficio del interés del hijo.

Otro de los efectos de la patria potestad, se sitúa en el siguiente punto.

##### 5. DEBER DE MANUTENCION

La ley impone a los padres la obligación de mantener, educar e instruir a los hijos que se derivan del matrimonio o de cualquier otra unión en donde la relación paterno-filial surte efectos de pleno derecho cuya relación es regulada por el derecho civil, por tal motivo se le considera como una ley de orden público; de donde se deduce que un extranjero no podría sustraerse en ningún país al cumplimiento de tales obligaciones sin infringir al orden público y a las buenas costumbres. (84)

<sup>83</sup> Zavala, J. Francisco, *op. cit.*, pág. 106

<sup>84</sup> Fiore, Pasquale, *Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2a. ed., versión en español anotada por Alejo García Moreno, Madrid, 1888, pág. 343.

De tal suerte que esta obligación surge como consecuencia de la filiación caracterizada por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos.

## 6. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RELATIVAMENTE A LOS BIENES

Acerca de los efectos de la patria potestad, con respecto a los bienes de la familia, según el antiguo Derecho Romano, los hijos de familia no eran capaces de adquirir bienes; el hijo de familia tenía el *comercium*, de forma que todo lo que adquirían era para la persona del *pater familias* en quien se encontraban los derechos patrimoniales.

Este principio se mantuvo hasta los últimos tiempos de la República, en los cuales se introdujeron los *peculios castrense* y *cuasi castrense*, además del *peculio adventicio*, instituido por Constantino.

Desde esta época el padre no fue llamado para adquirir la propiedad de todos los bienes del hijo, por lo cual el padre sólo tuvo ciertos beneficios del *peculio adventicio* y en los casos ordinarios el usufructo y administración de los mismos.

Algunas leyes modernas han aceptado estos principios con ciertas modificaciones, pues sólo consideran al padre como un

administrador de los bienes de su hijo o le conceden el usufructo de dichos bienes hasta que el hijo se haya emancipado o haya alcanzado la mayoría de edad.

Diversas doctrinas se han esforzado para determinar qué ley debe regir los efectos de la patria potestad, respecto de los bienes, por lo que se analizará si se trata de estatutos reales o personales.

Algunos sostienen que la patria potestad establece una relación personal, por lo que todos los que están sujetos a ella forman estatutos personales, aún para los efectos que de ella se deriven, respecto de los bienes del hijo y derechos del padre para administrarlos, aprovecharse de ellos y usufructuarlos. (85)

Así también encontramos que el usufructo legal viene a ser un complemento de la patria potestad que en forma alguna afecta el régimen y organización de la propiedad, sin que el orden público internacional se vea infringido. Por ejemplo el caso en que un padre extranjero perciba los productos de los bienes de su hijo que se haya bajo su patria potestad. (86)

Un criterio diverso, sustenta que los estatutos que regu

<sup>85</sup> Fiore, Pasquale, *op. cit.*, pág. 354.

<sup>86</sup> Matos, José, *op. cit.*, pág. 331.

lan los efectos de la patria potestad sobre los inmuebles de los hijos son reales por lo que no pueden tener valor fuera del territorio y deben regularse por la *lex rei citae*.

Hay países donde impera la influencia tradicional de esta doctrina como Inglaterra y los Estados Unidos que distinguen los derechos relacionados a la persona del hijo y los concernientes a los bienes.

En cuanto a la persona del hijo se atiende a la ley del domicilio. Se dice que no sería tolerable que en un país los extranjeros ejercieran autoridad más amplia sobre sus hijos de lo que permite la ley local.

En virtud a los derechos de los padres sobre los bienes muebles y las ganancias de los hijos, decide la ley del domicilio y respecto a las inmuebles, la ley de la situación.

Respecto al principio anterior, se da preferencia a la ley personal del padre para determinar el derecho de usufructo que le corresponde en razón de la patria potestad.

Otro problema que se presenta en esta relación, es el del cambio de nacionalidad del padre o del hijo para aplicar la antigua o nueva ley.

La solución generalmente aceptada es la de que si la nueva ley reconoce los derechos adquiridos bajo el régimen de la

anterior, se aplicará esta, de lo contrario se aplicará la nueva ley.

Caicedo Castilla señala la importancia de este asunto en lo referente a alimentos y usufructo legal por el padre en cuanto a los bienes del hijo, en virtud de que las legislaciones contemplan un sistema diverso. (87)

Por lo que toca a la administración de los bienes del hijo Fiore considera que se decidirá también, si el padre puede ser privado de todos los derechos de la patria potestad o de alguno de ellos y como debe proveerse a la administración de los bienes en caso de que haya una mala administración por parte del padre. (88)

Pienso que esta es una medida adecuada, ya que para atender al interés del hijo, el tribunal del lugar donde se hayan los bienes mal administrados, podría decidir provisionalmente con arreglo a las disposiciones de la ley territorial y a solicitud de la parte interesada, así se podría actuar inmediatamente para proteger los intereses de los menores incapacitados que se encuentren en otro territorio, a fin de que los extranjeros que habiten en un Estado o los bienes que en él se

<sup>87</sup> Caicedo Castilla, José J., *op. cit.*, pág. 405.

<sup>88</sup> Fiore, Pascual, *op. cit.*, pág. 358.

hayen, no carezcan de la protección de las leyes.

De esta forma hemos visto cuales son las doctrinas sustentadas por los especialistas, con objeto de saber qué ley aplicaremos en un caso concreto; no obstante he recurrido a la legislación internacional que ha reglamentado en esta materia para tener una visión más precisa, sin dejar de considerar los anteriores razonamientos.

El Código Bustamante sometió a la ley personal del hijo la existencia y el vínculo de la patria potestad respecto a la persona y a los bienes, así como las causas de su extinción; también sometió a la ley personal del hijo la existencia del derecho de usufructo, sea cual fuera la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren.

Otra de las leyes que regulan la patria potestad, es el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940.

En el tratado de 1889 se señala que la patria potestad en lo referente a los derechos y deberes personales, se rige por la ley del lugar en que se ejecuta (art. 14).

Los derechos que la patria potestad confiere a los padres sobre los bienes de los hijos, así como su enajenación y demás actos que los afecten, se rigen por la ley del Estado en que dichos bienes se hayen situados (art. 15).

Según el artículo 6 del mismo ordenamiento "Los padres tutores o curadores tienen su domicilio en el territorio del Estado por cuyas leyes se rigen las funciones que desempeñan".

En relación a estos dos artículos, Goldschmidt indica que la jurisdicción internacional reside en los tribunales del país en que el padre desempeña sus funciones. (89)

Según se desprende del análisis de los anteriores artículos esta ley se inclina por la ley territorial. Estimo además que esta ley no toma muy en cuenta el interés y el derecho del hijo; deja campo abierto para toda clase de incertidumbres y arbitrariedades, pues hasta que el padre que ejerce la patria potestad cambie de residencia para que cambie también la ley aplicable de la institución; lo que sería lo mismo dejar a voluntad del padre la determinación de la ley.

Después de las reformas que experimentó este ordenamiento, los preceptos sobre patria potestad cambiaron radicalmente.

El tratado de 1940 señala que el domicilio del padre no se fija en el país cuya legislación es aplicable sino que se localiza en el lugar de su representación (art. 7).

<sup>89</sup> Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, sexta ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 350.

Así mismo, se aplica la legislación de este lugar, conforme al siguiente artículo:

Art. 18. "La patria potestad en lo referente a los derechos y a los deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la ejerce".

Por la misma ley se rigen los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, así como su enajenación y demás actos de que sean objeto, en todo lo que esté prohibido por la ley del lugar de la situación de tales bienes (art. 19).

El domicilio de las personas sujetas a patria potestad se ha mantenido casi sin modificaciones.

En el Tratado de Montevideo de 1889, en su artículo 70. dice: "Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales".

Con algunas variaciones el Tratado de Montevideo de 1940 señala que "El domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, a tutela o curatela, es el de sus representantes legales; y el de éstos, el lugar de su representación".

En la reciente Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, realizada también en la ciudad de Montevideo, República Orien-

tal del Uruguay en 1979, en su artículo 3o. establece "El domicilio de las personas incapaces será el de sus representantes legales, excepto en el caso de abandono de aquellos por dichos representantes, caso en el cual seguirá rigiendo el domicilio anterior".

En suma todas estas disposiciones coinciden en fijar el domicilio de los menores incapacitados, sujetos a patria potestad en el domicilio de sus representantes legales.

Ahora veamos cual es la relación que prevalece entre la madre y el hijo.

## 7. RELACION FILIAL ENTRE MADRE E HIJO

Los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos, caracteriza la relación que existe entre ambos, la cual necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad en los padres que se conoce como "patria potestad".<sup>(90)</sup>

Esta institución que proviene del derecho romano, no se puede ajustar al concepto del derecho moderno, pues es una au-

<sup>90</sup> Arjona, Colomo, Miguel, *op. cit.*, pág. 268.

toridad que no corresponde exclusivamente al padre, puesto que la ejerce también la madre.

Las legislaciones modernas, efectivamente, otorgan la patria potestad a la madre en determinados casos; en defecto del padre o bien simultáneamente.

Por otra parte, si consideramos a los deberes que integran a la patria potestad (alimentación, educación, protección), no se justifica la exclusividad en favor del padre.

Expuesta de esta forma, padre y madre se encuentran en la misma escala de deberes, pero también tienen los mismos derechos en orden al cumplimiento de tales deberes.

Como vemos no existe potestad puramente paterna, sino que ésta corresponde tanto al padre como a la madre.

Lo que se observa comunmente es que las leyes positivas le dan prioridad al padre. Así, para determinar qué ley regula las relaciones paterno filiales, se recurre a la ley nacional del padre.<sup>(91)</sup>

Al respecto, Miaja de la Muela dice: "Las relaciones paterno-filiales se regulan por la ley de la última nacionalidad co

<sup>91</sup> Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Quinta edición, pág. 448.

mún del padre e hijo, y, a falta de ella por la ley nacional del padre en el momento del nacimiento del hijo. Si el padre ha muerto, estas relaciones se rigen por la última ley común de la madre y del hijo, y en su defecto, por la ley nacional de la madre en la fecha de la muerte del padre.

Las relaciones del hijo natural con su madre se regulan por la última ley nacional común de ambos, y, a falta de ella, por la ley nacional de la madre en la fecha del parto".<sup>(92)</sup>

#### 8. EXTINCION DEL PODER PATERNO

Se distingue una extinción o terminación absoluta de una relativa.

a. Forma absoluta es (prescindiendo de la muerte del hijo) el de alcanzar los hijos la capacidad para valerse por sí mismos. Esta capacidad no se alcanza de un momento a otro, sino que se va desarrollando poco a poco, y a medida que ésta va aumentando disminuye la autoridad de los padres. El momento en que se alcanza la plena capacidad no puede precisarse; varía, lo que ocurre es que las leyes de cada país suelen señalar una edad determinada, que es la mayor edad, lo que sólo

<sup>92</sup> Maza de la Muela, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, quinta edición, pág. 449.

puede sostenerse como límite general y aproximado.

De aquí el que, cuando se pruebe o juzgue que el hijo alcanzó su plena capacidad antes de la edad señalada, debe darse por terminada la patria potestad, y así lo admiten las leyes, autorizando a los padres para hacer esta declaración, aunque siempre se exige un mínimo de edad (emancipación voluntaria), o también cuando se reconoce al hijo la emancipación, pero a condición de que hasta que llegue a la mayoría de edad no pueda realizar ciertos actos sin el consentimiento de los padres o quienes los sustituyan; como puede ser el caso de emancipación por matrimonio. Hay otros casos en que la patria potestad no concluye de acuerdo a estas medidas. Martin Wolff dice: "Difícilmente necesita mencionarse que la relación legal entre padres e hijo no llega a su fin con la mayoría de edad del hijo. Aunque el llamado 'poder paterno' que todas las leyes contienen tales han desarrollado y el poder paternal del derecho francés, alemán y suizo, acaba cuando el niño alcanza su mayoría de edad, hay muchos deberes que son independientes de la edad del hijo: los deberes recíprocos de manutención, por ejemplo, o el deber de los padres (según el derecho alemán) de dar a su hija una dote al casarse".<sup>(93)</sup>

<sup>93</sup> Wolff, Martin, *op. cit.*, pág. 372.

b. Formas relativas de terminar la patria potestad son aquellas en las que esta terminación tiene lugar respecto de los que la ejercen, pero el hijo continúa siendo incapaz, por lo que se le somete al poder supletorio de la tutela. Estas formas son:

1. Muerte de los padres. Si muere uno de ellos la patria potestad continuará ejerciéndose por el otro.

2. Pérdida de la patria potestad. Tiene lugar cuando ésta se ejerce de modo incompatible con su finalidad, lo cual ocurre: a. Por incapacidad física o intelectual de los padres, legalmente declarada; b. Por indignidad, la cual admite dos causas a saber: I. Abuso de la patria potestad contrario a los derechos de los hijos (atentado contra su persona, corrupción o desmoralización), y II. Delito que implique incapacidad moral o legal para ejercer el poder paterno.

También en estos casos, cuando alguno de los padres pierde la patria potestad, se continuará ejerciendo por el otro.

Finalmente hay casos en que se suspende la patria potestad, cuando los padres tienen interés opuesto al de los hijos, en cuyo caso se les nombra un defensor o representante especial para aquel asunto.

## CONCLUSIONES

Las principales instituciones de Derecho Internacional Privado que regulan el vínculo paterno-filial son la filiación, la patria potestad y la adopción.

1. Las primeras legislaciones que regularon la filiación trajeron a los hijos nacidos fuera de matrimonio con un sentido discriminatorio. Posteriormente se resolvió el problema con menor rigor, pretendiendo equilibrar los derechos de los hijos habidos de matrimonio con los de los hijos de uniones irregulares.

2. El acontecer histórico nos demuestra, en cuanto al trato que recibieron los hijos extramatrimoniales, que el derecho fue más benévolo con los hijos procedentes de uniones que se encontraron viciadas que con los procedentes de aquéllas relaciones de carácter delictivo.

3. El tratamiento que nuestra legislación civil vigente otorga al hijo habido de cualquier tipo de relación marital reúne los requisitos de una legislación justa, pues se han limado asperezas y se coloca en igualdad de condiciones a los hijos habidos de uniones matrimoniales como a los que nacen fuera de

61.

4. En las legislaciones modernas se aprecia una uniformidad en cuanto a la protección de los hijos nacidos fuera de matrimonio, reconociéndoles los mismos derechos de aquellos que nacen en matrimonio.

5. En virtud de la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, las disposiciones adicionadas al Código Civil vigente para el Distrito Federal, introdujeron el nuevo concepto del domicilio que limita en gran medida al sistema territorialista que contemplaba el artículo 12 del mismo ordenamiento.

Actualmente se conciente la aplicación del derecho extranjero, siempre y cuando no sea contrario al orden público nacional; además de aplicarse también el derecho contenido en los tratados y convenciones de los cuales México sea parte.

Con estas medidas, el concepto del domicilio que regula actualmente el Código Civil, permite dar fluidez a la solución de conflicto de normas que se generan en la aplicación del Derecho Internacional Privado.

6. En el Derecho Internacional Privado, las normas relativas a la ley que rige la filiación son distintas, según se trate de hijos legítimos o ilegítimos. En cuanto a los primeros, se sigue la nacionalidad del padre para regir las relaciones recíprocas entre padres e hijos, con respecto a la persona

y a los bienes.

Sobre los hijos ilegítimos, se distingue el régimen de aplicación de la ley según se trate de hijos naturales reconocidos o de los demás hijos ilegítimos.

Para los primeros, el reconocimiento se rige, en cuanto a las condiciones de validez, por la ley nacional del padre o madre que reconocen y en cuanto a la forma, por la ley del lugar en que se realice.

El hijo natural reconocido por su padre sigue la ley nacional de éste, siendo también esta ley la que rige la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Por consecuencia, el hijo legítimo sigue la nacionalidad de su padre.

El hijo ilegítimo sigue la nacionalidad de su padre cuando la paternidad está plenamente establecida; de lo contrario sigue la ley nacional de su madre, cuando la maternidad está legalmente establecida.

El hijo de padres desconocidos o de padres cuya nacionalidad no se conoce tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació, o encontrado cuando el lugar de su nacimiento se ignora.

7. En cuanto a la adopción, es necesario actualizar nuestra legislación civil, sobre las bases de adopción plena conforme a la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

Se requiere de la constitución de un organismo internacional con representatividad en cada Estado Parte que vigile y regule las normas particulares sobre adopción internacional, para la protección y representación del adoptado cuando sea necesario.

8. Es necesario acordar un concepto de validez universal sobre orden público internacional.

9. La patria potestad es una institución natural y jurídica encargada de proteger el derecho de los hijos para su buen desarrollo físico intelectual y moral; es natural porque se funda directamente en la naturaleza de los padres y es jurídica por contener derechos y obligaciones exigibles socialmente a los padres, por ser la familia base de la sociedad.

10. Para mejor seguridad de los menores sujetos a la patria potestad que tuvieron amenazada su integridad física o patrimonial, las autoridades donde se hayare la persona y bienes del hijo podrfan decidir provisionalmente con arreglo a las disposiciones de las leyes del foro, a solicitud de la parte interesada sobre el conflicto, así se podrfia actuar inmediata-

mente para proteger los intereses de los menores incapacitados que se encuentren en otro territorio.

11. El domicilio de las personas sujetas a patria potestad se fija en el domicilio de sus representantes legales.

## BIBLIOGRAFIA

- ARELLANO GARCIA, CARLOS, *Derecho Internacional Privado*, 9a. ed., Ed. Porrúa, México, 1989.
- ARJONA COLOMO, MIGUEL, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1954.
- CAICEDO CASTILLA, JOSE JOAQUIN, *Derecho Internacional Privado*, 5a. ed., Ed. Temis, Bogotá, 1966.
- CHAVERO, ALFREDO D., *México a Través de los Siglos*, Tomo I, Ed. Cumbre, México, 1953.
- DE PINA, RAFAEL, *Elementos del Derecho Civil*, Vol. I, Ed. Porrúa, México, 1989.
- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, *El Derecho Privado Romano*, Duodécima Ed., Ed. Esfinge, México, 1983.
- FIGLIARETTI PASQUALE, *Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2a. Ed., Madrid, 1988.
- G. ARCE, ALBERTO, *Derecho Internacional Privado*, Departamento Editorial de la Universidad de Guadalajara, México, 1969.
- GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *Derecho Civil*, Ed. Porrúa, México, 1983.

- GAMBOA FERRER, JESUS, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Limusa, México, 1977.
- GOLDSCHMIDT WERNER, *Derecho Internacional Privado*, 6a. ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.
- J. ZAVALA, FRANCISCO, *Elementos de Derecho Internacional Privado*, México, 1889.
- LEON PORTILLA, MIGUEL, *De Teotihuacán a los Aztecas*, 2a. ed., UNAM, México, 1983.
- MATOS, JOSE, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Guatemala, 1922.
- MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 5a. ed., Madrid, 1969.
- MONTERO DUHALT, SARA, *Derecho de Familia*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1985.
- SIQUEIROS, JOSE LUIS, *Síntesis del Derecho Internacional Privado*, 2a. ed., UNAM, México, 1971.
- VALLADAO TEXEIRO, HOROLDO, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Trillas, México, 1987.
- VAZQUEZ PANDO, FERNANDO ALEJANDRO, *El Nuevo Derecho Internacional Privado Mexicano*, Ed. Themis, México, 1989.

WOLFF MARTIN, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958.

*Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, UNAM, México, 1989.

*Undécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, UNAM, México, 1988.

*Enciclopedia de México*, Tomo V, SEP., México, 1987.

*Enciclopedia Familia 2000*, Historia de la Familia, Ed. Everest, Tomo XII, España, 1973.

*Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo I, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1980.

*Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XII, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1980.

*Enciclopedia Universal Ilustrada*, Tomo II, Ed. Espasa-Calpe, Barcelona, 1979.

*Enciclopedia Universal Ilustrada*, Tomo XLII, Ed. Espasa Calpe, Barcelona, 1979.

CORRIPIO, FERNANDO, *Gran Diccionario de Sinónimos*, Ediciones B., S. A., México, 1989.

DE PINA, RAFAEL, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1965.

*Diccionario Porrúa de la Lengua Española*, 7a. ed., Ed. Porrúa, México, 1975.

*Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, UNAM, México, 1989.

#### Legislaciones

*Código Civil para el Distrito Federal*, 56a. ed., Ed. Porrúa, México, 1988.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 84a. ed., Ed. Porrúa, México, 1988.

*Ley de Nacionalidad y Naturalización*, Undécima ed., Ed. Porrúa, México, 1985.