Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

CAPITULO SEXTO

DE LOS MATRIMONIOS NULOS E ILICITOS

1. Bajo el anterior título estudia el Código las sanciones de carácter represivo que produce la transgresión de las condiciones de forma y de fondo a que está sujeto el matrimonio. Estas condiciones pueden ser de tal naturaleza que afecten a la esencia misma del acto, de tal modo que sin ellas no se pueda considerar que el matrimonio exista; pueden afectar solamente a su validez, sin impedir su formación y pueden, en fin, revestir tan poca importancia que la falta de ellas dé lugar únicamente a la aplicación de una pena en contra del infractor. En el primer caso, se dice que el matrimonio es *inexistente;* en el segundo, que es *nulo o anulable* y en el tercero, que es *ilícito*. Vamos a estudiar en secciones distintas estas tres clases de matrimonios.

SECCION 1ª

DE LOS MATRIMONIOS INEXISTENTES

2. Ni nuestro Código, ni el de Napoleón en el que está inspirado, admiten de un modo expreso la distinción entre los actos nulos y los actos inexistentes, y esto ha llevado a

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

los jurisconsultos franceses a la discusión de si tal distinción es científica y de si tiene en su apoyo, al menos, el reconocimiento implícito de la ley.

3. No cabe la menor duda de que en el terreno de los principios, aquella distinción es inatacable. En todo contrato hay condiciones que, sin impedir la formación del acto, afectan, sin embargo, a su validez de tal manera que si el acto se impugna por el vicio de que adolece, puede pronunciarse la nulidad: tal sucederá, refiriéndonos al matrimonio, si el consentimiento de los esposos está viciado, si la unión se celebró sin la correspondiente autorización de los padres, abuelos, tutores o jueces en el caso de que alguno o ambos esposos sean menores de edad, si faltó en la celebración alguna condición de forma que no sea substancial. En estos casos, y otros que pudieran presentarse, se encuentran reúnidos todos los elementos constitutivos de la existencia del matrimonio, todas las condiciones que le dan vida al acto, que lo han hecho nacer; estas condiciones son, sin duda alguna, imperfectas; pero su imperfección no impide que el acto haya nacido, que tenga existencia jurídica, que produzca todos sus efectos, hasta que una sentencia, reconociendo el vicio de que adolece, pronuncie la nulidad.

Pero hay otras condiciones que son elementos constitutivos del acto, que afectan a su existencia, condiciones cuya ausencia impide que el acto se forme, que tenga vida. Tales son, en lo que concierne a la materia que venimos estudiando, la diferencia de sexos de los esposos, su consentimiento para la unión que celebran, la solemnidad del acto. Si dos hombres o dos mujeres se casan entre sí, si los esposos no han manifestado su consentimiento de tomarse respectivamente por marido y mujer, si este mismo consentimiento no lo han expresado ante el juez del Registro civil y con todas las solemnidades que la ley exige, si dicho

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

funcionario, en fin, no ha hecho, en nombre de la sociedad, la declaración de que los consortes quedan unidos ¿puede decirse que haya matrimonio? Afirmarlo sería un contrasentido: el matrimonio es un contrato en el que un hombre y una mujer se unen con vínculo indisoluble para llenar determinados fines; si esto es el matrimonio ¿cómo podría haberlo en los casos propuestos? el espíritu no puede concebir que haya alguna cosa cuando faltan los elementos indispensables para que exista.

Permítasenos aclarar con un ejemplo la distinción que hay entre los actos inexistentes y los nulos o anulables: cuando Pedro y Francisca en presencia del juez del Registro civil dicen que no es su voluntad unirse en matrimonio, o que el primero dice que sí quiere unirse y la segunda que no, es indudable que no hay matrimonio, porque es condición esencial de éste el consentimiento, o sea, el concurso de voluntades en un mismo sentido; pero si Francisca, bajo el influjo de las amenazas de Pedro, consiente en casarse, su consentimiento, aunque viciado, ha dado lugar a la formación del acto; así pues, el matrimonio existe; pero como el consentimiento que lo ha formado está viciado, es anulable.

4. Estando demostrado que la distinción entre los actos inexistentes y los anulables reposa en fundamentos científicos irreprochables, quédanos por examinar si su aceptación está justificada en el campo de la legislación positiva. Estudiaremos el asunto únicamente por lo que concierne a nuestro derecho.

Desde luego debemos hacer notar que en el capítulo sobre matrimonios nulos e ilícitos, en el cual el legislador fija con toda minuciosidad las causas de nulidad, no están comprendidas entre éstas, los tres casos que en el sentir de los autores producen la inexistencia del matrimonio, o

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

sean: la igualdad de sexos, la absoluta ausencia de consentimiento de los esposos y la falta de manifestación de ese consentimiento delante del funcionario que, en nombre de la sociedad, debe pronunciar la unión (1). Como más adelante veremos, es principio de interpretación en materia de nulidad de matrimonios, que no existen otras nulidades que las prescritas expresamente por el legislador, principio del que es consecuencia que si no hay un texto que establezca la nulidad, el matrimonio no puede ser atacado, por graves que sean los motivos que en su contra se invoquen. De aquí resulta que de presentarse alguno de los casos de inexistencia citados, nos encontraremos en la siguiente disyuntiva: o consideramos que el acto inexistente es válido por falta de texto en que apoyarse para promover la acción de nulidad o admitimos que no le son aplicables las disposiciones concernientes a la nulidad.

Lo primero, por el absurdo a que conduce debe eliminarse; en efecto ¿cómo pensar que el legislador pudiera haber querido que se reputara como matrimonio válido e inatacable la unión de dos hombres o dos mujeres entre sí? ¿cómo creer que el legislador, que declara la nulidad del matrimonio cuando el consentimiento de uno de los esposos está viciado, habría de admitir la validez de una unión en la que no existe ni sombra de consentimiento? ¿cómo considerar, en fin, que el propio legislador que ha hecho del matrimonio un acto solemne, pudiera haber querido que fuera válida una unión concertada sin solemnidad alguna? No hacen falta muchos razonamientos para demostrar que la voluntad del legislador no puede haber sido la que supone la primera proposición de la disyuntiva presentada; por lo

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 450; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 270; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1690.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

tanto, hay que rechazarla por absurda, quedando en pie la segunda, esto es, la que considera que las hipótesis mencionadas de igualdad de sexos, ausencia de consentimiento o falta de solemnidad, no son regidas por las reglas concernientes a la nulidad de los matrimonios. Pero si tales reglas no son aplicables a los casos mencionados, hay que admir, si no se quiere llegar a la conclusión absurda de que lo inexistente es válido, que los actos que no reúnen las condiciones indispensables para su formación, carecen de existencia jurídica, y como consecucia de esta admisión, hay que aceptar que el legislador reconoce implícitamente en el Código la distinción entre los actos nulos y los inexistentes con todas las consecuencias que de ella derivan.

Pero si lo dicho no fuera bastante para demostrar nuestro aserto, ahí está el artículo 1677 que, al establecer que cuando un contrato sea nulo por incapacidad, intimidación o error, puede ser ratificado cesando el vicio o motivo de nulidad, implícitamente admite que si la nulidad no depende incapacidad, intimidación o error, aun cuando el acto sea ratificado, no por esto podrá adquirir validez; en otros términos, el legislador mexicano, en el artículo transcrito, admite de un modo implícito la teoría de los actos inexistentes, supuesto que consagra sus consecuencias. Verdad es que en ninguna parte del Código se habla de actos inexistentes para distinguirlos de los anulables; pero ¿qué importa para el caso que no se empleen las palabras si se aceptan as consecuencias? Llámase a los actos inexistentes *nulos de pleno derecho,* simplemente *nulos* o de cualquiera otra manera, siempre resultará que producirán consecuencias distintas que los actos anulables: esto es lo importante; el nombre carece de significación.

5. Sentado lo anterior, conviene saber cuáles son los elementos cuya ausencia hace que el matrimonio se consi-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

dere inexistente. Ya anteriormente los apuntamos: son la diferencia de sexos, el consentimiento de los esposos y la solemnidad.

6. La diferencia de sexos es un elemento esencial para que el matrimonio exista, porque siendo éste la unión de un hombre con una mujer, no se concibe que pueda haberlo cuando se casen dos hombres o dos mujeres entre sí.

7. La falta de consentimiento de los esposos hace también que el matrimonio sea inexistente, porque el matrimonio es un contrato, y como tal, requiere un concurso de voluntades en el mismo sentido; si, pues, uno de los esposos o ambos, no han consentido en su unión, no puede decirse que haya matrimonio. Hay que tener, sin embargo, en cuenta que para que la falta de consentimiento sea un motivo de inexistencia, es preciso que sea absoluta; si el consentimiento otorgado adolece solamente de vicios, no podrá sostenerse que no exista el matrimonio; éste ha podido formarse y el vicio de que ha adolecido en su formación tan sólo dará lugar a la nulidad del acto.

8 La falta de solemnidad es finalmente una causa de inexistencia del matrimonio, porque el legislador ha hecho de él un acto esencialmente solemne; la solemnidad forma parte de la vida del acto de tal manera, que sin ella, aquel carece de existencia a los ojos de la ley.

Sin embargo, no todas las solemnidades establecidas para el matrimonio constituyen causas de inexistencia. La doctrina admite que lo son solamente aquellas que se refieren a la manifestación de la voluntad de los esposos ante un juez del Registro civil y a la declaración que éste haga de haber quedado aquellos unidos (1). De acuerdo con esto

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 451; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 273; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1694.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

se decide que el matrimonio no existe si se ha celebrado delante de un ministro de alguna religión o de algún funcionario público a quien no estén encomendadas las funciones de los jueces del estado civil (1). Igualmente se decide que hay inexistencia si el juez del estado civil no hace la formal declaración de que han quedado unidos en matrimonio los esposos.

En cuanto a las demás formalidades que deben preceder y acompañar a la unión conyugal, el acuerdo unánime de los doctrinistas es en el sentido de que su ausencia no impide que el matrimonio exista, y que tan sólo da lugar a la nulidad (2).

9. La diferencia que hay entre los matrimonios inexistentes y los nulos o anulables engendra consecuencias distintas, según que se trate de los primeros o de los segundos. Vamos a anotar las principales.

10. Los matrimonios nulos o anulables, según después veremos, producen todas las consecuencias de un matrimonio válido hasta que una sentencia pronuncie la nulidad, y aun son susceptibles de mantenerse indefinidamente como válidos, si la acción de nulidad no se ejercita o si prescribe; en cambio, los matrimonios inexistentes no producen consecuencias ningunas; son, como dicen los doctrinistas, *la nada* y *la nada* no puede producir *algo*.

11. Del principio de que el matrimonio inexistente no es capaz de producir ningún efecto se infiere:

1º Que cuando sea el caso de entablar una demanda para pedir la declaración de inexistencia, no se promoverá en el domicilio común de los esposos, porque no habiendo

(1) Laurent, ob. y lug. cit.; Baudry Lacantinerie, ob. y lug. cit.

(2) Aubry et. Rau, ob. y lug. cit. Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1695.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

matrimonio, no puede haber domicilio común; tal demanda deberá promoverse en el domicilio de la parte demandada, según las reglas generales del procedimiento.

2º Que la mujer no necesita licencia marital ni autorización judicial, si es mayor de edad, para solicitar la declaración de inexistencia de su matrimonio, cualquiera que sea la persona con quien litigue, pues no habiendo matrimonio, la incapacidad de que están heridas las mujeres casadas no pesa sobre ella.

3º Que si uno de los esposos o ambos son menores de edad, necesitarán del consentimiento de sus padres, abuelos, o tutores, o de una autorización judicial, para poder comparecer en el juicio en que demanden la inexistencia de su matrimonio, pues no produciendo éste efectos ningunos, no se les puede considerar como emancipados.

4º Que los hijos nacidos de la unión de los pretendidos esposos carecen de estado. El jurisconsulto belga Laurent hace una excepción de esta consecuencia cuando el matrimonio inexistente se ha celebrado ante el juez del estado civil y el nacimiento del hijo ha sido regularmente declarado; funda esta excepción en la circunstancia de que en el caso hay una unión de hecho y de que este hecho combinado con el hecho del nacimiento legalmente declarado, es bastante para establecer la filiación. «Suponiendo, dice, que el matrimonio sea declarado inexistente, siempre resulta que hay un acto inscrito sobre los Registros del estado civil, que prueba auténticamente la unión que dos personas han contraído, unión de hecho, sea; pero ¿el hecho no basta para establecer la filiación, si se le combina con el hecho del nacimiento, el cual es igualmente establecido de una manera auténtica?» (1). Con Janssens, Servais y Leclercq, juzga-

(1) Laurent, ob. cit. t. II. núm. 447.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

mos que la doctrina del sabio profesor de la Universidad de Gand es errónea: la combinación del hecho del matrimonio con el hecho del nacimiento prueba la filiación en virtud de la presunción legal, admitida en razón del matrimonio, de que el hijo nacido durante éste, tiene por padres a los esposos; pero fuera del matrimonio, no existe aquella presunción, y en consecuencia, nada prueban la unión de hecho y el hecho del nacimiento comprobado por la inserción en los registros del estado civil. Afirmar lo contrario, es regir la filiación natural por la presunción legal establecida exclusivamente para la filiación legítima, es confundir los principios que norman una y otra filiación (1).

12. Acabamos de ver en los números anteriores que para que el matrimonio nulo pueda considerarse como tal, es necesario que una sentencia pronuncie la nulidad; la inexistencia no requiere de ninguna sentencia que la declare; esto está en razón: el matrimonio inexistente es la nada, como antes dijimos; ahora bien, no se concibe que se solicite *anonadar* la *nada;* la acción de nulidad tiene por objeto declarar que *algo* es nulo; *algo* implica la idea de existencia, porque lo que es *algo* no es *la nada;* se explica, pues, que cuando exista *algo* se demande la declaración de que ese *algo* ha dejado de existir; pero no se explica el demandar tal declaración en presencia de lo que no tiene existencia; esto es cosa que la razón no alcanza a concebir (2).

13. ¿El principio de que los actos inexistentes no requieren sentencia ninguna para reputarse jurídicamente como tales es absoluto? Vamos a estudiar esta cuestión.

---

(1) Janssens, Servais y Leclercq, «Supplément aux Principes de Droit Civil de François Laurent» t. I. pág. 302.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 450; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 241; Laurent, ob. cit. t. II. núms. 269 y 440; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1684.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Para atacar los actos inexistentes por medio de una acción, no habría más que dos formas: la acción de nulidad, o bien, una acción que tuviera por objeto obtener una declaración judicial de que el acto nunca ha existido; pudiéramos llamarla *acción de inexistencia.* La primera forma es inaceptable, porque ya demostramos que es absurdo demandar la nulidad de la nada; además, en vista de los principios que dominan en materia de nulidad de matrimonio, es imposible ejercitar una acción de nulidad para reclamar la inexistencia del acto; en efecto, la ley no admite otras nulidades que las expresamente sancionadas en el Código, ni da el derecho de ejercitar la acción más que a las personas que designa; ahora bien, no estando previstas en el Código las causas que hacen inexistente el matrimonio, resultaría que no habría acción para reclamarlas, ni personas que pudieran hacer la reclamación, y esto conduciría a la consecuencia de que los matrimonios inexistentes son inatacables. Es, pues, inconcuso que la inexistencia de un matrimonio no puede atacarse por medio de una acción de nulidad.

En cuanto a la segunda forma para reclamar la inexistencia del acto, para estudiar si procede, debe hacerse la siguiente distinción: se trata de un acto que no tiene ni la más remota apariencia de realidad, la acción para que se declare que no existe sale sobrando; a los ojos de todo el mundo, ese acto es la nada: se trata, por el contrario, de un acto que aparentemente es real porque descansa en un título aparente, la intervención judicial podrá hacerse necesaria, no para fallar que el acto es nulo, sino para declarar que no existe, ni nunca ha existido. Unos ejemplos harán palpable esta distinción: un individuo, fundándose en el matrimonio religioso celebrado con su pretendida consorte, acusa a ésta de adulterio; el juez, para rechazar esta

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

acusación, lo único que tendrá que hacer, será decir que no hay adulterio, supuesto que el matrimonio que se invoca para fundar la procedencia del delito no es matrimonio a los ojos de la ley. Otro ejemplo: se presenta ante un Juzgado un testamento hecho por poder; para que tal testamento no surta efectos, no es preciso que el juez declare en un juicio que es nulo; considerará ese testamento como no existente y mandará abrir de plano la sucesión intestada por haber muerto el autor de la herencia sin dejar disposiciones testamentarias. Pero supongamos que hay un título aparente de un matrimonio que no existe por no haber prestado uno de los esposos su consentimiento; si uno de los pretendidos cónyuges que figuran en el acta pretende contraer nna nueva unión, el juez del Registro civil no podrá proceder a celebrarla, porque para ello es un obstáculo la existencia del acta anterior; verdad es que el matrimonio que se consigna en esa acta no existe ni nunca ha existido; pero el acta sí existe y ella le da cierta apariencia de realidad al matrimonio de que habla, que impedirá la celebración de una nueva unión; en tal caso, el esposo que alega la inexistencia de ese matrimonio, tendrá que recurrir a los tribunales, no para que pronuncien la nulidad, sino para que hagan la declaración de que el matrimonio a que aquella acta se refiere no existe ni ha existido nunca. (1)

14. Otra diferencia que la doctrina señala entre los matrimonios inexistentes y los anulables es que tratándose de los primeros, cualquiera puede aprovecharse de la inexistencia para el sostenimiento de sus derechos, haciéndola valer como acción, en los casos en que proceda, u oponiéndola como excepción, y tratándose de los seguñdos, solamen-

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 450. nota 3; Laurent, ob cit. t. II. núms. 440 y siguientes; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 241.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

te las personas a quienes concede la ley el derecho de reclamar la nulidad pueden ejercitar la acción respectiva (1). La razón por la que la acción o excepción de inexistencia se concede a todo interesado está en que si no fuera así, el matrimonio inexistente sería oponible a algunas personas, lo que es contrario al principio de que lo inexistente no es susceptible de producir ningún efecto.

15. Consecuencia también de la distinción que hay entre los matrimonios inexistentes y los anulables es que estos últimos son susceptibles de confirmarse por la ratificación o por la prescripción, en tanto que los primeros nunca pueden confirmarse; admitir lo contrario sería aceptar que la *nada* puede llegar a ser algo y esto la razón no lo concibe (2).

SECCION 2ª

DE LOS MATRIMONIOS NULOS O ANULABLES

16. Siendo de orden púlico todas las leyes que reglamentan el matrimonio, cualquiera infracción a ellas debería acarrear, como consecuencia, la nulidad del acto. Sin embargo, la importancia y trascendencia de la unión conyugal y el interés que la sociedad tienen en que se mantengan los matrimonios celebrados por los perjuicios que lleva consigo la anulación, han hecho que el legislador no haya considerado conveniente pronunciar la nulidad sino en aquellos casos en que la violación de la ley revista tanta impor-

(1) Aubry et Rau, ob. y lug. cit; Demolombe, ob. y lug. cit.; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 443; Baudry Lacantinerie, ob. cit t. III. núm. 1686.

(2) Aubry et. Rau, ob. cit. t. I. § 37; Laurent, ob. cit. t. II. núms. 269 y 445; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núms. 1687 y 1683.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

tancia, que el mantenimiento del matrimonio viciado constituya un ataque a la institución misma; y a fin de cerrar las puertas al arbitrio judicial, que tan perjudicial sería en esta materia, ha insertado en el Código un capítulo especial, en el que con toda minuciosidad ha determinado cuales son los hechos capaces de producir la nulidad del matrimonio.

Es, pues, principio de observancia capital en esta materia el que establece que no hay más nulidades que las expresamente sancionadas por el legislador; la ley, en este punto, es esencialmente limitativa y restrictiva: la simple violación de una disposición prohibitiva, que en cualquiera otra materia podría, por aplicación del artículo 7º, producir la nulidad, tratándose del matrimonio no puede producir ese efecto, si no existe un texto expreso que así lo determine; con respecto al matrimonio son inadmisibles las nulidades fundadas en la voluntad tácita del legislador; éste no ha querido dejar nada al arbitrio judicial (1).

El principio mencionado se justifica en el terreno de la legislación positiva por la consideración de que si el legislador ha dedicado un capítulo especial a la materia de las nulidades del matrimonio, previendo en él una serie de hipótesis en que procede la nulidad, es lógico creer que no haya querido que existan otras, pues admitir lo contrario, sería suponer que dejó incompleta su obra, lo que es inverosímil.

La aceptación del expresado principio no es, sin embargo, unánime; en la opinión de Planiol, debe aplicarse al matrimonio el régimen ordinario de las nulidades. El capítulo IV del título del Matrimonio, dice este autor, refirién-

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 458; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 335; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 430; Baudry Lacantinerie. ob. cit. t. III. núm. 1700.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

dose al Código civil francés, no ha sido escrito para limitar los casos en que la nulidad procede, sino para determinar las personas que pueden demandarla, y prueba de ello es que dicho capítulo se intitula «De las demandas de nulidad» y no «De las causas de nuildad» y que la redacción de los artículos es según esta fórmula: «El matrimonio puede ser atacado por.....» (1).

La tesis sostenida por Planiol no ha alcanzado éxito en la jurisprudencia francesa; por lo que respecta a nuestro derecho, ella es tanto menos de tomarse en consideración, cuanto que el intitulado de nuestro capítulo VI, referente a la materia de que se trata, es muy general: «De los matrimonios nulos e ilícitos,» y que el artículo 257 enumera en forma restrictiva las causas de nulidad del matrimonio.

17. Es principio también de observancia capital en materia de matrimo el que establece que para que éste pueda tenerse como nulo, no es bastante que un texto establezca la nulidad, sino que es necesario una sentencia que la pronuncie. El matrimonio nunca puede ser nulo de pleno derecho; mientras una sentencia no pronuncie la nulidad, debe considerársele como válido, por graves que sean los defectos de que adolezca (2).

El anterior principio está ampliamente consagrado por nuestro artículo 273 que dice así: *El matrimonio, una vez contraído, tiene a su favor la presunción de ser válido; sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria.*

Del expresado principio se infiere que aun cuando esté entablada la demanda de nulidad, el matrimonio continúa produciendo sus efectos durante el juicio; sin embargo,

(1) Planiol, ob. cit. t. I. núms. 994 y siguientes.

(2) Laurent, ob. cit. t. II. núm. 435; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1697.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

como después veremos, hay efectos que se suspenden provisionalmente en virtud de la demanda.

18. Consecuencias de la regla que admite que el matrimonio nulo surte sus efectos hasta que se declare la nulidad, son las siguientes enseñadas por los autores:

1ª Que el juez competente para conocer de la demanda de nulidad formulada por el marido en contra de la mujer es el del domicilio del primero, cualquiera que sea el lugar de residencia de la segunda; la razón es que estando subsistente el matrimonio, la mujer no tiene otro domicilio que el de su esposo (1).

2ª Que la mujer para demandar en contra de su esposo la nulidad de su matrimonio necesita de la licencia marital, o en su defecto, de la autorización judicial, pues estando subsistente el matrimonio, subsiste la incapacidad de aquella (2). Esta consecuencia no es admisible en nuestro derecho, en virtud de que la fracción II del artículo 202 declara que la mujer casada mayor de edad no necesita de licencia ninguna para litigar con su esposo. Pero si tanto uno como el otro cónyuge fueren menores, no estarán representados en el juicio por sus padres, ascendientes o tutores, como sucedería si se prescindiera de la consideración de que están casados, sino que, por aplicación del artículo 201, fracción I, necesitarán de autorización judicial.

19. Además de los dos principios explicados que rigen toda la materia de las nulidades del matrimonio, hay otro tan importante como ellos, y es el que establece que el derecho de demandar la nulidad no pertenece más que a las personas a quienes la ley expresamente lo concede. La ra-

(1) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1698.

(2) Laurent, ob cit. t. II. núm. 436; Baudry Lacantinerie, ob. y lug. cit.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

zón de este principio está en que no se ha creído prudente exponer al matrimonio, por su carácter de institución social, a los ataques de cualquiera, y de aquí que en cada caso de nulidad, se haya determinado quienes son las personas que tienen derecho a promover el juicio respectivo. Nuestro Código consagra en términos formales el expresado principio al establecer en el artículo 276 que *el derecho para demandar la nulidad del matrimonio, no corresponde sino a aquellos a quienes la ley lo concede expresamente*.....

20. Cuando estudiemos las causas de nulidad, veremos qué personas son las que en cada caso pueden ejercitar la acción; por ahora, bástenos decir que mientras hay causas de nulidad que puedan alegarse por cualquiera, hay otras que sólo competen a personas muy determinadas. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? La razón está en que ciertas causas de nulidad interesan al orden público de un modo directo, en tanto que otras interesan principalmente o los esposos. De aquí la distinción que la doctrina hace de las nulidades en *absolutas* y *relativas*, distinción que produce las siguientes consecuencias:

1ª La acción que corresponde a las nulidades absolutas compete a cualquiera que tenga interés en la anulación del matrimonio, pudiendo iniciarse a instancias del Ministerio público y aun de oficio en ciertos casos. La de las nulidades relativas sólo puede promoverse por las personas limitativamente designadas por la ley (1).

2ª La nulidades absolutas no pueden ser objeto de ningún convenio; por lo tanto, los esposos no tienen la facultad de renunciar a la acción de nulidad, ni la de transigir

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 458; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 243; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 434; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1702.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

sobre ella. El artículo 274 consagra expresamente esta consecuencia, estableciendo que *acerca de la nulidad no hay lugar a transacción entre los cónyuges, ni a compromiso en árbitros*, el cual principio es a su vez una consecuencia del consagrado por el artículo 15, en los términos del cual, las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres no pueden alterarse o nulificarse en cuanto a sus efectos por convenios celebrados entre particulares. En cambio, las nulidades relativas, como establecidas que están en provecho de las partes, son susceptibles de desaparecer por la confirmación de las personas en cuyo favor se han creado (1).

3ª Las nulidades relativas están sujetas a la prescripción; las absolutas son imprescriptibles; nada puede ser susceptible de cubrirlas; esto no impide, sin embargo, que en ciertos casos la acción fundada en una nulidad de esta naturaleza puede ser rechazada por motivos particulares del que demanda la nulidad; tal sucederá cuando fundándose la acción en un interés meramente pecuniario, se alegue y compruebe que el demandante ha renunciado a los derechos en virtud de los cuales tenía interés en hacer valer aquella acción, o bien, que tales derechos han quedado extinguidos por la prescripción; pero en este caso la acción es rechazada, no porque se haya cubierto el vicio de que el matrimonio adolece, sino por la falta de derecho del demandante para reclamar la nulidad (2).

21. Dijimos antes que la acción de nulidad no corresponde más que a las personas a quienes la ley la concede expresamente; es, pues, una acción netamente personal, y por lo tanto, intransferible. Así lo establece terminante el

(1) Autores citados en la nota anterior.
(2) Aubry et. Rau, ob. y lug. cit.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

artículo 276: *El derecho para demandar la nulidad*, dice, *no es trasmisible por herencia ni de cualquiera otra manera*. La razón por la que se declara instransferible la acción de nulidad radica en el carácter moral del derecho a que da vida; ahora bien, representando los herederos al difunto en lo que afecta a sus intereses pecuniarios, y no siendo de la naturaleza de éstos el derecho para reclamar la nulidad del matrimonio, es evidente que no hay razón para su trasmisión. Todos los doctrinistas extranjeros están de acuerdo con esto; la dificultad surge cuando se trata de saber si intentada la acción por el que tiene derecho de intentarla, puede continuarse por sus herederos, si aquel muere antes de haberse pronunciado sentencia.

La cuestión es muy controvertida en el derecho francés, en el que existen razones, de más o menos peso, en un sentido y otro; en nuestra legislación, el punto no se presta a discusión ninguna, pues el artículo 276, después de declarar que la acción de nulidad es intrasmisible, dice así: *sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel a quien heredan;* es la aplicación del principio romano que consideraba que las acciones personales dejaban de serlo cuando eran llevadas ante los tribunales.

Expuestos los anteriores principios generales, conviene entrar al estudio de las causas de nulidad del matrimonio.

I

DE LAS CAUSAS DE NULIDAD

22. *Son causas de nulidad*, dice el artículo 257, *las siguientes:*

I. *Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo al-*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

guno de los impedimentos enumerados en las fracciones 1ª y 3ª a 9ª del artículo 259, o faltando el consentimiento de la persona que conforme a la ley tiene la patria potestad;

II. *Que se haya celebrado en contravención a los artículos 119 y 120;*

III. *Que no se hayan hecho las publicaciones en los términos prevenidos en los artículos 110 a 113 y 118;*

IV. *Que no se hayan dispensado dichas publicaciones conforme al artículo 114;*

V. *Que no hayan concurrido los testigos que exigen los artículos 109 y 128;*

VI. *Que se haya celebrado no concurriendo los contrayentes personalmente o por apoderado especial, conforme al artículo 128;*

VII. *Que haya impotencia incurable para la cópula. La impotencia debe ser anterior al matrimonio y legalmente comprobada.*

Dijimos antes que la doctrina clasifica las nulidades en absolutas y relativas, considerando que son absolutas aquellas que han sido dictadas en consideración al orden público, y relativas las que afectan principalmente al interés privado de los consortes. Vamos a hacer el estudio en particular de cada una de estas nulidades, conforme a la clasificación mencionada, comenzando por el de las relativas.

(§ I.) *Causas de nulidad relativa*

23. Seis son las causas que en nuestro derecho producen la nulidad relativa del matrimonio: tales son: el error, la fuerza o miedos graves, la locura constante e incurable, la falta de consentimiento de los padres, ascendientes o tutores y la impotencia incurable para la cópula: Estudiemoslas por el orden en que las hemos enumerado.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Núm. 1. Error

24. Cuando estudiamos la fracción III del artículo 159 (1), dejimos en qué consiste el error, cuando es un impedimento para el matrimonio y por qué razón lo es; el artículo 263, completando lo dispuesto por dicha fracción, establece que *el error respecto de la persona anula el matrimonio sólo cuando entendiendo un cónyuge contraerlo con persona determinada, lo ha contraído con otra.*

25. Hemos explicado ya también por qué el error sobre la persona es una causa de nulidad y no de inexistencia del matrimonio (2); tócanos decir ahora cuál es el motivo por el que el legislador ha considerado dicha causa de nulidad como relativa

El error nulifica el matrimonio porque implica un vicio en el consentimiento otorgado por el esposo, víctima de él; ahora bien, la única persona que puede tener interés en la nulidad de tal matrimonio es el esposo engañado; la sociedad, lejos de querer que se nulifiquen los matrimonios afectados por vicios del consentimiento, tiene interés en que se mantengan para evitar los perjuicios que de anularse se seguirían a los hijos; siendo, pues, el esposo, víctima del error, la única persona interesada en hacerlo valer como causa de nulidad, natural es que la ley establezca en su exclusivo provecho la acción correspondiente. Así lo preceptúa terminantemente el artículo 264, que dice que *la acción que nace de esta causa de nulidad, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado.*

26. La ley no se conforma con establecer que la única

(1) Tomo I. núms. 273 y siguientes
(2) Tomo I, núm. 276

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

persona con derecho para demandar la nulidad del matrimonio por vicio de error, es el esposo, víctima de él, sino que quiere que la acción se entable *inmediatamente* que aquel haya sido advertido, bajo pena de tener por ratificado el consentimiento, si no se hace; a este respecto, el artículo 265 establece que *si el esposo engañado no denuncia el error inmediatamente que lo advierta, se tiene por ratificado el consentimiento, y queda subsistente el matrimanio, a no ser que exista otro de los impedimentos dirimentes.* El silencio del esposo significa, en este caso, la confirmación tácita de su consentimiento.

¿Por qué exige la ley que la acción de nulidad por error se entable *inmediatamente*? Para evitar la inmoralidad de que el esposo que tiene derecho a entablar la demanda continúe haciendo vida común con su consorte, a sabiendas de que la cohabitación no es a sus ojos más que un concubinato, supuesto que entra en sus intenciones demandar la nulidad.

27. ¿Qué sucederá si el esposo, víctima del error, una vez que tenga conocimiento de éste, deja de cohabitar con su consorte, sin promover, sin embargo, la correspondiente demanda de nulidad? En el derecho francés, esta conducta del esposo engañado se considera como una prueba evidente de que sus intenciones son no ratificar su consentimiento, y en consecuencia, se admite que aun cuando transcurra más del plazo de seis meses que da la ley para demandar la nulidad, el matrimonio no se entiende ratificado (1); más aún: en aquel derecho la circunstancia de no ser continuada la cohabitación es bastante para destruir toda presunción de

(1) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 261; Dalloz, ob. cit. palabra «Mariage» núm. 461.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

confirmación tácita del matrimonio (1). Como se ve, en el sistema del Código de Napoleón, el simple transcurso de determinado tiempo no es bastante para declarar prescrita la acción de nulidad, si no va acompañado de la cohabitación continua de los cónyuges.

En nuestro derecho, la anterior doctrina es inadmisible; el artículo 265 no sujeta la pérdida del derecho para demandar la nulidad del matrimonio a la condición de que los esposos hayan cohabitado durante cierto tiempo: basta, según dicho artículo, que no se ejercite inmediatamente el derecho de reclamar la nulidad, para que la acción quede extinguida.

¿Cuál sistema es más jurídico: el frances, que exige una cohabitación continua de los esposos durante seis meses para considerar perdida la facultad de reclamar la nulidad, o el nuestro, que establece, sin más requisitos, que la acción se extingue si no se entabla inmediatamente? Sin vacilar respondemos que el nuestro. No comprendemos el motivo, ni mucho menos, la conveniencia, de que se dé al esposo engañado un plazo tan largo, como es el de seis meses, para demandar la nulidad de su matrimonio, cuando lo natural es que presente su demanda desde luego y no siga, ni por un día más, haciendo vida común con su consorte; permitir que el esposo engañado cohabite con el otro esposo durante algo menos de seis meses y que al cabo de ese plazo demande la nulidad del matrimonio, es sencillamente una inmoralidad. Aquel sistema tiene además otro inconveniente: si el esposo, víctima del error, al conocer éste se separa de la casa común, como no ha habido cohabitación, el plazo de seis meses que la ley le da para reclamar la nulidad no

(1) Demolombe, ob. y lug. cit; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1753.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

le corre; de donde resulta que la acción que le pertenece no se extingue sino con su muerte, quedando, mientras tanto, incierta la situación del matrimonio; ahora bien, esto es un inconveniente para el otro esposo, para la familia y para la sociedad en general. El sistema adoptado por el legislador mexicano no consagra aquella inmoralidad, ni da lugar a los inconvenientes anotados: reconocido el engaño por el esposo engañado, no debe permanecer ni un día más haciendo vida marital con su consorte; la demanda de nulidad debe proponerla inmediatamente y si no lo hace, se entiende ratificado su matrimonio.

28. ¿Cómo habrá de entenderse el concepto *inmediatamente* de que se hace uso en el artículo 265? ¿Quiere esto decir que en el mismo y preciso momento en que el error es advertido debe iniciarse el juicio de nulidad? Evidentemente que no; tal exigencia pondría al esposo engañado, en la mayor parte de las veces, en la imposibilidad de hacer valer sus derechos ¿cómo podría, en efecto, satisfacer dicha exigencia el cónyuge que advirtiera el error viviendo en el campo o yendo de viaje? No; todo lo que la ley puede exirgir es que la demanda de nulidad se inicie en un breve plazo, esto es, que entre el momento en que sea conocido el error y aquel en que se inicie el juicio, no transcurra más tiempo que el necesario para la presentación de la demanda; ahora bien, este tiempo dependerá de las circunstancias que en cada caso concurran, las que habrán de ser apreciadas por los tribunales.

29. Cuando la acción de nulidad no es intentada a raíz de la celebración del matrimonio ¿corresponde al demandante probar que en el tiempo transcurrido entre dicha celebración y la presentación de la demanda perduraba el engaño de que había sido víctima, o bien, corresponde al demandado la prueba de que su contra parte había tenido

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

conocimiento del engaño mucho antes de promover el juicio? El dicho del demandado constituye, en el caso, una excepción que opone al derecho del demandante; ahora bien, en virtud del principio de que el reo debe probar sus excepciones, es inconcuso que el cónyuge que pretende que su consorte ha perdido el derecho para reclamar, tiene que probar su afirmación. El punto es, sin embargo, muy controvertido entre los doctrinistas franceses, siendo la opinión contraria a la expresada, la que prevalece en la jurisprudencia (1).

Núm. 2. Fuerza o miedo graves

30. *El miedo o la violencia serán causas de nulidad* dice el artículo 266, *si concurren las circunstancias siguientes;*

I. *Que uno u otra importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;*

II. *Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona que le tenía bajo su patria potestad al celebrarse el matrimonio;*

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

El artículo transcrito es un complemento de la fracción VII del artículo 159; ésta en términos generales, preceptúa que la fuerza y el miedo son vicios del consentimiento cuando son *graves;* el artículo 266 explica cuando hay gravedad y en qué forma deben verificarse la fuerza y el miedo para constituir una causa de nulidad del matrimonio.

---

(1) Aubry et Rau, ob. cit t. V. § 462; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 262; *En contra:* Lauret, ob. cit. t. II. núm. 452; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1758.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

31. Según la fracción I del artículo antes transcrito, el miedo y la violencia deben importar peligro de perder la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes; sólo así podrá considerarse que revisten el carácter de gravedad que la ley quiere que tengan, y aun esto, por sí solo, no es bastante para apreciar dicha gravedad, pues siendo el miedo y la violencia causas de nulidad por cuanto a que coartan la voluntad de la persona amedrentada o violentada, su estimación tiene que hacerse, teniendo en cuenta las cualidades y posición de esta persona; lo que quiere decir que aquellos elementos de la nulidad son esencialmente relativos

32. El segundo requisito exigido por la fracción II del expresado artículo, o sea, que el miedo o la violencia hayan sido ejercidos sobre el propio cónyuge o sobre la persona que lo tenía bajo su patria potestad al celebrarse el matrimonio, está plenamente justificado, pues constituyendo tanto el miedo, como la violencia, vicios del consentimiento, es lógico que tengan que recaer sobre la persona o personas llamadas a prestar éste.

33. Finalmente, es condición indispensable para que el miedo y la violencia sean causas de nulidad del matrimonio, que subsistan, como lo expresa la fracción III del artículo 266, al tiempo de celebrarse aquel, porque es precisamente en ese momento en el que el consentimiento se presta, y en el que, por lo mismo, hay que estimar si ha habido libertad o no para prestarlo.

34. Cuando el miedo o la violencia importan un peligro, no para el esposo, sino para un sér querido para él ¿constituyen una causa de nulidad del matrimonio? Tratándose de contratos de carácter pecuniario, la intimidación es causa de nulidad cuando importa un peligro tanto para la persona o bienes de la parte contratante, como para la persona

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes (art. 1299); pero por lo que hace al matrimonio, no existe más disposición que la del artículo 266, de cuyos términos parece desprenderse que el miedo y la violencia sólo son causas de nulidad cuando importan un peligro para la persona o bienes del cónyuge mismo.

35. ¿Es necesario para que la acción de nulidad prospere que el miedo o la violencia provengan de uno de los esposos? Evidentemente que no; el miedo y la violencia influyen sobre la voluntad de la parte amedrantada o violentada, independientemente de la persona que ejerza uno u otra; en consecuencia, es indiferente que provengan del esposo o de un tercero (1).

36. Quién puede promover la acción de nulidad proveniente del miedo o la violencia, y en qué tiempo debe promoverse dicha acción? El artículo 267 da respuesta a estas dos preguntas, diciendo que *la acción que nace de estas causas de nulidad, sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado y dentro de sesenta días contados desde la fecha del matrimonio.*

37. Se concede únicamente al esposo agraviado la acción de nulidad, porque él es la única persona que puede tener interés en la anulación; la sociedad está desinteresada en el asunto; si, pues, el esposo ofendido prescinde de sus derechos para reclamar la nulidad, el matrimonio debe tenerse por perfectamente válido.

Exige la ley que la nulidad se promueva en un corto plazo (sesenta días) con el objeto de evitar que se prolongue por mucho tiempo, con perjuicio de la familia, la situación indefinida en que se encuentra un matrimonio, cuya vali-

(1) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 248; Laurent, ob. cit. t .II. núm. 303.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

dez es dudosa, y porque se presume que el esposo que ha dejado pasar aquel plazo sin ejercitar sus derechos, ha ratificado su consentimientho.

38. El plazo de sesenta días a que se refiere el artículo 267 debe contarse desde la fecha del matrimonio; de donde resulta que si en ese plazo el esposo a quien se concede la acción de nulidad continúa bajo la impresión del miedo o de la violencia, no obstante esto, pierde su derecho para reclamar la anulación; esto es verdaderamente absurdo. «El simple buen sentido, dice el jurisconsulto Don Agustín Verdugo, independientemente de toda noción jurídica, aconseja que para ese cálculo, de cuya solución va a depender la nulidad o validez del acto más trascendental de la vida, se tome, como punto necesario de partida, el momento en que la violación haya cesado. De no ser así, medítese lo irrisorio e inutil del señalamiento de un plazo, con sólo considerar que si antes del matrimonio fué posible la violencia en contra de uno de los futuros esposos, nada es más fácil y seguro que esa misma violencia, alentada por la impunidad, se repita en lo íntimo y secreto del hogar.....Supóngase, pues, el matrimonio celebrado con los vicios de las violencias y amenazas más evidentes y horribles: él tendrá que ser válido, con sólo que la víctima, impotente para exhalar fuera de la carcel de su hogar la menor queja, llore en silencio su desventura, que la ley, sólo atenta al lapso fatal del tiempo, no considera para nada la voluntad, que es sin embargo el alma del matrimonio. Esto es sensillamente absurdo y ocasionado a crímenes horribles» (1).

39. El Código considera el transcurso del plazo de sesenta días como una prueba de la ratificación tácita del

(1) Verdugo ob. cit. t. III. núm. 240.

NO DEBE FOTOCOPIARSE

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

consentimiento otorgado por miedo o violencia. ¿Puede ratificarse ese consentimiento en una forma expresa? El jupisconsulto antes citado se inclina a creer que no hay otra forma de ratificación que la que resulta del transcurso de tiempo antes mencionado, sin intentarse la demanda de nulidad (1). Con la mayoría de los autores, creemos que esta doctrina, enseñada también por algunos tratadistas franceses (2), no es razonable, pues si la ley admite la confirmación tácita del matrimonio, debe considerarse que admite con mayor razón la confirmación expresa, ya que la primera se presta a dudas y la segunda no (3). Esto es tanto más evidente, por lo que hace al matrimonio, cuanto que en esta materia, y por lo que respecta a nulidades que no afectan al orden público, la sociedad tiene interés en que se mantengan las uniones contraídas a fin de no perturbar la tranquilidad de las familias; por lo que, salvo que hubiere un texto expreso y terminante en contrario, debe interpretarse el artículo 267 en el sentido que sea más favorable para la confirmación.

40. Cuando el demandado alega que ha transcurrido el plazo de sesenta días para entablar la acción de nulidad ¿incumbe a él la prueba de su acerto, o pone al demandante en la obligación de probar que no ha transcurrido dicho plazo? Esta cuestión que mucho se discute en el derecho francés (4), por la incertidumbre que hay de la fecha en

(1) Verdugo, ob. cit. t. III. núm. 239.

(2) Planiol, ob. cit. t. I, núm. 1070.

(3) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 462; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 264; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 453; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1760.

(4) *En el sentido de que la prueba incumbe al demandante:* Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 462; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 262.—*En el sentido contrario*: Laurent, ob. cit. t. II. núm. 452; Huc, ob. cit. t. II. núm. 127; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1758.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que comienza a contarse el plazo, que es cuando el miedo o la violencia han cesado, no presenta importancia en nuestro derecho, toda vez que siendo el punto de partida de la prescripción la fecha del matrimonio, bastará para la comprobación del plazo, la sola presentación del acta relativa. Sin embargo, como aun dada esta sencillez de nuestros principios, la dificultad pudiera presentarse, debemos decidirla en el sentido de que siendo la prescripción una excepción que se opone a la demanda de nulidad, toca probarla a la parte que la alega, de acuerdo con los principios que rigen en materia de prueba.

Núm. 3. Locura

41. Es causa de nulidad del matrimonio, en los términos de la fracción VIII del artículo 159, *la locura constante e incurable;* ampliando esta disposición, el artículo 272 expresa que *la nulidad que se funda.....en locura incurable, sólo puede ser pedida por los cónyuges y por el tutor del incapacitado.*

En presencia de textos tan terminantes, hay que concluir que en nuestro derecho la locura constituye tan sólo un motivo de nulidad *relativa* del matrimonio. ¿Está esto de acuerdo con los principios? Vamos a estudiar esta delicada cuestión.

42. La locura, se dice, priva al individuo que la padece de la conciencia de sus actos; el hombre demente es incapaz de consentir; el consentimiento que otorgue no puede tener valor ninguno; así pues, el matrimonio por él celebrado es más que nulo, es inexistente, es la nada, y de acuerdo con los principios que rigen en materia de inexistencia, tal

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

matrimonio podrá ser atacado por cualquiera y nunca podrá confirmarse (1).

¿El anterior razonamiento es verdadero en todos los casos de demencia? ¿es de admitirse en forma tan absoluta la asimilación entre el consentimiento dado por un demente y la ausencia completa de consentimiento? Nosotros no lo creemos: es verdad que cuando el estado del demente es tal que no se da cuenta ninguna de sus actos, que no comprende lo que pasa a su alrededor, el consentimiento que presta no puede producir efecto ninguno, siendo asimilable a la completa ausencia de consentimiento, que produce la inexistencia del matrimonio; pero esta hipótesis no es verosimil, pues una demencia en las condiciones indicadas se patentizará a los ojos de todo el mundo, y no habrá juez del Registro civil que proceda a le celebración del matrimonio.

Descartado, pues, este caso, no nos quedan sino aquellos en que la demencia del esposo es real, sin presentar los caracteres de apariencia que hagan imposible la celebración del matrimonio: en tales circunstancias, no puede decirse que haya ausencia de consentimiento; hay, sí, un consentimiento viciado, al igual de aquel que otorga el que consiente bajo la influencia del miedo o la amenaza; ahora bien, este consentimiento tan sólo debe producir la nulidad del matrimonio, más no su inexistencia.

43. En consecuencia, somos de parecer que el legislador mexicano estuvo en lo justo al estimar que la locura es una causa de nulidad el matrimonio. Sin embargo, los requisitos que exige para que aquella produzca este efecto,

(1) Zachariæ, «Le droit civil francais», t. I. § 110; Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 451 bis; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 442; Laurent, ob. cit. t. II. núms. 272, 277 y 432; Planiol, ob. cit. t. I, núm. 1009; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núms. 1691 y siguientes.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

nos parecen inaceptables. En efecto, el artículo 272, en concordancia con la fracción VIII del artículo 159, establece que la locura sólo es causa de nulidad del matrimonio *cuando es constante e incurable;* de donde resulta que una locura susceptible de curarse y que goza de intervalos lúcidos, nunca puede producir la nulidad; supongamos, pues, que el esposo que contrae matrimonio padece una locura con frecuentes intervalos lúcidos y curable según opinión facultativa, pero que en el momento de la celebración del acto se encuentra bajo la influencia de la enfermedad que le priva de la libertad de consentir: es evidente que el consentimiento que en tal estado otorga está viciado, es indiscutible que el matrimonio es nulo, y sin embargo, no podrá prosperar la acción de nulidad porque es condición esencial de ésta que la locura sea *constante e incurable*, y en el caso, ni es constante, supuesto que tiene intervalos lúcidos, ni es incurable; de manera que el matrimonio así contraído será inatacable, no obstante los perentorios vicios de nulidad que lo afectan.

Esto es sencillamente incomprensible: el matrimonio de un demente es nulo, porque el consentimiento que otorgó para contraerlo no es libre, porque es imperfecto ¿qué importa, pues, para el caso, que la locura sea constante o inconstante, curable o incurable? ¿es qué por el hecho de ser curable o inconstante desaparece el vicio de falta de consentimiento perfecto de que adolece el matrimonio?

Que por razones de carácter fisiológico, que por conveniencia de la familia, se admita que los elementos de constancia e incurabilidad de la locura de uno de los esposos sean motivos para conceder o negar la acción de divorcio, es, hasta cierto punto, razonable, pero de ningún modo lo es que se haga depender de esas circunstancias la validez o nulidad del matrimonio.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

44 ¿Quién puede intentar la acción de nulidad originada por causa de locura? el artículo 282, según ya lo hemos visto, concede esta acción a los cónyuges y al tutor del incapacitado; pero dados las requisitos que exige la ley para que la acción prospere, el cónyuge demente nunca podrá intentarla, pues precisamente la posibilidad de que la intente es prueba inequívoca de la improcedencia: en efecto, si el esposo demente entabla la demanda de nulidad, es porque ha recobrado el uso de sus facultades, lo que significa que su locura no es incurable, en consecuencia, de acuerdo con lo que antes dijimos, la acción de nulidad no podrá prosperar. Resulta, pues, que a pesar de que la ley concede la acción de nulidad a ambos esposos, sólo pueden ejercitarla el cónyuge sano y el tutor del incapacitado.

45. Cuando estudiamos el impedimento de matrimonio por causa de locura, dijimos que el matrimonio celebrado por un demente, durante un intervalo lúcido, es válido. Vamos a estudiar la delicada cuestión, que entonces aplazamos, del efecto que produce la interdicción en el matrimonio del interdicto. Y desde luego ocurre preguntar: ¿el matrimonio del individuo declarado en estado de interdicción, celebrado posteriormente a esta declaración, y durante un intervalo lúcido, es válido, es anulable o es inexistente?

«La cuestión, dice Laurent, es muy controvertida y muy dudosa. En los términos del artículo 502 todos los actos pasados por el interdicto posteriormente al juicio que pronunció la interdicción son nulos de derecho. Resulta del juicio una presunción legal de incapacidad, presunción contra la cual no cabe la prueba en contrario (art. 1352). En este sentido, los actos del interdicto son nulos *de derecho;* inmediatamente que se demande la nulidad, el juez debe pronunciarla, sin que le sea a uno permitido probar

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que estos actos fueron hechos en un intervalo lúcido. ¿Estos principios reciben su aplicación al matrimonio? No lo creemos.»

«La interdicción es pronunciada cuando una persona se encuentra en un estado habitual de imbecilidad, de demencia o de furor. Por ello mismo, la enajenación mental no es una incapacidad absoluta de consentir. El artículo 489 supone que el enajenado tiene intervalos lúcidos; si en estos intervalos goza de la plenitud de su inteligencia, nada le impide consentir y por consecuencia contratar. El puede, pues, casarse y su matrimonio será perfectamente valible. Pothier lo decide así, y agrega que esto no es dudoso. La cuestión está, pues, en saber si la interdicción tiene por efecto quitar al enajenado el derecho que tiene de casarse durante el intervalo lúcido».

Para resolver esta cuestión, dice el sabio jurisconsulto belga, o se aplica el artículo 502 y entonces hay que decidir que el matrimonio celebrado por el interdicto aun dentro de un intervalo lúcido, es *nulo de derecho*, o se hace a un lado dicha disposición como no recibiendo su aplicación al matrimonio; y después de sentar este criterio agrega: «El texto del artículo 502 es absoluto: *todos los actos*. En efecto, la ley es general, y en cierto sentido, absoluta. Pero es preciso ver cuáles son estos actos que son declarados *nulos de derecho*. Lo que es demandar cuál es el objeto de la interdicción. La interdicción no tiene más que un solo objeto: es impedir que el enajenado disipe en actos de locura su patrimonio o el de su familia; es para salvaguardar la fortuna del enajenado, para conservarla para él y sus herederos; por lo que los parientes son admitidos a provocar la interdicción. Suponed que el enajenado no posee nada; la interdicción no tiene razón de ser. La enajenación es una enfermedad; el enajenado debe ser confiado a los cuidados de un

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

médico, ¿qué es lo que tiene de común la interdicción con el tratamiento de la enfermedad? Basta colocar al interdicto en un hospital o en un establecimiento privado; es inútil declarar el estado de interdicción. Sucede en la práctica que hay muy pocas interdicciones, bien que el número de los enajenados sea considerable. Regularmente, pues, el enajenado no estará en estado de interdicción y en este caso, puede casarse ¿Por qué no lo podría si se le hubiese declarado interdicto? Del hecho de que tiene bienes para la conservación de los cuales se toman medidas, ¿es preciso concluir que está privado de un derecho que la naturaleza le ha dado y del que podría gozar si no tuviera bienes? Esto sería poco lógico. ¿Qué importa, según esto, que la ley diga que *todos los actos* son nulos de derecho? Sí, todos los actos que pueden comprometer la fortuna del interdicto; no el matrimonio, que no es un contrato pecuniario, que es la unión de las almas».

«.....Si se prescinde del artículo 502, queda escoger entre dos opiniones extremas: o el matrimonio es valible, si ha sido contraído en un intervalo lúcido, o es inexistente.....Este último sistema debe también ser descartado: desde luego, él está en oposición con los principios que rigen la interdicción. El supone que el interdicto tiene una incapacidad absoluta de consentir, absoluta en el sentido de que los actos que hiciera serían inexistentes. Tal no es la teoría del Código: él se limita a declarar los actos pasados por el interdicto *nulos de derecho*, esto es, simplemente anulables. Para admitir que el matrimonio del interdicto es inexistente, preciso sería que la ley lo hubiese declarado incapaz de contraer un matrimonio, uniendo a esta incapacidad el efecto de que si el interdicto se casase, no habría matrimonio ¿No sería necesario para esto un texto formal? La afirmativa nos parece evi-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

dente. La capacidad de casarse como la capacidad de contratar, es la regla; la incapacidad es la excepción. ¿Hay en el Código civil un texto que declare al interdicto incapaz de consentir en el matrimonio? No es el artículo 502: suponiendo que tuviera aplicación al matrimonio, resultaría sólo que éste sería únicamente nulo, no resultaría que fuese inexistente. No es el artículo 146: esta disposición supone ausencia de consentimiento, o incapacidad absoluta de consentir; ahora bien, el interdicto no es herido de esta incapacidad absoluta: puede consentir si tiene intervalos lúcidos.....Textos aplicables al interdicto, no hay más que dos: el artículo 502, que no puede ser invocado, y el artículo 146, que deja la cuestión entera al punto de vista del derecho. Esto nos conduce a un tercer sistema.»

«El interdicto, no siendo declarado incapaz de casarse, es por esto mismo capaz. No es declarado incapaz, supuesto que el artícujo 502 no recibe aplicación al matrimonio; y todo lo que resulta del artículo 146, es que si hay imposibilidad absoluta de consentir, no hay matrimonio; imposibilidad natural no la hay para el interdicto cuando tiene intervalos lúcidos; imposibilidad legal, no la hay tampoco, puesto que no hay texto que declare al interdicto incapaz de consentir. Se llega, pues, forzosamente a la conclusión de que el matrimonio del interdicto es valible si lo ha contraído en un intervalo lúcido, en tanto que es inexistente si hubiese estado en estado de demencia en el momento en que ha declarado consentir» (1).

No obstante el respeto tan grande que nos merecen Laurent, y los autores que profesan la misma opinión (2), no

(1) Laurent, ob. cit. t. II. núms. 285 y siguientes.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. I. § 451 bis; Demolombe, ob. cit. t. III. núms. 127 y siguientes; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. V. núms. 908 y siguientes.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

estamos conformes con las doctrinas que enseñan. Ya en otra parte de esta obra, creemos haber demostrado que la locura no debe ser causa de inexistencia, sino de nulidad del matrimonio. Quédanos, ahora, por demostrar que el matrimonio del interdicto, celebrado durante un intervalo lúcido, no debe ser válido.

Según oportunamente veremos, el efecto principal de la interdicción es hacer al interdicto incapaz para dar un consentimiento libre: la interdicción crea en contra del interdicto una presunción que no admite prueba en contrario, respecto de su incapacidad para consentir. Ahora bien, debiendo intervenir en el matrimonio, como en todo contrato, un consentimiento libre, deben recibir aplicación a esta materia aquellos principios que imposibilitan en términos absolutos al interdicto para otorgar su consentimiento.

De aquí deducimos que el matrimonio del interdicto, celebrado posteriormente a la sentencia que declaró la interdicción, es nulo, aunque la celebración haya tenido lugar durante un intervalo lúcido.

Tal es nuestra opinión en el terreno de los principios; pero ¿podríamos sostenerla en presencia de los requisitos que los artículos 272 y 159 fracción VIII exigen para que la locura sea una causa de nulidad del matrimonio? Lo dudamos; según los artículos citados, la locura no es causa de nulidad, sino cuando es constante e incurable; la locura del interdicto que contrajo matrimonio en un intervalo lúcido, evidentemente que no es constante: luego su matrimonio debe reputarse válido.

46. ¿Cuando prescribe la acción que nace de la causa de nulidad originada por locura? No señalando el Código regla ninguna especial para esta prescripción, habrá que atenerse a las reglas de la prescripción ordinaria.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Núm. 4. Falta de consentimiento de los ascendientes.

47. Respecto a esta causa de nulidad, los artículos 259 y 260 disponen:

Art. 259. *La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes sólo puede alegarse por el ascendiente a quien tocaba presar aquel, y dentro de treinta días contados desde aquel en que tenga conocimiento del matrimonio.*

Art. 260. *Cesa esta causa de nulidad:*

I. *Cuando hayan pasado los treinta días sin que se haya pedido la nulidad;*

II. *Cuando aun durante ese término, el ascendiente ha consentido expresa o tácitamente en el matrimonio, ya dotando a la hija, ya haciendo donación al hijo en consideración al matrimonio, o recibiendo a los consortes a vivir en su casa, o presentando a la prole como legítima al registro civil, o practicando otros actos que a juicio del juez sean tan conducentes al efecto como los expresados.*

48. De la lectura de los artículos transcritos, se infiere que la única persona que tiene derecho para reclamar la nulidad del matrimonio es el ascendiente cuya autoridad fué menospreciada. La razón de esto nos la da Demolombe: «La ley no podía, dice, conferir a los ascendientes o a la familia una autoridad ilusoria; el derecho de demandar la nulidad del matrimonio contraído por el hijo con menosprecio de esta autoridad, debía pues, ser la sanción. Agregad, además, que es lógico y razonable dejar a aquel cuyo consentimiento hubiese sido necesario, la facultad de apreciar el matrimonio y de ver si conviene, sea atacarlo, sea ratificarlo por su consentimiento o por su silencio (1).

(1) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 271.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

49. Del principio de que sólo el padre o ascendiente, cuyo consentimiento era necesario para la celebración del matrimonio, es la única persona que tiene derecho para demandar la nulidad, se infiere que si muere o no puede manifestar su voluntad, la acción de nulidad no pasa a los ascendientes más próximos en grados, pues éstos no pueden pretender que su autoridad hubiere sido menospreciada (1).

50. Pero ¿qué sucederá si el padre que estaba en la imposibilidad de prestar su consentimiento por consecuencia de una enfermedad mental, recobra el pleno uso de sus facultades antes de que expire el plazo para reclamar la nulidad del matrimonio de su hijo? La hipótesis es la siguiente: el padre es declarado en estado de interdicción, y por tal virtud, el hijo que pretende contraer matrimonio tiene necesidad de solicitar el consentimiento del abuelo paterno; pero menospreciando la autoridad de éste, se casa sin obtener su consentimiento, y antes de que expire la prescripción de la acción de nulidad, se levanta al padre la interdicción. ¿A quién pertenecerá esta acción de nulidad: al padre o al abuelo paterno?.

Si nos atenemos a los términos literales del artículo 259, que sólo concede la acción de nulidad a la persona cuyo consentimiento era necesario para la celebración del matrimonio, habría que decidir que siendo esta persona el abuelo paterno, a él sólo corresponde, con exclusión del padre, la expresada acción. En efecto, el artículo citado dice que la nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes, *sólo* puede alegarse *por el ascendiente a quien tocaba prestar aquel*. Estando declarado interdicto el padre, y habiendo muerto la madre, como se supone en el caso pro-

(1) Aubry et Rau, ob. cit t. V. § 462; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 280; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1076; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 458; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1776.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

puesto ¿a quien tocaba otorgar el consentimiento para el matrimonio? al abuelo paterno: luego éste es el único que puede intentar la acción de nulidad, si su consentimiento no ha sido solicitado.

Tal es la opinión de Dalloz (1); pero esta opinión no nos parece aceptable. Con Demolombe confesamos que no podemos admitir que viviendo el padre, un abuelo tenga el derecho de demandar la nulidad del matrimonio de su hijo, y mucho menos que este derecho lo tenga con exclusión de aquel. Se dice que concediendo al padre, en el caso de que se trata, la facultad de demandar la nulidad del matrimonio de su hijo, se viola el texto expreso de la ley; ¿es esto verdad? Dejemos la contestación a Demolombe, que haciéndose la misma pregunta respecto del artículo 182 del Código de Napoleón, se expresa en los siguientes términos: «Me parece que uno puede muy bien sostener en tal caso, que aun en la época del matrimonio, el consentimiento del padre era requerido (art. 182); pues el padre existía: y regularmente, él debía manifestar su voluntad. Ciertamente que por consecuencia de un accidente o de una enfermedad, se ha encontrado, en ese momento, en la imposibilidad de hacerlo; y entonces la ley ha deferido, sea a la madre (art. 149), sea a los ascendientes (art. 150), sea al consejo de familia (art. 460), el poder de consentir en su lugar; pero me parece que en este caso, ella les ha delegado más o menos provisionalmente, más bien que atribuído definitivamente, la autoridad paterna; es una especie de *interin* que ellos ejercen entonces, y que no impide, desde que toma fin, que el poder paterno vuelva a las manos del padre, con la plenitud de sus atributos; el padre recobra entonces sus facultades; si las personas que ejercieron provisionalmente

(1) Dalloz, ob. palabra «Mariage» núms. 475 y 476.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

la patria potestad consintieron en el matrimonio, todo está dicho: ellas no podrían tener la acción de nulidad; el padre no podrá tenerla tampoco; y Dalloz tiene razón en enseñar que la opinión contraria sería insostenible; pero si aquellas personas no han consentido, la acción de nulidad que tienen la remiten al padre junto con la autoridad paterna, que vuelve a sus manos. Yo sé que los artículos 149, 150 y 160 no parecen hacer diferencia entre el caso en que el padre ha muerto y aquel en que solamente está en la imposibilidad de manifestar su voluntad; pero esta diferencia no es menos real y verdadera; si los expresados artículos no la han hecho, ellos no han podido querer excluírla; y yo pienso finalmente que este sistema es el que concilia mejor los principios con los intereses del poder paterno y de la familia» (1).

51. ¿La acción de nulidad puede ser ejercitada por los herederos del padre o ascendiente cuando éstos han muerto sin ejercitarla? ¿Pueden, al menos, los herederos continuar dicha acción, cuando ha sido intentada por el autor de la herencia? Ambas preguntas se deciden, generalmente, en el derecho francés, en sentido negativo, en virtud del carácter netamente personal que tiene la acción de que se trata (2). En nuestro derecho hay que resolver, por aplicación del artículo 276, que si la acción no ha sido intentada, los herederos no podrán intentarla; pero que en el caso de que se hubiere promovido la demanda, estará en la facultad de aquellos continuar el juicio.

(1) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 273; *en el mismo sentido:* Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1777.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 462; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 279; Laurent, ob. cit. t II. núm. 458; Planiol, ob. cit. t. I. núm.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

52. Cuando el esposo que contrajo matrimonio, sin el consentimiento de sus padres o ascendientes, ha muerto, o llegado a la mayor edad, ¿cabe intentar la ación de nulidad por aquellos cuyo consentimiento hubiere sido menospreciado? El punto es muy controvertido en el derecho francés, siendo la opinión que prevalece en la doctrina la que considera que aquellos súcesos no influyen en nada en el derecho de los padres o ascendientes para reclamar la nulidad (1). Nosotros nos inclinamos a la opinión contraria, y para ello, nos fundamos en la circunstancia de que uno de los principales objetos que la ley persigue al prescribir que los menores de edad no se casen sin el consentimiento de sus padres, ascendientes o tutores, es la pretección de aquellos; la obligación para el menor de obtener tal consentimiento es, pues, una garantía establecida en su favor; si muere o llega a la mayor edad, deja de tener interés en que se le proteja; la acción, por lo tanto, carece de base y debe reputarse extinguida.

53. El artículo 259 habla solamente de la nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes ¿Qué sucederá si el menor, estando bajo el cuidado de un tutor al contraer matrimonio, se casa sin el consentimiento de éste? ¿podrá el tutor, cuya autoridad se menospreció, reclamar la nulidad? Para admitir que el tutor pudiera tener derecho para reclamar la nulidad, sería preciso, en primer lugar, que la ley considerara nulos los matrimonios celebrados por los menores sin el consentimiento del tutor, y en segundo lugar, que concediera la acción respectiva a éste; ahora bien, la ley no considera nulo el matrimonio celebrado en

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 462; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 466; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1783. *En contra:* Demolombe, ob. cit. t. III. núms. 282 y 291.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

las condiciones indicadas; en su oportunidad veremos que el matrimonio celebrado por un menor sin el consentimiento de su tutor o la autorización judicial, es solamente ilícito, y como tal, no tiene otra sanción que la de un castigo que se impone al responsable (arts. 288 fracción II y 289).

54. La acción que nace de la causa de nulidad que venimos estudiando cesa en dos casos: 1º, cuando han pasado treinta días sin que el que tiene derecho para solicitar la nulidad la haya pedido, pues en tal caso se presume que ha renunciado a ese derecho; dicho lapso de tiempo debe contarse desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio; y 2º, cuando aun durante ese término, el ascendiente que tenía derecho para pedir la nulidad, ha consentido expresa o tácitamente en el matrimonio. La fracción II del artículo 260 cita, por vía de ejemplo, varios casos en que debe presumirse la voluntad del ascendiente de consentir en el matrimonio celebrado; pero como pudieran presentarse otros no comprendidos en los mencionados, deja expresamente al prudente arbitrio judicial la apreciación de las circunstancias que en ellos puedan concurrir para presumir si son bastantes o no, para considerar ratificado el matrimonio por la persona que tenía derecho de atacarlo.

Núm. 5. Impotencia

55. El Código de Napoleón, al hablar de los impedimentos al matrimonio y de las causas de nulidad, no hace en lo absoluto mención de la impotencia, lo que ha dado lugar a discusiones y controversias entre los tratadistas franceses, al tratar de determinar que influencia tiene aquella en el matrimonio.

Tres sistemas han surgido con motivo de este asunto:

Según un primer sistema, la impotencia es una causa

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de inexistencia del matrimonio. Es condición esencial del matrimonio, dicen los sostenedores de esta tesis, que los contrayentes sean un hombre y una mujer; si, pues, un individuo carece de los órganos sin los cuales no puede ser hombre, el matrimonio que hubiere contraído no puede tener existencia (1). Este sistema no resiste a la más ligera crítica. Verdad es que para que haya matrimonio se requiere que los contrayentes sean un hombre y una mujer ¿pero el hombre y la mujer dejan de ser tales por el hecho de ser impotentes? Nadie se atrevería a decirlo. El hombre y la mujer impotentes serán inhábiles para llenar uno de los fines del matrimonio: la procreación de hijos; pero como en otra parte de esta obra lo dijimos, el matrimonio, antes que la unión de los cuerpos, es la unión de las almas: en consecuencia, no podrá sostenerse que no hay matrimonio cuando uno de los esposos, o ambos, por virtud de una enfermedad, se encuentran imposibilitados para llenar uno de los tantos fines que aquel persigue.

Según un segundo sistema, la impotencia no es causa de inexistencia, sino de nulidad del matrimonio. Se funda este sistema en el hecho de que el esposo que ha otorgado su consentimiente para casarse con un impotente, ha incurrido en un *error substancial* respecto de la persona de éste, lo que hace que su consentimiento esté viciado, y que tal vicio produzca la nulidad del matrimonio (2). Los partidarios de esta doctrina distinguen entre la impotencia que no es más que el producto de la debilidad de los órganos sexuales, y aquella, natural o accidental, que se manifiesta por signos externos y aparentes, y consideran que sólo esta última puede ser causa de nulidad.

(1) Zachariæ, ob. cit. t, I. § 110.

(2) Merlin, ob. cit. palabra «Impuissance», núm. 2; Demolombe, ob. cit. t. III. núms. 12, 253 *ter* y 254.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Este sistema es tan insostenible como el anterior, pues el *error* que le sirve de fundamento, no es, en el caso de que se trata, un error sobre la persona, sino sobre sus cualidades, y como lo hemos enseñado, este género de error no tiene influencia ninguna en la validez del matrimonio.

Finalmente, según un tercer sistema, la impotencia no es ni causa de inexistencia, ni causa de nulidad del matrimonio (1). No es causa de inexistencia porque la capacidad para la procreación de hijos no es una condición esencial del matrimonio, toda vez que si lo fuera, no se explicaría uno que la ley permitiera el matrimonio de los ancianos; además, la procreación no es el fin único del matrimonio: éste tiene también por objeto *ayudarse a llevar el peso de la vida* y nada impide que dos personas se unan para vivir en común, asistirse y ayudarse mutuamente. No es tampoco causa de nulidad, porque las nulidades no se comprenden sin texto que las establezca, y no hay ninguno en el Código de Napoleón que prescriba que la impotencia anula el matrimonio.

56. Este sistema es sin duda alguna el que más de acuerdo está con la letra y el espíritu del Código de Napoleón; pero nuestro legislador, separándose en este punto de dicho Código, ha hecho de la impotencia una causa especial de nulidad del matrimonio, según puede verse en la fracción VII del artículo 257 que dice: *Es causa de nulidad: que haya impotencia incurable para la cópula. La impotencia debe ser anterior al matrimonio y legalmente comprobada.*

El sistema adoptado por nuestro legislador nos parece que está más conforme con los principios que el seguido

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 464; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 298; Dalloz, ob. cit. palabra «Mariage» núm. 77; Baudry Lacantinerie. ob. cit. núm. 1742.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

por el legislador francés, pues si, como en otra parte dijimos (1), entre los fines del matrimonio están los de satisfacer de un modo ordenado las necesidades sexuales y proveer á la existencia de las generaciones futuras, muy lógico es que pueda ser nulificado el que no llene esos fines, como sucede en el caso de la unión contraída con un impotente.

57. Sin embargo, como la procreación no es el único objeto del matrimonio, y como por lo mismo, no hay inconveniente en que éste subsista, a pesar de que los esposos sean inhábiles para aquella, la ley, procediendo con un criterio perfectamente sano, ha considerado la impotencia como una causa de nulidad relativa del matrimonio, concediendo la acción respectiva solamente a los cónyuges, por ser las únicas personas que pueden tener interés en que su unión subsista o quede nulificada. A este respecto el artículo 272 expresa que *la nulidad que se funda en impotencia.....sólo puede ser pedida por los cónyuges.....*

La ley no restringe la acción de nulidad al esposo sano, sino que la concede a ambos esposos, lo que demuestra que en el sistema adoptado, la impotencia es una causa especial de nulidad, y no una consecuencia de la causa de nulidad por *error en la persona*, pues si así fuera, no concedería el derecho de reclamar más que al cónyuge engañado.

58. ¿Qué caracteres debe tener la impotencia para constituir una causa de nulidad del matrimonio? La fracción VII del artículo 257 lo dice: debe ser incurable, anterior al matrimonio y legalmente comprobada.

El matrimonio es un acto demasiado serio para que la ley permita que se pueda nulificar por una causa pasajera de aquí que exija que la impotencia, para poder ser invo-

(1) Tomo I, núm. 248

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

cada como motivo de nulidad, sea de tal naturaleza que nunca pueda curarse.

La segunda condición que debe tener la impotencia para constituir una causa de nulidad, esto es, el ser anterior al matrimonio, se explica por sí sola: la impotencia nulifica el matrimonio porque constituye un vicio de éste: este vicio debe existir en el momento en que el acto tiene lugar, pues sería absurdo suponer que un vicio posterior nulificara un acto celebrado válidamente.

La tercera condición de la ley para que el matrimonio sea nulo por la causa que venimos examinando consiste en que la impotencia esté legalmente comprobada. Era inútil decirlo, pues no hay causa de nulidad que proceda sin estar comprobada conforme a derecho.

59. La impotencia puede resultar bien de la falta de órganos generadores, o de la conformación defectuosa de los mismos, que imposibiliten al individuo para la cópula, o bien, de una de bilidad del organismo. ¿A cuál de estas dos impotencias se refiere nuestro Código? Se admite generalmente por los tratadistas que sólo la impotencia externa y aparente, esto es, la que resulta de la carencia de órganos sexuales o de una conformación manifiestamente viciosa que los inhabilite para la función generadora, es causa de nulidad del matrimonio, y esto por la sencilla razón de que cualquiera otro género de impotencia es muy difícil, si no es que imposible, de probarse, y además, porque su diagnóstico es muy dudoso, pues casos muchos se han dado de individuos declarados impotentes que han llegado a tener prole (1); pero nuestro Código no distingue entre uno y otro género de impotencia, y el intér-

(1) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 253 *ter.* y 254; Vallette, sobre. Prouhdony, ob. cit. t. I. pág. 395, nota *a*; Huc, ob. cit. t. III. núm. 79.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

prete no tiene derecho para hacer distinciones que la ley no ha hecho. En consecuencia, atentos los términos de la fracción VII del artículo 257, la impotencia es causa de nulidad, sea o no externa y aparente; esto no deja de ser muy censurable por las razones antes expresadas.

60. ¿La esterilidad puede reputarse como impotencia capaz de nulificar el matrimonio? El Código habla de impotencia para la cópula, lo que supone que hay imposibilidad para verificar el acto carnal: en consecuencia, la simple esterilidad no es motivo de nulidad del matrimonio, por más que con ella no se llene uno de los fines de éste, cual es la procreación de hijos.

61. ¿En qué término prescribe la acción de nulidad proveniente de impotencia? No fijando la ley ningún término especial, habrá que estarse a las reglas sobre la prescripción ordinaria.

62 Para terminar este estudio, no nos queda por examinar otra cosa que la de saber si la impotencia, considerada por nuestro legislador como causa de nulidad del matrimonio, es también un motivo de impedimento.

La cuestión es de sencilla resolución: sabemos que no hay más impedimentos que los expresamente sancionados por el legislador: de manera que para decidir que la impotencia no es un impedimento, no habrá más que abrir el Código y ver que entre los que se enumeran no está citada aquella.

Ocurre, sin embargo, esta duda ¿por qué si la impotencia es causa de nulidad del matrimonio, no ha de ser también impedimento? La respuesta es fácil: no siendo el único fin del matrimonio la procreación de hijos, la ley no debe impedir que lo contraigan personas que, aunque inhábiles para llenar tal fin, desean unirse para ayudarse mutuamente, lo que también es objeto del matrimonio.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Además, el legislador no ha creído justo poner obstáculos al matrimonio de dos personas, de la que una o ambas son impotentes, que deseen casarse con el objeto, por ejemplo, de legitimar a los hijos habidos antes de su impotencia.

§ II. *Causas de nulidad absoluta*

63. Las causas de nulidad absoluta admitidas por nuestro Código son: la impubertad, el incesto, la bigamia, el crimen, y la falta de ciertas solemnidades. Vamos a hacer el estudio en particular de cada una de ellas, por el orden en que las hemos expuesto.

Núm. 1. Impubertad

64. Según el artículo 257 en concordancia con el 159 fracción I, es causa de nulidad del matrimonio *la falta de edad requerida por la ley cuando no haya sido dispensada.*

Cuando estudiamos el impedimento al matrimonio, consistente en la falta de edad, dijimos cuál es la edad en que la ley considera al hombre y a la mujer hábiles para celebrar la unión conyugal, cuáles son los fundamentos de aquel impedimento y qué condiciones debe reúnir para ser un obstáculo al matrimonio (1).

65. A lo dicho debemos agregar que la ley no se ha conformado con hacer de la falta de edad un impedimento, sino que ha hecho también de ella, una causa de nulidad del matrimonio, considerándola de tal importancia, que la acción para hacerla valer la ha puesto en manos de cualquiera que pudiera tener interés en ejercerla. En otros términos, el legislador ha considerado la impubertad como una causa

(1) Tomo I. núms. 256 y siguientes.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de nulidad *absoluta* del matrimonio. Sin embargo, esta nulidad no participa de todos los caracteres de las nulidades absolutas, pues éstas no son susceptibles de cubrirse ni por la ratificación, ni por la prescripción, y la que resulta de la impubertad sí puede cubrirse. Esto ha hecho pensar a los autores que la causa de nulidad de que se trata es *mixta*, porque a la vez participa de los caracteres de las nulidades *absolutas* y de los que son propios de las *relativas*.

66. En efecto, el artículo 258 expresa que *la edad menor de catorce años en el hombre y de doce en la mujer, dejará de ser causa de nulidad:*

I. *Cuando haya habido hijos;*

II. *Cuando no habiendo habido hijos, el menor hubiere llegado a los veintiún años y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la acción de nulidad.*

Para el debido comentario de este artículo, conveniente es saber lo que sobre el 185 del Código civil francés, concordante del nuestro, enseñan los doctrinistas.

Dicho artículo dice así: «Sin embargo, el matrimonio contraído por esposos que no tenían todavía la edad requerida, o a lo menos, por uno de ellos que no hubiese alcanzado esta edad, no puede ser atacado: 1º, cuando han pasado seis meses desde que este esposo o los esposos han llegado a la edad competente; 2º, cuando la mujer que no tenía esta edad, ha concebido antes de pasar los seis meses».

Respecto al primer modo de cubrir la nulidad, enseñan los autores: primero, que por edad competente debe entenderse, no la mayoría de edad, sino la edad en que la ley considera al hombre y a la mujer hábiles para celebrar el matrimonio (1); segundo que antes de vencerse el plazo de

(1) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 317; Laurent, ob. cit. t. II núm. 468; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1052; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1823.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

seis meses, los esposos, aunque hayan llegado a la edad competente, no puede ratificar el matrimonio, ni expresa ni tácitamente, siendo indispensable el transcurso de ese plazo para que la causa de nulidad cese (1) y tercero, que no es indispensable, para que la acción prospere, que durante los seis meses a que se refiere la ley, la mujer haya cohabitado con su marido, cuando es ella la que no tiene la edad competente (2).

Respecto al segundo modo, se enseña que la preñez de la esposa hace cesar la causa de nulidad solamente cuando es ella la que carece de la edad competente; pero no cuando es el marido el que carece de esta edad, supuesto que del hecho de que la mujer conciba, no hay que concluir que el esposo sea púber, siendo de temerse que la mujer hubiese buscado en el adulterio el medio de eludir la acción de nulidad de su matrimonio con el esposo impúbero (3).

¿Son aplicables las anteriores doctrinas en nuestro derecho? Desde luego debemos decir que por lo que hace a la cesación de la nulidad por el hecho de haber alcanzado los esposos cierta edad, nuestro legislador ha seguido un sistema muy distinto del adoptado por el legislader francés, pues éste admite que la causa de nulidad por impubertad cesa cuando han pasado seis meses después de que el esposo impúbero ha alcanzado la edad de la pubertad, en tanto que el legislador mexicano exige para que la ac-

(1) Aubry et Rau, ob. cit t. V. § 461; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 469; Huc. ob. cit. t. II. núm. 140; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1825. *En contra:* Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 318.

(2) Aubry et Rau, ob. y lug. cit; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 318; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 468; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1824.

(3) Aubry et Rau, ob. y lug. cit; Demolombe, ob. cit t. III. núm. 319; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 470; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1053.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ción de nulidad se extinga, que los esposos hayan llegado a la mayoría de edad.

Verdaderamente no encontramos congruencia ninguna en el sistema adoptado por nuestra ley. La razón por la cual la nulidad del matrimonio por falta de edad se cubre es porque, como dice Portalis, «la falta de edad es reparable. Sería absurdo que sirviese de pretexto para atacar un matrimonio, cuando ha corrido ya un plazo de seis meses, después de que los esposos hubiesen alcanzado su edad competente: entonces la nulidad no existe más: el efecto no debe sobrevivir a la causa». Si, pues, el motivo porque la nulidad se cubre es que la causa que la hizo nacer dejó de existir por consecuencia de haber llegado los esposos a la edad de la pubertad, y que el efecto no debe sobrevivir a la causa, muy poco lógico es que se haga depender la cesación de la nulidad del hecho de que los esposos hayan cumplido la mayoría edad; nada tiene que ver esta mayoría con la nulidad del matrimonio por impubertad; una cosa es la mayoría de edad, que la ley fija en los veintiún años y otra es la edad competente para el matrimonio, que es de doce años para la mujer y catorce para el hombre. Si se tratara de nulidad del matrimonio por falta de consentimiento de los padres o ascendientes, perfectamente que se estableciera que la mayoría de edad cubriera esta causa de nulidad, pues podría sostenerse que siendo ya los esposos competentes para celebrar su matrimonio sin el consentimiento de nadie, nada les impedía ratificar el que hubiesen celebrado; pero tratándose de una nulidad por impubertad ¿a qué viene el hacer depender la cesación de esa causa de nulidad de la mayoría de los esposos, que nada tiene que ver con la impubertad?

Por lo que respecta a la segunda forma que el Código civil francés da para cubrir la nulidad, nuestro Código ha

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

adoptado también un sistema distinto, pues hace depender la cesación de aquella, no del embarazo de la mujer, sino del hecho de que haya habido hijos. También a este respecto merece las más duras censuras el legislador mexicano. La causa de nulidad del matrimonio por falta de determinada edad se funda en la presunción legal de que hasta el cumplimiento de esa edad, fijada en 12 años para la mujer y 14 para el hombre, los esposos son hábiles para la generación; pero si los hechos demuestran por signos indubitables que los esposos menores de dichas edades son de hecho hábiles para la generación, no tiene más razón de ser la presunción de que se trata y debe ceder ante la realidad. Ahora bien, ¿es necesario para que tal demostración exista que los esposos hayan tenido hijos? ¿no es bastante, para el efecto, la preñez de la mujer debidamente comprobada? Evidentemente que sí; pues si lo es ¿a qué hacer depender la cesación de la nulidad de la supervenencia de hijos? ¿qué sucederá en el caso de un aborto? que no obstante que éste pruebe que la mujer, a pesar de su falta de edad, es puber, el matrimonio tendrá que nulificarse por no estar llenado el requisito de que los esposos impúberos hayan tenido hijos; esto es, se declarará nulo por causa de impubertad un matrimonio, sin que de hecho exista tal impubertad. Esto es verdaderamente incomprensible.

Pero sea lo que fuere, dados los terminos de nuestra ley, ¿podrá sostenerse la teoría enseñada por los doctrinistas franceces de que la supervenencia de los hijos no hace cesar la causa de nulidad por impubertad más que en el caso de que sea la esposa la que contrajo matrimonio antes de haber alcanzado la edad competente para celebrarlo? El Lic. Verdugo, siguiendo a aquellos tratadistas, hace la misma distinción que ellos: «si la mujer es la impúber, dice, la preñez o el nacimienio de hijos, probará necesaria-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

mente contra ella; pero si es el esposo el que se pretende impúber, tales hechos no pueden ser una prueba contra él, sino salvo la que se rindiera en contrario» y en corroboración de su opinión, cita las siguientes palabras de Laurent: «de que la mujer conciba no se puede inferir que el marido sea púber; la paternidad es siempre incierta, y ella lo es sobre todo, cuando el marido no ha tocado la edad de la pubertad legal» (1).

Esta teoría no nos parece aceptable ni en el terreno de los principios, ni en el campo de nuestra legislación positiva. Antes de que se pronuncie la nulidad del matrimonio, éste se considera como válido y surte todos sus efectos, entre los cuales figura el de reputar al marido como padre de los hijos concebidos por la mujer: en consecuencia, si la mujer ha tenido hijos, debe considerarse que son de su esposo y que por lo mismo, éste ha sido hábil para tenerlos, salvo que se demuestre lo contrario, para lo cual habrá que estarse a los principios generales sobre la materia.

Ricci combate este razonamiento en los siguientes términos: «La presunción legal puede invocarse cuando se sacrifica el concurso de los extremos exigidos por el legislador, no cuando este concurso falta. El artículo 159 dice: es verdad que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio; pero también es verdad que marido no puede ser sino quien tiene las cualidades exigidas por la ley para ello y que el matrimonio del cual se habla en dicho artículo no puede ser sino el contraído según las mismas leyes prescriben» (2) Nosotros preguntamos ¿es qué el marido deja de ser tal marido y el matrimonio deja de ser tal

(1) Verdugo, ob. cit. t. III. núm. 273.
(2) Ricci, ob. cit. t. II. núm, 182.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

matrimonio, antes de pronunciarse la nulidad? ¿en donde viene a quedar entonces el principio que establece que todo matrimonio se considera como válido hasta que una sentencia pronuncie la nulidad? Supongamos que nadie hace valer la nulidad y que por el hecho de alcanzar los esposos determinada edad, el matrimonio se hace inatacable; díganos el distinguido maestro italiano ¿desde cuándo el marido podrá considerarse como tal marido y desde cuándo el matrimonio podrá considerarse como tal matrimonio?

Sea lo que fuere, la tesis que combatimos podrá sostenerse en el derecho fracés y en el italiano; pero de ningún modo creemos que pueda sostenerse en nuestro derecho, dada la redacción del artículo 258. Dice dicho artículo que la edad menor de catorce años en el hombre y de doce en la mujer deja de ser causa de nulidad *cuando haya habido hijos;* la generalidad de los términos en que está redactado este precepto no permite hacer distinciones de ningún género,

67. ¿Qué sucederá si al iniciarse la demanda de nulidad la mujer no ha tenido hijos y los tiene durante el juicio? ¿le será permitido hacer valer esta circunstancia para rechazar la acción de nulidad? La cuestión se refiere más bien a los principios que dominan en materia procesal; ahora bien, según estos principios, es en el momento en que la acción se inicia cuando debe apreciarse si está bien formulada, y en el caso, es indiscutible que sí lo estuvo, pues en la época en que se inició, todavía la mujer no tenía hijos. La sentencia, dice el artículo 605 del Código de Procedimientos Civiles, debe ocuparse de la acción deducida y de las excepciones opuestas, y no habiéndose podido oponer la excepción de supervenencia de hijos al contestarse la demanda, es indudable que la sentencia no puede ocuparse de ella. Para poderse sostener lo contrario, como lo sostienen

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

algunos tratadistas franceses respecto del art. 185 del Código de Napoleón (1), sería preciso un texto expreso que lo autorizara y tal texto no existe en nuestro derecho.

68. ¿Es admisible la dispensa de edad acordada posteriormente a la celebración del matrimonio? En el derecho canónico se admitía este género de dispensas, que producían el efecto de hacer inatacable el matrimonio, lo que no dejaba de presentar sus ventajas; pero en nuestro derecho no se podría justificar este sistema, dado que entre las formas que prescribe la ley para cubrir la nulidad del matrimonio viciado por falta de edad de alguno o ambos contrayentes, no figura aquella.

Núm. 2. Incesto

69. Cuando estudiamos las fracciones IV y V del artículo 159 (2), vimos en qué casos el parentesco es un impedimento al matrimonio y cuándo este impedimento es dispensable. Corresponde ahora estudiar qué clase de nulidad es la que nace de dicho impedimento y en qué condiciones opera.

Todo el mundo está de acuerdo en considerar el parentesco como una causa de nulidad absoluta del matrimonio. «El incesto, dice Laurent, no es un crimen; pero es un hecho vergonzoso: importa que el matrimonio incestuoso sea anulado, a fin de asegurar la pureza de las costumbres en el seno de las familias» (3).

Nuestro Código, fiel a esta doctrina, declara en el ar-

(1) Aubry et Rau. ob. cit. t. V. § 461; Demolombe. ob. cit. t. III. núm. 320; Huc, ob. cit. t. II. núm. 140; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1828.

(2) Tomo I. núms. 282 y siguientes.

(3) Laurent, ob. cit. t. II. núm. 474.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

tículo 262 que *la acción que nace de esta causa de nulidad, puede deducirse por cualquiera de los cónyuges y por sus ascendientes, y seguirse también de oficio.*

70. Se recordará que entre los impedimentos por causa de parentesco hay algunos que son susceptibles de dispensa. ¿El otorgamiento de esta dispensa, posteriormente a la celebración del matrimonio, produce el efecto de cubrir la nulidad? En el derecho francés, en que no existe disposición ninguna a este respecto, el punto es controvertible, enseñándose generalmente la negativa (1). En el derecho mexicano la cuestión no puede ser objeto de controversias, pues el artículo 261 admite que la dispensa otorgada después de la celebración del matrimonio cubre la nulidad, si los esposos, conocedores de la existencia de ésta, reiteran espontaneamente su consentimiento. Dice así dicho artículo: *El parentesco de consanguinidad no dispensado anula el mateimonio; pero si después se obtuviere la dispensa, y ambos cónyuyuges, reconocida la nulidad, quisieran espontaneamente reiterar su consentimiento, lo que se hará por medio de una acta ante el juez del registro civil, quedará revalidado el matrimonio, y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo.*

Núm. 3. Bigamia

71. La bigamia es un delito que todas las legislaciones de los países civilizados castigan severamente: con mayor razón debe ser una causa de nulidad absoluta del matrimonio, y esto aunque uno o ambos de los esposos bígamos ha-

(1) Aubry et. Rau, ob. cit. t. V. § 461; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 314; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 474; Planiol, ob. cit. t. I, núm. 1048; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1841.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

yan contraído el segundo matrimonio, bajo la creencia de que el primero estaba disuelto. A este respecto el artículo 268 expresa que *el vínculo de un matrimonio anterior existente al tiempo de contraerse el segundo, anula éste aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad, puede deducirse por el cónyuge del matrimonio primero, por los hijos y herederos de aquel, y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, el juez, si tiene conocimiento de dicha causa, podrá proceder a instancia del Ministerio público o de oficio.*

72. Los doctrinistas franceses enseñan que si el primer matrimonio es nulo, posteriormente a la celebración del segundo, la nulidad de este último queda cubierta, pues la existencia del primer matrimonio siendo la causa única de las nulidades del segundo, resulta que si éste es anulado, el segundo debe ser mantenido (1).

¿Esta doctrina es admisible en nuestro derecho? No vacilamos en responder negativamente. La estimación de la nulidad debe hacerse en el momento en que el matrimonio se celebra; ahora bien, en la época en que se celebró el segundo matrimonio había una unión anterior que, aunque nula, producía todos sus efectos, pues aun no estaba pronunciada la sentencia declaratoria de la nulidad ¿qué importa que ésta se haya pronunciado más tarde? ¿es qué por ello dejó de ser ilegal la celebración del segundo matrimonio? Verdad es que en el caso los esposos podrían contraer nuevamente su matrimonio, supuesto que la primera unión ha quedado anulada, y entonces, como dice Laurent, vale

(1) Dalloz, ob. cit. palabra «Mariage» núms. 517; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 330; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t III. núm. 1839.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

más mantener su unión (1). Pero estas razones de conveniencia toca al legislador apreciarlas; no al intérprete, cuya misión es aplicar la ley.

73. Por el mismo motivo decidimos que no obstante que el esposo del primer matrimonio haya muerto antes de pronunciarse la nulidad del segundo matrimonio, éste seguirá siendo nulo.

74. El Código civil francés y el del Estado de Veracruz prescriben que si los esposos bígamos oponen a la acción de nulidad de su matrimonio la excepción de ser nulo el primer matrimonio, la validez o nulidad de éste deberá ser juzgada previamente, y el Señor Licenciado Verdugo enseña que esta disposición, aunque no esté determinada en el Código del Distrito Federal, debe recibir aplicación, si se presenta el caso a que se refieren aquellas prescripciones. (2). Tal opinión nos parece erronea; en el Código civil francés y en el del Estado de Veracruz se admite que la nulidad del primer matrimonio, declarada posteriormente a la celebración del segundo, cubre la irregularidad de que éste adolece, y por ello se explica que cuando los esposos bígamos opongan la excepción de nulidad del primer matrimonio, este punto se juzgue previamente; pero en el Código que comentamos, en el que el mismo Señor Licenciado Verdugo conviene en que no es admisible la teoría antes expresada (3), no se comprende qué objeto pueda tener el decidir prejudicialmente si el primer matrimonio es válido o nulo, pues tanto en uno como en otro caso, el segundo matrimonio no puede producir efectos legales.

(1) Laurent, ob. cit. t. II. núm. 473.
(2) Verdugo, ob. cit. t. III. núm. 289.
(3) Verdugo, ob. cit. t. III. núm. 292.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Núm 4. Crimen

75. El atentado contra la vida de uno de los casados para casarse con el que queda libre, no es solamente un impedimento al matrimonio, según antes explicamos (1), sino que constituye, por la misma gravedad que el hecho reviste, una causa de nulidad absoluta del mismo.

76. El artículo 269 establece que la acción de nulidad proveniente de la expresada causa *puede ser deducida por el cónyuge inocente, por los hijos y herederos del primer cónyuge y por el Ministerio público.*

77. Lo que dijimos anteriormente (2), respecto a las condiciones que debe tener el atentado para hacer un obstáculo a la celebración del matrimonio, es perfectamente aplicable a la materia de su nulidad.

Núm. 5. Falta de formalidades

78. En otra parte de esta obra dijimos que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios establecidos por la ley y con las formalidades que ella exige.

Según lo enseñamos al estudiar el Capítulo relativo a Actas del matrimonio (3), aquellas formalidades consisten: 1º, en que los que pretenden contraer matrimonio se presenten ante el juez del estado civil a que esté sujeto el domicilio de cualquiera de ellos, a fin de que éste tome nota de la pretensión y levante acta en que consten las generales de los contrayentes y de sus padres, si fueren conocidos,

(1) Tomo I. núm. 294.
(2) Tomo I. núms. 294 y siguientes.
(3) Tomo I. núms. 232 y siguientes.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

las de los testigos que deberá presentar cada parte para comprobar su aptitud para contraer el matrimonio, la licencia de las personas cuyo consentimiento sea necesario para la celebración de éste, el certificado de viudedad, si alguno de los esposos es viudo y la dispensa de impedimentos, si los hubiere; 2º, en que comprobada la aptitud de los pretendientes para casarse por las declaraciones de los testigos presentados, se fije una copia del acta en el despacho del juez y dos en los lugares públicos de costumbre, debiendo permanecer fijadas una y otras durante un plazo de quince días (art: 110); 3º, en que si alguno de los pretendientes o ambos no han tenido durante los seis meses anteriores al día de la presentación la misma residencia del juez, se remitan copias del acta a los lugares de residencia anteriores para que se publiquen por quince días, lo que podrá tener también lúgar, a juicio del juez, aun en el caso de que no se llene la condición anterior (arts. 111 y 112); 4º, en que si los pretendientes no han tenido residencia fija durante seis meses continuos, las copias de las actas de que antes se habló deban permanecer fijadas por dos meses (art. 113); 5º, en que el juez que reciba para su publicación, actas remitidas por los encargados de otros registros, pasado el término de la públicación, levante una acta en que haga constar que aquella se verificó y que hubo o no oposición, remitiéndo testimonio de tal acta al juez ante quien penda la celebración del matrimonio, el que no podrá verificarse sin haberse recibido dicho testimonio (arts 118 y 119); 6º, en que si el matrimonio no quedare celebrado en los seis meses siguientes a la terminación de las publicaciones, no pueda celebrarse sin repetir éstas (art. 120). 7º, en que tres días después del término de las publicaciones, sin haberse denunciado impedimento, o desechado o dispensado el que hubiere, se haga constar esta circunstancia

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

en el libro y el juez, de acuerdo con los interesados, señale día y hora para la celebración del matrimonio (art. 121); 8º, en que si se denunciare al juez del estado civil algún impedimento, levante acta de la denuncia ante dos testigos, remitiéndola al juez de primera instancia, y haciendo saber a los pretendientes el impedimento denunciado y absteniéndose de todo procedimiento ulterior hasta que se decida sobre tal impedimento (Arts. 122 y 124); 9º, en que la denuncia de impedimento se anote al margen de las actas relativas al matrimonio intentado, sin poderse proceder a la celebración, aunque se desita el denunciante, hasta que se pronuncie sentencia (art. 127); 10º, en que el matrimonio se celebre en público, y en el día, hora y lugar señalados al efecto, debiendo comparecer los contrayentes personalmente o por medio de apoderado especial, y acompañados de tres testigos por lo menos (art. 128); 11º, en que el juez reciba la formal declaración que hagan las partes, de ser su voluntad unirse en matrimonio (art. 129) y finalmente, en que concluído este acto, se extienda inmediatamente en el libro una acta en que consten: las generales de los contrayentes, de sus padres y de los testigos que intervengan en el acto, con la declaración de si son o no parientes de los interesados, y si lo son, en qué grado y de qué línea, el consentimiento de los padres, abuelos o tutores o la habilitación de edad, que no hubo impedimento al matrimonio o que fué dispensado y la declaración de los esposos de ser su voluntad unirse en matrimonio, tomándose y entregándose mutuamente por marido y mujer, y la que de haber quedado unidos, haga el juez en nombre de la sociedad,

79. ¿Cuáles de estos requisitos han sido dictados bajo pena de nulidad? Es lo que resuelve el artículo 257, diciendo que *son causas de nulidad*.....

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

II. *Que el matrimonio se haya celebrado en contravención a los artículos 119 y 120;*

III. *Que no se hayan hecho las publicaciones en los términos prevenidos en los artículos 110 a 113 y 118;*

IV. *Que no se hayan dispensado dichas publicaciones conforme al artículo 114;*

V. *Que no hayan concurrido los testigos que exigen los artículos 109 y 128;*

VI. *Que se haya celebrado no concurriendo los contrayentes personalmente o por apoderado especial, conforme al artículo 128.*

Como se ve, nuestro Código hace una causa de nulidad de aquellos requisitos que afectan a la publicidad del matrimonio. La publicidad ha tenido para los legisladores de todos los tiempos una importancia capital. Portalis decía que «la más grave de las nulidades es la que deriva de que un matrimonio no haya sido celebrado públicamente» y a fe que tenía razón: la sociedad toda está interesada en la celebración de los matrimonios: natural es, pues, que se le dé en ellos la parte que le corresponde; ¿de que manera? revistiendo el acto de toda la publicidad posible y dictando en términos absolutos la sanción de nulidad. Es lo que ha hecho el artículo 270, al establecer que la *nulidad que se funda en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. A falta de denunciante, el juez puede proceder a instancia del Ministerio público o de oficio.*

Sin embargo, no todas las formalidades que preceden o acompañan a la celebración del matrimonio producen, en caso de inobservancia, su nulidad. De la lectura de las fracciones II, III, IV, V y VI del artículo 257, y del examen de los requisitos que debe reunir el matrimonio, resulta

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que muchos de ellos no han sido dictados bajo pena de nulidad: tales son: la falta de presentación de las personas que pretenden contraer matrimonio al juez del estado civil a que esté sujeto el domicilio de cualquiera de los pretendientes; la falta de inserción en el acta, que con este motivo se levante, de las constancias a que se refiere el artículo 109; la omisión en una acta de los hechos a que se refieren los artículos 121, 122 y 125, así como la del aviso a los pretendientes al matrimonio del impedimento que se hubiere denunciado; finalmente, la omisión en el acta de matrimonio de los requisitos a que se refiere el artículo 130.

Respecto a este último punto, el Señor Licenciado Verdugo parece ser de opinión que la falta de inserción en el acta de los requisitos que establece el artículo 130, produce la nulidad del matrimonio (1). Si tal es en realidad la opinión de dicho letrado, creemos que es enteramente erronea. Es de principio, en materia de nulidades de matrimonio, que no hay otras que las expresamente consignadas en la ley. La cuestión, pues, se reduce a saber si existe algún texto que declare que el matrimonio es nulo por omisión en el acta de los requisitos establecidos por el artículo 130; ahora bien, como dicho texto no existe, hay que concluir que la falta de aquel requisito no puede producir la nulidad.

80. El artículo 257 no pronuncia la nulidad de los matrimonios que no han sido celebrados ante el juez del estado civil ¿hay que concluir de esto que dichos matrimonios son válidos? Evidentemente que no; como lo dijimos en otra parte, la presencia del juez del estado civil y su declaración de haber quedado unidos los esposos, son una condición que afecta a la existencia misma del matrimonio: en conse-

(1) Verdugo, ob. cit. t. III. núm. 322.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

cuencia, si no ha sido llenada, el acto es más que nulo, es inexistente.

81. ¿Es susceptible de cubrirse la nulidad que se funda en la falta de solemnidades externas? El artículo 271 responde a esta pregunta, diciendo: *no se admitirá a los cónyuges la demanda de nulidad por falta de solemnidades, contra el acta de matrimonio celebrado ante el juez del registro civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial.*

¿Cuál es el motivo por el que el legislador deroga el principio común a las nulidades absolutas, respecto a que nunca pueden cubrirse? El motivo es el siguiente: el matrimonio celebrado faltando algunas de las solemnidades externas que deben precederlo o acompañarlo, es nulo por virtud de que carece de la publicidad que la ley quiere que tenga. La posesión de estado de los esposos suple esta publicidad; no hay razón, pues, para que se ataque el matrimonio por este concepto.

Pero la posesión de estado no es bastante para cubrir el vicio de nulidad del matrimonio, si no va acompañada a la vez de la existencia del acta respectiva; es esto una consecuencia del principio que quiere que el estado civil de las personas sólo se pruebe por la constancia correspondiendiente del Registro civil.

82. El artículo 271 se refiere únicamente a los vicios de forma que tenga el matrimonio; si este es nulo por cualquier otro motivo, ninguna influencia tendrá la posesión de estado de los esposos, por larga que hubiere sido.

83. El precitado artículo, por otra parte, sólo se refiere a los cónyuges; únicamente a ellos les está vedado alegar la nulidad de su matrimonio, cuando a la existencia del acta se une su posesión de estado:en consecuencia, todas las demás personas a quienes la ley concede la acción de nu

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

lidad por falta de solemnidades, tienen expedito su derecho para ejercitarla, aunque los esposos hayan vivido públicamente como marido y mujer. ¿Cual es la razón de esta diferencia? «No alcanzamos, sino una, dice el Señor Licenciado Verdugo, que nada satisface en su abono: siendo la posesión de estado matrimonial obra de los mismos cónyuges, la ley ha debido considerarla como un obstáculo incontrastable en que se estrellaran las veleidades y caprichos de aquellos que, después de haber vivido públicamente como marido y mujer, quisieran destruir su matrimonio, y recobrar por defectos de forma en la celebración de aquel, pero sobre los cuales habían guardado silencio, su plena y absoluta libertad. Decimos que esta razón no nos satisface, para que, a pesar de la posesión del estado, sean recibidos a demandar la nulidad del matrimonio los extraños, porque nosotros no podemos menos que ver en este acto, uno de los más trascendentales para la familia y el honor principalmente de la esposa, y el más fecundo en resultados para la sociedad. O la posesión de estado hace válido e inatacable el matrimonio clandestino o no: si lo primero, como se pretende respecto de los cónyuges, debe ser cierto también para todos, pues lo contrario equivaldría a someter a las pasiones e intereses de los demás, la quietud y hasta el porvenir de los hijos» (1). Creemos que tiene sobrada razón el Señor Verdugo.

84. ¿La posesión de estado unida al acta de matrimonio es bastante para cubrir el vicio de falta de autorización del juez del estado civil? Apenas se concibe que la cuestión pueda presentarse: si el juez del estado civil no autorizó el

(1) Verdugo, ob. cit. t, III. núm. 334.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

acto, es indudable que el matrimonio no existe: malamente podría revalidarse, pues no cabe revalidar lo que no tiene existencia.

II

EFECTOS DE LA ANULACION DEL MATRIMONIO

85. Toda nulidad produce el efecto de considerar el acto anulado como si no se hubiera formado; este principio recibe aplicación al matrimonio, como a cualquiera otra materia; el matrimonio, una vez anulado, debe considerarse como si nunca hubiera existido: en consecuencia, todos los efectos que ha producido quedan anonadados Sin embargo, la ley hace una excepción de estos principios para los matrimonios llamados *putativos*, o sean, aquellos en que uno de los esposos o ambos, hubieren sido de buena fe.

Esto nos lleva a dividir nuestro estudio en dos partes: en la primera, estudiaremos los efectos de la anulación, bajo el supuesto de que ninguno de los esposos hubiere tenido buena fe; en la segunda, estudiaremos los matrimonios putativos.

§ I. *Efectos del matrimonio nulo cuando no ha habido buena fe de parte de ninguno de los cónyuges*

86. El matrimonio hace nacer relaciones entre los esposos, entre los hijos y entre los terceros; de aquí que para examinar los efectos de la nulidad, tengamos que referirnos a esos efectos en los que concierne a cada una de las personas mencionadas.

87. Pero antes de entrar a este estudio, conveniente es que resolvamos una cuestión de la mayor importancia,

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

cual es la de saber si la sentencia de nulidad produce sus efectos *erga omnes* o sólo con relación a las partes que hubieren intervenido en el litigio; en otros términos ¿cuál es la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia pronunciada en el juicio de nulidad? ¿tiene una autoridad relativa? ¿tiene una autoridad absoluta?

Puede decirse que hasta Merlin, la doctrina francesa se había manifestado partidaria de la relatividad del juicio de nulidad; hasta entonces, los autores no se habían preocupado de las consecuencias de su teoría; pero obligados por la fuerza de los hechos a tomar en consideración tales consecuencias, no han podido menos de retroceder ante ellas, admitiendo diversas excepciones al principio que siempre se había considerado como absoluto.

En efecto, la relatividad de la sentencia que pronuncia la nulidad lleva a las consecuencias siguientes:

1ª Los hijos del matrimonio anulado, que no hubieren intervenido en el juicio, conservan su carácter de hijos legítimos, tanto con respecto a sus padres, como con respecto a los terceros, y esto último aun en el caso de que hubieren sido partes en el juicio, pues éste es, por lo que hace a los terceros, una *res inter alios acta*.

2ª Si los esposos cuyo matrimonio fué anulado, pretendieren volver a casarse, el juez del estado civil tendrá que negarse a celebrar la unión, pues no produciendo el juicio de nulidad efectos más que entre las partes, el juez debe considerar como subsistente el primer matrimonio.

3ª El segundo matrimonio contraído por los esposos, cuya unión fué anulada, será para los terceros un matrimonio bígamo, atacable por la acción de nulidad, que puede iniciarse aun de oficio.

4ª La esposa del matrimonio anulado, no obstante que por virtud de la sentencia de nulidad se considera como si

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

nunca hubiere estado incapacitada, podrá prevalerse de su incapacidad con relación a los terceros, por los actos que, durante su unión, hubiere ejecutado sin la autorización marital.

Ya se comprende que ante tales consecuencias era imposible que pudiera mantenerse el principio de la relatividad de la sentencia anulatoria del matrimonio. Los autores así lo reconocieron, y desde Merlin, que fué el primero en ocuparse de este asunto, todos ellos han admitido temperamentos más o menos extensos a aquel principio, siendo en el día la teoría dominante, la que enseña en términos absolutos que la sentencia pronunciada en el juicio de nulidad del matrimonio produce sus efectos *erga omnes*, esto es, con relación a todas las personas, hayan intervenido o no en el litigio.

Esta teoría, es, sin duda alguna, la más jurídica. «El estado que crea el matrimonio, dice Baudry, interesa primeramente y ante todo, a los esposos, pues él se analiza íntegro en la asociación íntima de sus personas y de sus destinos. No es más que accesoriamente, y porque esta asociación entrará necesariamente en relación con el mundo externo, por lo que este estado interesa también a los terceros, y por lo que derivan de él, para los esposos, en sus relaciones con aquellos, derechos y deberes particulares. Pero tan extensa como pueda ser la esfera de actividad de la familia, su centro está siempre en la persona de los cónyuges ¿Cómo, pues, los terceros no han de sentir forzosa y necesariamente las modificaciones jurídicas que se producen en esta comunidad de existencia? ¿Cómo han de continuar tratando a los antiguos cónyuges, separados en nombre de la ley que ha hecho anular su unión, como si estuvieran unidos en legítimo matrimonio? ¿Cómo, por el contrario, podrían rehusarles un título que les ha sido

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

judicialmente mantenido? ¿Es posible que ellos estén autorizados para hacer valer con relación a los esposos, cuando ya no hay matrimonio, derechos que sólo éste había podido darles o que puedan poner en duda un estado definitivamente determinado entre aquellos a quienes más interesa? Si pueden hacerlo, la decisión intervenida entre los esposos estará muy lejos de estar determinada: la vida común que ella podía hacer cesar, puede durar todavía, con sus efectos jurídicos, o bien tomar el carácter de concubinato aquella cuyo mantenimiento hubiere sido asegurado» (1).

¿La anterior teoría es la de nuestro Código? Creemos que sí, pues además de que no hay texto ninguno contrario a ella, tenemos el artículo 277 que, como más adelante veremos, ordena que una vez que la sentencia de nulidad haya causado ejecutoria, se mande copia autorizada de ella al juez del Registro civil ante quien pasó el matrimonio, para que al margen del acta respectiva haga las anotaciones correspondientes ¿Qué objeto tendría este requisito, si la sentencia de nulidad sólo hubiera de producir efectos entre las partes litigantes? Uno de los fines de la institución del Registro civil es dar a concer al público el estado de las personas; atento esto ¿se comprende que la ley mandara anotar el acta de matrimonio, si no fuera para que cualquiera pudiera enterarse de que la unión a que se refiere dicha acta había quedado anulada? Y si tal es el fin de la anotación, ¿no es lógico suponer que el legislador admitió la teoría de que la sentencia de nulidad del matrimonio surte efectos para todo el mundo? Nosotros no podemos interpretar de otra manera el requisito de la anotación de que hemos hablado.

(1) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1889.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

88. Sin embargo, con Baudry (1) y otros autores, admitimos que para la que sentencia de nulidad del matrimonio pueda producir una autoridad absoluta, es necesario:

1º Que el juicio haya tenido por objeto principal la anulación del matrimonio; así pues, si lo que se ha discutido en él es, por ejemplo, algo relacionado con una consecuencia pecuniaria de aquel, la sentencia que se pronuncie no tendrá más que una autoridad relativa, pues no determinará el estado de los esposos, sino tan sólo una cuestión accesoria relacionada con ese estado.

2º Que en el juicio hayan intervenido los dos cónyuges; si sólo uno de ellos hubiere sido parte, la sentencia no tendrá valor más que respecto de él.

3º Que la sentencia no haya sido el resultado del frude cometido por los esposos.

Sentado lo anterior, veamos cuáles son los efectos de la nulidad con respecto a los esposos, con respecto a los hijos y con respecto a los terceros.

Núm. 1. Efectos de la nulidad con respecto a los esposos

89. Como antes dijimos, una vez declarada la nulidad, se considera el matrimonio como si nunca hubiera existido; los efectos, pues, que hubiere podido producir son resueltos retroactivamente; quedan anonadados por el fallo pronunciado.

De este principio derivan varias consecuencias que vamos a exponer:

90. El efecto principal del matrimonio es crear entre las personas que lo celebran el *estado de esposos*, del que resultan, entre otros deberes, el de fidelidad, el de darse ali-

(1) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1890,

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

mentos etc. etc. La sentencia de nulidad destruye todos estos deberes, no sólo para el porvenir, sino también para el pasado; si, pues, alguno de los esposos hubiere faltado a sus obligaciones, no podrá ser condenado a cumplirlas: serán obligaciones *sin causa*.

De aquí resulta: 1º, que si un esposo ha acusado al otro de adulterio, no podrá éste ser castigado por tal delito, si prueba que su matrimonio fue anulado; 2º, que si un esposo, por virtud de una sentencia de divorcio, ha sido condenado a pagar a su consorte una pensión alimenticia, quedará libre de hacer este pago al ser decretada la nulidad del matrimonio (1).

91 El matrimonio, como sabemos, produce la incapacidad de la mujer, y en esa virtud, todos los actos que ejecuta, sin la autorización de su esposo, son nulos; declarada la nulidad, como ésta obra sobre el pasado, habrá que considerar que la mujer nunca ha dejado de ser capaz, y que, por lo tanto, los actos que ejecutó, durante su pretendida unión, sin la autorización marital, son perfectamente válidos (2).

92. La emancipación de los menores de edad que produce el matrimonio queda sin efecto; por lo tanto, los actos ejecutados por el esposo menor, durante el matrimonio, son nulos (3).

93. En cuanto a los bienes, la sentencia de nulidad produce el resultado de dejar sin efecto los convenios matrimoniales celebrados por los esposos, así como las donaciones

(1) Carteron, «Du mariage putatif et des effets de la nullité en géneral en matiére de mariage» págs. 12 y 13.

(2) Planiol, ob. cit. t. I, núm. 1092; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1879.

(3) Demolombe, ob. cit. t. VIII. núm. 187; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1879; Carteron, ob. cit. pág. 14.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que se les hubieren hecho en consideración al matrimonio (1). Anulado éste, habrán de resolverse aquellos. Esta consecuencia, por lo que respecta a nuestro derecho, no es verdadera, sino cuando no hay hijos del matrimonio anulado, pues si los hubiere, los gananciales y las donaciones pertenecen a los hijos (arts. 2064 y 2112). Nuestro Código, en este particular, deroga, por razones de equidad, el principio según el cual, el matrimonio anulado no produce ningún efecto.

Finalmente, si algún consorte hubiere heredado al otro, en calidad de heredero legítimo, la herencia quedará resuelta al anularse el matrimonio, y el pretendido esposo que la recibió, habrá de devolver los bienes heredados (2).

94. ¿Cómo deben liquidarse los derechos pecuniarios de los esposos, cuyo matrimonio hubiere sido anulado? Los autores deciden que no pudiendo tomarse en consideración, para aquel efecto, ni los convenios matrimoniales que se hubieren celebrado, ni las disposiciones legales relativas a los diversos regímenes de bienes que puede haber en el matrimonio, habrá que hacer la liquidación, partiendo de la idea de que los pretendidos esposos se unieron entre sí para formar una sociedad de bienes, conforme a las reglas del derecho común (3). Esta misma decisión nos parece aceptable en nuestro derecho, atentos los términos del artículo 2050, que expresa que cuando los dos cónyuges hubieren procedido de mala fé, la sociedad de bienes se considerará nula desde la celebración del matrimonio.

(1) Dalloz, ob. cit. palabra «Mariage» núms. 581; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. núms. 1879 1895.

(2) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 344; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 501; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1092.

(3) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 459; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 501; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1895.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Núm. 2. Efectos de la nulidad con respectos a los hijos

95. Como más adelante veremos, la ley divide a los hijos en *legítimos* e *ilegítimos* o *naturales*, considerando que son legítimos los concebidos o nacidos durante el matrimonio y que son ilegítimos o naturales los nacidos de dos personas no unidas por el vínculo matrimonial.

En virtud del efecto retroactivo que produce la sentencia de nulidad del matrimonio, los hijos nacidos de la unión anulada pierde el estado de hijos legítimos, tanto para el porvenir, como para el pasado, y deben ser considerados, según los casos, como hijos *naturales simples* o como hijos *adulterinos* o *incestuosos* (1).

Otro tanto sucederá con los hijos nacidos antes del matrimonio anulado. Tales hijos, al nacer, eran naturales: pero por obra del matrimonio de sus progenitores alcanzaron el beneficio de la legitimación; ahora bien, una vez anulado el matrimonio, la legitimación queda sin efecto, volviendo aquellos a su primitivo estado de hijos naturales.

96. ¿El acta de nacimiento de los hijos nacidos del matrimonio anulado, hace prueba de la filiación natural de éstos? En el número 11 examinamos esta cuestión por lo que concierne al matrimonio inexistente, y contra la doctrina enseñada por Laurent, la resolvimos en sentido negativo. ¿Cabe dar igual solución cuando el matrimonio ha sido simplemente anulado?

Antes de entrar en materia, conveniente es hacer observar que el modo de prueba de la filiación legítima es muy distinto del de la filiación natural: para la primera, la

(1) Dalloz, ob. cit. palabra «Mariage» núm. 580.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

declaración hecha por dos testigos ante el juez del Registro civil de que un niño ha nacido de tal mujer, prueba directamente la filiación materna del niño presentado e indirectamente, por aplicación de la regla *pater est quem nuptiæ demonstrant*, su filiación paterna; para comprobar la filiación natural del hijo con respecto a su padre y a su madre, es preciso que ambos lo reconozcan, esto es, que declaren ante el juez del Registro civil, que aquel es hijo de ellos. Sentado esto, veamos si es posible que la filiación natural del hijo pueda quedar comprobada por su sola acta de nacimiento.

Los doctrinistas unánimemente enseñan la afirmativa, fundando su teoría en las siguientes consideraciones: la anulación, dicen, aunque hace que el matrimonio no produzca ningún efecto, es impotente para destruir hechos consumados y la prueba que de ellos resulta, cuando constan en un acto auténtico; haciendo aplicación de estos principios a la materia, resulta que hay dos hechos auténticamente probados: tales son el de que se ha celebrado un matrimonio y el de que, durante ese matrimonio, un hijo ha sido declarado como habiendo nacido de los esposos; ahora bien, la sentencia que produce la nulidad, no puede destruir, ni el hecho del matrimonio, supuesto que la misma ley reconoce su existencia hasta antes de que se pronuncie la nulidad, ni el hecho del nacimiento, ni la prueba, en fin, que resulta de tales hechos. La filiación del hijo queda, pues, demostrada por el acta de matrimonio y por el acta de nacimiento (1).

(1) Aubry et. Rau, ob. cit. t. V. § 459; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 345; Laurent, ob. cit. t. II núm. 438; Huc, ob. cit. t. II. núm. 159; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1092; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1892.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Esta tesis, en principio, no nos parece admislble. La filiación legítima no resulta solamente del hecho del matrimonio y del nacimiento, sino que se funda también en la presunción jurídica de que los hijos tienen por padre al esposo de la madre; si el matrimonio es anulado, dicha presunción no puede tomarse en consideración, porque la anulación, obrando retroactivamente, anonada todos los efectos de aquel; ahora bien, descartada esta presunción, no quedan más que los dos hechos antes mencionados, de los cuales, el del matrimonio no es necesariamente la causa de el del nacimiento. Además, la presunción legal en que se funda la filiación legítima está establecida solamente en razón del matrimonio; al desaparecer éste por obra de la nulidad, debe desaparececer también aquella (1).

Por otra parte, el reconocimiento es obra de la manifestación de voluntad que hacen los padres de considerar, como suyo, al niño que presentan al Registro ¿Cómo, pues, podría considerarse como reconocimiento una acta de nacimiento, en la que, muchas veces, las declaraciones que contiene son hechas por personas enteramente extrañas a aquellos?

Sin embargo, si ésta es nuestra opinión desde el punto de vista del rigor de los principios, no lo es en el terreno de nuestro derecho positivo. Los artículos 2064 y 2112 establecen que en el caso de que ambos cónyuges hubieren obrado de mala fe en la celebración de su matrimonio, al ser anulado éste, corresponderán a los hijos tanto los gananciales, como las donaciones antenupciales hechas a los consortes; ahora bien, si el legislador concede a los hijos tal derecho, es porque considera que tienen la calidad de tales, es porque admite que el acta de nacimiento, indepen-

(1) Janssens, Servais y Leclercq, ob. cit. t. I. pág. 300.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

dientemente de todo reconocimiento, es prueba suficiente de la filiación natural. No se explicaría que la ley otorgara a los hijos nacidos del matrimonio anulado derechos inherentes a la calidad de hijos, sin admitir que su filiación estuviera comprobada; en consecuencia, es nuestra opinión que en la mente del legislador estuvo admitir la teoría generalmente enseñada por los doctrinistas franceses, que antes expusimos.

97. Del principio de que la anulación del matrimonio convierte en ilegítimos a los hijos de él nacidos, resulta la consecuencia de que si éstos recibieron, en su calidad de hijos legítimos, alguna herencia, debe reducirse a la porción que les corresponda por su calidad de hijos naturales, cuando como tales tuvieren el derecho de heredar.

Núm. 3. Efectos de la nulidad con respecto a los terceros

98. El matrimonio hace nacer entre los esposos y los terceros relaciones de carácter moral y de carácter pecuniario: aquellas son las que resultan del parentesco de afinidad que se engendra entre uno de los esposos y los parientes del otro; éstas son el producto de los convenios que los cónyuges celebran con los terceros.

99. Por lo que respecta a las primeras, el artículo 159, fracción I, considera como una causa de impedimento al matrimonio la relación de afinidad en línea recta, sin limitación alguna. ¿Subsiste este impedimento, una vez anulado el matrimonio, entre el esposo cuya unión se declaró nula y los parientes en línea recta del otro esposo? En el derecho francés, aunque el punto es controvertido, la opinión gene-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ral es en sentido negativo (1). Pero esta solución no podría aceptarse en nuestro derecho, toda vez que, según el artículo 183, el simple comercio carnal entre dos personas engendra el parentesco de afinidad y que los términos de la fracción V del artículo 150 no distinguen entre la afinidad procedente de matrimonio y la que resulta de la cópula ilícita. Por tal motivo, consideramos que en nuestro Código, el impedimento por afinidad, a que se refiere la fracción mencionada, subsiste después de la anulación del matrimonio.

100. Las relaciones pecuniarias que el matrimonio crea entre los esposos y los terceros son mucho más importantes y extensas que las de carácter moral. ¿Cuál es la suerte de estas relaciones? ¿Los convenios celebrados por los cónyuges, en su calidad de tales, se resuelven retroactivamente por virtud de la anulación del matrimonio? En el rigor de los principios, sí, pues considerándose que nunca ha habido matrimonio, y que por lo mismo, los esposos nunca han tenido el carácter de esposos, es evidente que los convenios que con ese carácter hayan celebrado son nulos; admitir lo contrario es reconocer efectos civiles al matrimonio anulado, es echar por tierra la teoría que enseña que la nulidad del matrimonio, una vez declarada, obra tanto para el porvenir como para el pasado. Tal es, por otra parte, la solución dada en el derecho francés a esta cuestión por los pocos autores que se han ocupado de ella (2).

Esta solución, sin embargo, no ha sido, en nuestro concepto, aceptada por el legislador mexicano, el que, pres-

(1) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 347; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 653; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1896. *En contra:* Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 459.

(2) Carteron, ob. cit. págs. 42 y siguientes.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

cindiendo del rigorismo de los principios, ha adoptado otro sistema que, aunque menos lógico que aquel, tiene en cambio la ventaja de estar más de acuerdo con la equidad; en efecto, el artículo 2050 dice que si los dos cónyuges procedieron de mala fe, la sociedad se considerará nula desde la celebración del matrimonio, *quedando en todo caso a salvo los derechos que un tercero tuviere contra el fondo social*, y más explícito, el artículo 2053 establece que la disolución y la suspensión de la sociedad legal no producirán efecto respecto de los acreedores, *sino desde la fecha en que se les notifique el fallo judicial*. De ambos preceptos claramente se infiere que, en el sistema adoptado por nuestro legislador, el fallo de nulidad obra retroactivamente en lo que concierne a las relaciones producidas por el matrimonio entre los esposos y los terceros.

Este sistema, aunque contrario al rigor de los principios, como antes lo dijimos, nos parece que está perfectamente justificado. Los terceros han tratado con personas que a los ojos de todo el mundo tenían la calidad de esposos; ¿es justo que el contrato que hayan celebrado quede sin efecto por la sola circunstancia de que aquellos hayan hecho valer ante los tribunales la nulidad de su unión? ¿es equitativo sacrificar a los terceros, que han procedido con toda buena fe en provecho de los esposos, que contrataron con ellos a sabiendas de que su situación era falsa? Que se les prohiba a los esposos, en sus relaciones entre sí, invocar la validez de la unión que contrajeron con el conocimiento de que era nula, es cosa perfectamente razonable; pero es poco admisible que se les permita hacer valer en su provecho la nulidad, con respecto a personas que con toda buena fe contrataron con ellos.

101. Del principio de que la nulidad del matrimonio no obra retroactivamente en las relaciones de los esposos con

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

los terceros, derivan, entre otras, las siguientes consecuencias:

1ª Los actos ejecutados por el esposo, como administrador de los bienes de su mujer, subsistirán a pesar de la nulidad del matrimonio.

2ª El esposo menor de edad que hubiere contratado con un tercero, no podrá alegar la nulidad del contrato celebrado, fundándose en que la nulidad le hizo perder el beneficio de la emancipación que había adquirido por la celebración del matrimonio.

§ II. *Efectos del matrimonio nulo cuando ha habido buena fe de parte de uno o de ambos cónyuges. Matrimonio putativo*

102. El matrimonio putativo es aquel que, aunque afectado de un vicio de nulidad, ha sido contraído de buena fe por parte de uno o de ambos cónyuges. Con respecto a esta clase de uniones, la ley hace una derogación del principio de que la nulidad, una vez pronunciada, destruye todos los efectos producidos por el matrimonio, considerando a éste como si nunca hubiera existido. Tratándose de matrimonios putativos no es así: *El matrimonio contraído de buena fe*, dice al artículo 278, *aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges, mientras dura; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de su celebración, durante él, y trescientos días después de la declaración de nulidad.*

103. ¿Cuál es el fundamento de esta excepción? «Es en realidad el favor acordado al matrimonio, dice Laurent, el que ha hecho mirar como valible un matrimonio nulo y anulado. El interés de la sociedad queda satisfecho con la sentencia que declara la nulidad. Resta arreglar la suerte

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de los esposos y de los hijos. Los esposos merecen indulgencia, pues han creído contraer una unión valible; si han violado la ley, es sin saberlo; reciben bastante castigo con la ruptura de la ligación que los une; ¿por qué abatirlos para toda su vida, haciéndolos pasar por amancebados, por adúlteros, por incestuosos, cuando en su pensamiento estaban unidos por una unión legítima? Los hijos, sobre todo, son dignos de piedad; concebidos y nacidos de un matrimonio ¿van a ser hijos naturales, adulterinos o incestuosos? ¿Por qué rehusarles una familia, supuesto que han nacido en el seno de su familia? El interés de la sociedad exige, además, que la ley sea ingulgente; ¿no es preferible que los hijos sean considerados como legítimos y no como bastardos? En la familia es donde está el foco en donde se desarrolla la moralidad: tal es el pensamiento moral que ha hecho admitir la ficción del matrimonio putativo» (1).

104. Para que el matrimonio celebrado sea considerado putativo no es necesario más que una cosa: que haya habido buena fe de parte de uno o de ambos de los cónyuges. La ley no requiere más. La dificultad surge cuando se trata de saber en qué debe consistir la buena fe, pues en tanto que unos tratadistas sostienen que sólo el error de hecho puede constituirla (2), otros, en mayoría, afirman que también el error de derecho puede invocarse como constitutivo de aquella (2). ¿Cuál de estas dos opiniones debe prevalecer en nuestro derecho? Atentos los términos, suficientemente explícitos, del artículo 22 del Título preliminar, creemos que la primera.

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 502.

(2) Prouhdon, ob. cit. t. II. pág. 3.

(3) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 460; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 357; Dalloz, ob. cit. palabra «Mariage» núm. 590; Laurent, ob cit. t. II. núm. 504.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

105. ¿Quién debe probar la buena fe? Sobre este punto se dividen también las opiniones de los doctrinistas franceses: según unos, corresponde al que invoca los efectos del matrimonio putativo probar su buena fe, y por lo mismo, el error que le sirve de base (1); según otros, la buena fe se presume, correspondiendo al que la niega probar su negativa (2). Nuestro Código ha puesto fin a esta controversia, estableciendo en su artículo 280 que *la buena fe en estos casos se presume* y que *para destruir esta presunción se requiere prueba plena*.

106. ¿Los efectos civiles que produce el matrimonio putativo cesan cuando los esposos, antes de haberse entablado la demanda de nulidad, han tenido conocimiento del vicio que hace nulo su matrimonio? En otros términos, para que el artículo 278 reciba aplicación, ¿basta que los esposos hayan sido de buena fé al celebrar su matrimonio, o es necesario que ésta persista hasta que se entable la demanda de nulidad? Se ha sostenido que una vez que los esposos han tenido conocimiento del vicio que hace nulo su matrimonio, si continúan unidos, dejan de tener buena fe, y por lo tanto, desde ese momento, el matrimonio ya no puede producir ningunos efectos. Esta teoría repelida por la mayoría de los tratadistas frances (3), debe serlo también en nuestro derecho. En efecto, el artículo 278 dice que el matrimonio *contraído de buena fé*, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles etc. etc ; de donde se in-

(1) Laurent, ob. cit. t. II. núm. 506; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1902.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. V. § 460; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 359.

(3) Demolombe, ob. cit. t. III. núms. 360; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 505; Huc, ob. cit. t. II. núm. 160; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1903.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

fiere que es bastante que en el momento de la celebración la buena fé haya existido, para que tenga lugar la prerrogativa que la ley crea, en virtud de esa buena fe, en favor de los esposos y de los hijos.

107. ¿La solemnidad del acto es condición esencial de la buena fe en el sentido de que si falta al matrimcnio alguna de las formalidades requeridas para su celebración, no puede declararse que haya buena fé, y por lo tanto, matrimonio putativo? La cuestión debe resolverse, en nuestro concepto, distinguiendo: se trata de formalidades que no afectan a la esencia misma del acto, el matrimonio debe considerarse como putativo, si ha habido buena fé de parte de los esposos: se trata, por el contrario, de formalidades, sin las cuales el acto no existe, ninguna influencia puede tener la buena fé; para que haya matrimonio putativo, preciso es, antes que nada, que haya matrimonio: si éste no existe, sale sobrando hablar de buena fé, pues ésta hace producir efectos al matrimonio, y lo que no existe no puede producir efecto ninguno. De acuerdo con esto, habrá que decidir que si una persona, engañada por su pretendido consorte, cree de buena fé contraer matrimonio ante quien no es el juez del estado civil, no obstante de que con toda buena fe esté en la creencia de que el individuo que celebra su unión es el juez del estado civil, esta parodia de matrimonio no podrá producir efectos de ningún género. Igualmente se ha decidido que la unión celebrada, con buena fé, ante un sacerdote, no puede considerarse como matrimonio putativo. Lo contrario ha sido, sin embargo, sostenido por autores de gran reputación.

108. Sabiendo ya qué es el matrimonio putativo y cuáles son las condiciones que debe reunir para que exista, estamos en aptitud de entrar al estudio de los efectos que pro-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

duce. Examinaremos estos efectos con relación a los esposos cuando ambos son de buena fé y cuando uno sólo de ellos lo es, con relación a los hijos y con relación a los terceros.

Núm. 1. Efectos del matrimonio putativo con relación a los esposos, cuando ambos son de buena fé

109. *El matrimonio contraído de buena fé*, dice el artículo 278, *aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dura*..... En otros términos, la ley considera que las partes contratantes del matrimonio anulado tuvieron, hasta la fecha de la anulación, el carácter de esposos, con todos los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio.

110. De este principio derivan las siguientes consecuencias:

111. 1ª Si uno de los cónyuges, faltando a la fidelidad prometida, cometió antes de la anulación del matrimonio, el delito de adulterio, no podrá invocar la nulidad para librarse del castigo que le corresponde.

112. 2ª El esposo menor de edad que, por virtud del matrimonio, adquirió la condición de emancipado, conservará este carácter, a pesar de la declaratoria de nulidad (1).

113 3ª Los esposos conservan con respecto de sus hijos el poder paterno, con todos los derechos que de él dimanan (2). Sin embargo, como por consecuencia de la anulación, se hace necesaria la separación de los consortes, se dividen entre ellos los hijos, poniendo a los que sean varones y ma-

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. I. § 129; Planiol, ob. cit. t. I. núms. 1108 y 1110; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1917 bis.

(2) Aubry et Rau, ob. y lug. cit.; Planiol, ob. y lug. cit. Laurent, ob. cit. t. II. núm. 510; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1918.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

yores de tres años al cuidado del padre y a las hijas al cuidado de la madre. Así lo establece expresamente el artículo 282, que dice: *Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones, mayores de tres años, quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fé.*

114. La mujer será reputada incapaz hasta que se pronuncie la anulación, y por lo mismo, los actos que hubiere ejecutado sin autorización marital o judicial, en los casos en que debiera haber obtenido una u otra, serán considerados como nulos.

115. 5ª Los convenios matrimoniales de los esposos serán válidos, y por lo mismo, de acuerdo con ellos, deberá practicarse la liquidación de los bienes, al declararse la nulidad del matrimonio (1). Esta consecuencia está ampliamente consagrada por el artículo 285 que dice así: *El marido dará cuenta de la administración de los bienes, en los términos convenidos en las capitulaciones matrimoniales; y faltando éstas, conforme a las prescripciones establecidas en este Código, para el caso de disolución de la sociedad legal.*

116. 6ª Finalmente, los esposos conservan el derecho de suceder a sus hijos en los casos de sucesión *ab-intestato* (2).

117. ¿Los esposos tienen el derecho de sucederse recíprocamente, en el caso de supervivencia de uno de ellos? Si la sucesión se abre antes de haberse pronunciado la sentencia de nulidad, es indudable que el cónyuge superviviente tiene derecho a la sucesión, toda vez que tal dere-

(1) Aubry et Rau, ob. y lug. cit.; Demolombe, ob. cit. t. III. núms. 367 y 368; Huc, ob. cit. t. II. núm. 166; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1919.

(2) Aubry et Rau, ob. y lug. cit; Planiol, ob. y lug. cit. Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III, núm. 1918.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

cho es uno de los efectos civiles del matrimonio (1). La dificultad surge cuando la muerte del esposo tiene lugar después de haber sido pronunciada la sentencia de nulidad. Laurent sostiene que tal derecho existe en favor del cónyuge superviviente, aun cuando la sucesión se abra con posterioridad a aquella sentencia. «La ley, dice, mantiene el derecho de herencia en provecho de los hijos, del padre, de la madre y aun de los parientes ¿por qué no había de mantener ese derecho en provecho del cónyuge? ¿No es este uno de los efectos civiles del matrimonio? ¿Desde luego no es preciso decir que este efecto es producido por el matrimonio putativo? La sola objeción seria que uno podría hacer al cónyuge es que el matrimonio anulado no puede producir nuevos efectos a partir del juicio que ha pronunciado la nulidad; ahora bien, el derecho de sucesión es un nuevo efecto. Pero este argumento no puede ser opuesto a los hijos ¿por qué, pues, lo opondría uno a los esposos?» (2). Esta tesis no nos parece convincente. Verdad es que los hijos conservan el derecho de sucesión, aun después de la sentencia que pronuncia la nulidad; pero esto es en virtud de que siguen teniendo su calidad de hijos legítimos; no así los esposos: una vez anulado el matrimonio, pierden su calidad de tales, ahora bien, como para que pudieran sucederse, necesario sería que tuvieren el título de esposos al abrirse la sucesión, pues es este título el que concede derechos a la herencia, es evidente que no podrán tener aquel derecho, cuando por efecto de la nulidad de su

(1) Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1110 bis; Baudry Lacantinerie, ob cit. t. III. núm. 1920.

(2) Laurent, ob. cit. t. II. núm. 511.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

matrimonio, dejan de ser esposos (1). Esta opinión es tanto más sostenible en nuestro derecho, cuanto que el artículo 278 establece que el matrimonio putativo produce efectos en favor de los cónyuges sólo *mientras dura;* luego al ser anulado, no debe seguirlos produciendo.

118. Por las mismas razones, y contra la opinión de Laurent (2), decidimos que una vez pronunciada la sentencia de nulidad, deja de existir entre los cónyuges la obligación de prestarse alimentos (3). La opinión de Laurent es enseñada, entre nosotros, por Don Agustín Verdugo, que la funda en la analogía que dice que existe entre el caso de divorcio, en el que la ley obliga al cónyuge a pasar una pensión alimenticia a su consorte, y el caso de nulidad (4). La analogía no existe en lo absoluto, supuesto que el divorcio deja vivo el matrimonio y la nulidad lo disuelve.

Núm. 2. Efectos del matrimonio putativo con relación a los esposos, cuando uno solo de ellos es de buena fe

119. *Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges*, dice el artículo 279, *el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.* En otros términos, con relación al esposo de mala fe, el matrimonio es nulo, lo que significa para él la imposibilidad de invocar en su favor los efectos de tal matrimonio; esto no impide que esos efectos se puedan invocar en su contra; en cambio,

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. I. § 129; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 370; Planiol, ob. cit. t. I, núm. 1110; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1922.

(2) Laurent. ob. cit. t. II. núm. 510.

(3) Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1111; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1923.

(4) Verdugo, ob. cit. t. III. núm 363.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

con relación al esposo de buena fe, el matrimonio se considera como perfectamente válido, y da, por lo mismo, a aquel la facultad de ejercitar en contra del otro esposo, de los hijos y de los terceros, todos los derechos de la unión anulada, pero sólo hasta el día en que se hubiere pronunciado la anulación.

120. De estos principios derivan las siguientes consecuencias:

121. 1ª El esposo de mala fe no podrá exigir al otro cónyuge los deberes de fidelidad, socorro y asistencia; por lo mismo, si el esposo de buena fe hubiere faltado a estos deberes, no tendrá aquel acción de ninguna clase para reclamar su cumplimiento: para repeler la acción, le bastará al otro consorte invocar la nulidad del matrimonio; por el contrario, si hubiere sido el esposo de mala fe el que hubiere faltado a sus obligaciones, el de buena fe podrá exigirle que las cumpla, ya sea por medio de la acción civil, si se trata de las obligaciones de socorro y asistencia, ya sea por medio de la acción penal, si se trata de la comisión del delito de adulterio.

122. 2ª El esposo menor de edad que hubiere procedido de buena fe, conservará la emancipación que le dió el matrimonio, a pesar de la sentencia de anulación; el esposo menor de mala fe, no pudiendo invocar los efectos de su unión, será considerado siempre como si hubiere sido menor, salvo que esté en el interés del otro cónyuge considerarlo como mayor, para el efecto de reclamar la validez de ciertos actos.

123. 3ª El esposo de buena fe goza de los derechos que derivan de la patria potestad sobre la persona y bienes de sus hijos, que son confiados a su exclusivo cuidado. *Si sólo uno de los cónyuges ha procedido de buena fe*, dice el artículo 283, *quedarán todos los hijos bajo su cuidado*.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Del anterior principio resulta que el esposo de buena fe tendrá la facultad de administrar los bienes de sus hijos, la de percibir el usufructo de ellos y la de sucederlos en los casos de sucesión ab-intestato. El esposo de mala fe no tendrá ninguno de estos derechos, lo que no impedirá que sus hijos sí puedan invocar en su contra derechos a su herencia (1).

¿La exclusión del esposo de mala fe de la sucesión de sus hijos, es extensiva a los parientes de aquel? Seguramente que no: el padre es privado del derecho de suceder a sus hijos por virtud de su mala fe, falta que sólo a él le es imputable; en consecuencia, nada impedirá que exista un derecho de sucesibilidad recíproco entre los hijos y los parientes de aquel (2).

La regla de que los hijos son puestos al cuidado del cónyuge que hubiere procedido de buena fe en el matrimonio, tiene una excepción, que se verifica cuando los hijos sean menores de tres años, en cuyo caso son confiados indefectiblemente al cuidado de la madre, aunque sea de mala fe; así lo prescribe el artículo 283 que dice que *los hijos e hijas menores de tres años se mantendrán en todo caso, hasta que cumpla esta edad, al cuidado de la madre.*

124. 4ª El esposo de buena fe tiene el derecho de suceder a su consorte; pero esto siempre que la sucesión se abra antes de la anulación del matrimonio, pues si se abriere posteriormente, no podrá tener ese derecho (núm. 117) (3).

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. I. § 129; Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 372; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 512; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1924.

(2) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 372; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 512; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1113.

(3) Planiol, ob. cit. t. I núm 1110 bis.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

El esposo de mala no puede reclamar nada en la sucesión del otro esposo.

125. 5ª Finalmente, el esposo de buena fe podrá reclamar el cumplimiento de los convenios matrimoniales celebrados, si así le conviniere, y exigir que la liquidación de bienes se haga conforme a esos convenios. Pero podrá hacer abstracción de ellos para pedir que la liquidación se haga conforme a las reglas del derecho común, como si se tratara de una sociedad de hecho. Sin embargo, tal facultad no significa que pueda reclamar la liquidación conforme al contrato de matrimonio respecto de algunos puntos, y conforme al derecho común respecto de otros; si opta por reclamar el cumplimiento del pacto matrimonial, debe aceptar este pacto en su conjunto, pues nada lo autoriza para aceptarlo respecto de algunas cláusulas y rechazarlo respecto de otras (1).

Núm. 3. Efectos del matrimonio putativo con relación a los hijos

126. *El matrimonio contraído de buena fe*, dice el artículo 278 ya varias veces citado, *aunque sea declardo nulo, produce todos sus efectos civiles.....en todo tiempo, en favor de los hijos nacidos antes de su celebración, durante él, y trescientos días después de la declaración de nulidad.*

127. De acuerdo con este artículo, los hijos nacidos de un matrimonio putativo son legítimos y gozan de todas las prerrogativas de la legitimidad; poco importa para el caso que provengan de una unión adulterina o incestuosa: si ha habido buena fe de parte de uno o de ambos cónyuges, serán considerados como legítimos; la cuestión no tiene duda; por una ficción legal, el matrimonio nulo es considerado,

(1) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1925.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

por lo que respecta los hijos, como si fuera valible: produce todos los efectos de un matrimonio legítimo, entre los cuales se encuentra el muy principal de dar legitimidad a los hijos: en consecuencia, éstos, aunque provengan de un adulterio o de un incesto, se reputarán como legítimos.

128. Más delicada es la cuestión de saber si el matrimonio putativo opera la legitimación de los hijos adulterinos o incestuosos. Si se trata de hijos naturales simples, no hay dificultad ninguna; en efecto, el matrimonio putativo produce todos los efectos de un matrimonio legítimo por lo que se refiere a los hijos; ahora bien, si este matrimonio legitima a los hijos naturales simples (artículos 325 y 326), es evidente que aquel debe producir iguales efectos. El punto es tanto más claro en nuestro derecho cuanto que el artículo 278, no solamente se refiere a los hijos nacidos durante el matrimonio, sino también a los nacidos *antes* de su celebración; además, tenemos un texto expreso sobre el particular: el artículo 327 que establece que *el subsiguiente matrimonio legitima los hijos, aunque sea declarado nulo, si uno de los cónyuges por lo menos tuvo buena fe al tiempo de celebrarlo.*

129. La resolución varía cuando se trata de saber si el matrimonio putativo puede producir la legitimación de los hijos adulterinos o incestuosos; los razonamientos antes hechos nos darán la solución. El matrimonio putativo produce todos los efectos civiles del matrimonio valible ¿este matrimonio legitima a los hijos adulterinos o incestuosos? No, en virtud de la disposición contenida en el artículo 325: luego el matrimonio putativo tampoco puede producir ese efecto. Sería absurdo considerar que lo que no es capaz de producir un matrimonio verdadero, fuera papaz de producirlo un matrimonio que, sólo por virtud de una ficción, se considera como tal (1).

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

130. Para terminar este estudio, haremos notar que a diferencia de lo que pasa con el matrimonio putativo respecto de los conyuges, que sólo produce efectos *mientras dura*, respecto de los hijos, estos efectos se producen *en todo tiempo*, esto es, aun después de la sentencia que pronuncia la nulidad: la razón de esta diferencia está en que la calidad de hijos legítimos, que por el matrimonio putativo adquieren éstos, tiene que subsistir, por la fuerza misma de las cosas, en todo tiempo, en tanto que los esposos pierden su calidad de tales, una vez que el matrimonio ha sido anulado.

Núm. 4. Efectos del matrimonio putativo con relación a los terçeros

131. El matrimonio putativo produce con respecto a los terceros todos los efectos civiles de un matrimonio valible. Si uno sólo de los cónyuges es de buena fe, él sólo podrá alegar estos efectos.

132. Consecuencia de estos principios es que si la mujer es de buena fe, podrá demandar la nulidad de los actos que hubiere ejecutado sin consentimiento de su marido, el que tendrá este mismo derecho, si por su parte, hubiere habido buena fe (2).

133. ¿La donación hecha por uno de los esposos antes de su matrimonio, y en época en que no tenía hijos, es revocada, conforme al artículo 2634, por la supervenencia de un hijo nacido de su matrimonio putativo?

(1) Demolombe, ob. cit. t. III. núms. 364 y 365; Laurent, ob. cit. t. II. núm. 509; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1915.

(2) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 380; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1115.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Si el esposo donante es de buena fe, no hay dificultad: la revocación de una donación por supervenencia de hijos es uno de los efectos civiles del matrimonio valible: debe serlo también del matrimonio putativo (1).

La cuestión es de más difícil resolución cuando el esposo donante ha sido de mala fe: en tal caso no puede invocar los efectos de su matrimonio para revocar la donación hecha. Se objeta, sin embargo, que la revocación no solamente aprovecha al esposo donante, sino principalmente al otro esposo y a sus hijos, supuesto que en virtud de ella se aumenta, en su beneficio, el patrimonio del esposo de mala fe; ahora bien, como el matrimonio putativo produce efectos para los hijos, debe verificarse la revocación, por ser uno de tales efectos (2). Los que esta opinión sostienen no están de acuerdo en la forma en que debe operar la revocación: si en favor del esposo donante o si en favor de los hijos; para lo primero, hay el inconveniente de que con aquella, el beneficiado es el esposo de mala fe, lo que es contrario al principio que quiere que el matrimonio no produzca efectos más que con respecto al cónyuge de buena fe y de sus hijos; para lo segundo, existe también el inconveniente de que se les concede a los hijos putativos un derecho que ni los mismos hijos procedentes de un matrimonio valible tienen, lo que no puede admitirse, sin texto legal que lo sancione. Estos inconvenientes han llevado a la mayoría de los doctrinistas a la decisión de que cuando el esposo donante es de mala fe, la donación es irrevocable (3).

(1) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 382; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1937.

(2) Aubry y Rau, ob. cit. t. I. § 129 y t. VII. § 709.

(3) Demolombe, ob. cit. t. III. núm. 382; Huc, ob. cit. t. II. núm. 168; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 1938.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Esta decisión nos parece indiscutible en nuestro derecho. En la revocación de la donación, la parte principalmente interesada es el esposo donante, supuesto que la revocación tiene lugar en su exclusivo provecho; los hijos sólo tienen interés en la revocación como presuntos herederos del padre, cuyo capital se aumenta con aquella; pero dado el sistema de libre testamentifacción aceptado por nuestro Código, tal interés no es más que eventual, toda vez que está en las facultades del padre hacerlo fracasar. De esto resulta que en el caso en cuestión, es sólo el interés del esposo donante el que debe tomarse en consideración; ahora bien, para que éste pueda aprovecharse de la revocación, le es preciso invocar su calidad de esposo y esta calida no puede invocarla en virtud de que, siendo de mala fe, el matrimonio anulado no puede producir efectos ningunos a su respecto: la donación deberá en consecuencia subsistir.

III

DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES QUE DEBEN TOMARSE DURANTE EL JUICIO DE NULIDAD

134 *Si la demanda de nulidad fuere instaurada por uno de los esposos*, dice el artículo 281, *se dictarán desde luego las medidas provisionales que establece el artículo 244*. Tales medidas son:

I. *Separar a los cónyuges en todo caso.*

II. *Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito, La casa que para esto se destine será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supusiere culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya;*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

III. *Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 245, 246 y 247;*

IV. *Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre;*

V. *Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios a la mujer;*

VI. *Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que quedan encinta.*

En los números 524 y siguientes (1), comentamos ampliamente estas disposiciones; en esta virtud, sólo diremos, por lo que respecta a la última fracción mencionada, que el artículo 286 dispone que *si al declararse la nulidad la mujer está encinta, se dictarán las precauciones a que se refiere la fracción VI del artículo 244, si no se han dictado al tiempo de instaurarse la acción de nulidad.*

135. De los términos del artículo 281 se infiere que las medidas a que se refiere el artículo 244, se dictarán solamente en el caso de que la nulidad fuere promovida por uno de los cónyuges: si fuere promovida por ambos o por persona distinta de ellos, no habrá necesidad de tomar las expresadas medidas. La razón de esta diferencia está en que cuando uno de los esposos ejercita la acción de nulidad en contra del otro esposo, la ley teme que, por consecuencia de este hecho, se rompa la armonía entre los consortes y el hombre abuse de su fuerza en perjuico de la mujer y de los hijos, temor que no existe en los otros supuestos indicados.

(1) Tomo I.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

IV

DE LA TRANSCRIPCION DE LA SENTENCIA DE NULIDAD

136. *Ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad,* dice el artículo 277, *el tribunal, de oficio, enviará copia autorizada de ella al juez del Registro civil ante quien pasó el matrimonio, para que al margen del acta respectiva ponga nota circunstanciada, en que conste: el contenido de la sentencia, su fecha, el tribunal que la denunció y el número con que se marque la copia, que será depositada en el archivo.*

Produciendo la sentencia de nulidad un cambio de estado, natural es que la ley exija su transcripción en el Registro civil que, como sabemos, es el libro en donde se hace constar el estado de las personas.

SECCION 3ª

DÉ LOS MATRIMONIOS ILICITOS

137. Además de los matrimonios anulables de que hemos hablado, existen otros, que, aunque viciados de algún defecto, por la poca gravedad que en sí implica, el legislador no ha considerado prudente anular, sino que se ha conformado con dictar alguna pena en contra de los infractores. Tales son los matrimonios ilícitos.

El artículo 288 define cuales son estos matrimonios; dice así: *Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio;*

I. *Cuando se ha contraído pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa;*

II. *Cuando no ha precedido a la celebración el consentimiento del tutor o del juez, en su caso;*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

III: *Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requieren los artículos 170, 171 y 172;*

IV. *Cuando no ha transcurrido el tiempo señalado en el artículo 287 a la mujer para contraer nuevo matrimonio.*

Vamos a examinar por separado cada una de estas fracciones.

138. El matrimonio es ilícito, según la fracción I transcrita, *cuando se ha contraído pendiente la desición de un impedimento que sea susceptible dispensa.*

Los impedimentos susceptibles de dispensa son: la falta de edad hábil para contraer matrimonio, el parentesco de consanguinidad en la línea colateral desigual y el que entre el tutor y el curador y su pupila, y los descendientes de aquellos, establecen los artículos 170 y 171.

Anteriormente vimos que la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en la línea colateral desigual son causas de nulidad del matrimonio, cuando ni una ni otro han sido dispensados, y ahora nos encontramos con el artículo 288 que considera que los matrimonios en que existen aquellos impedimentos dejan de ser nulos, si se contraen pendiente la decisión del impedimento: esto es, por el sólo hecho de que dos esposos de mala fe soliciten la dispensa de impedimento y se casen inmediatamente, sin esperar a que se obtenga la resolución de su solicitud, el matrimonio deja de ser nulo, para convertirse solamente en ilícito. Francamente no comprendemos la razón de ser de este criterio; si se dijera que en el caso en cuestión el matrimonio no es nulo, si posteriormente a su celebración se obtuviera la dispensa, no tendríamos que hacer reproches al legislador: nada más justo que éste se hubiera conformado con castigar a los infractores de la ley con una pena de carácter pecuniario, pues la infracción cometida no tiene la importancia suficiente para trascender a la va

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

lidez de la unión conyugal; pero esto no es lo que dice la fracción I del artículo 288; para la aplicación de ella, basta con que el matrimonio se haya contraído pendiente la decisión de un impedimento susceptible de dispensa, para que tal matrimonio no sea nulo, sino ilícito; con lo cual resulta la anomalía que antes apuntamos de que el solo hecho de solicitar la dispensa, que en sí nada implica, sea bastante para dar validez a un matrimonio que, sin esa solicitud, no podría menos de ser nulo.

Por otra parte, dados los términos de la fracción que venimos examinando ¿qué resultará si en el caso que prevé, el matrimonio se contrae y posteriormente a su celebración, la autoridad política declara que no es de concederse la dispensa solicitada? ¿Tal matrimonio será nulo conforme lo dispone el artículo 257 o será solamente ilícito, por aplicación del artículo 288, fracción I? No sabemos si el caso se habrá presentado alguna vez; pero de presentarse, estamos seguros de que los tribunales se verían muy embarazados para resolverlo; dado el conflicto que existe entre las disposiciones contenidas en los dos artículos citados, nosotros lo resolveríamos armonizando ambas disposiciones, para lo cual interpretaríamos el último de dichos preceptos en el sentido de que tan sólo recibe aplicación si la decisión que se dé a la solicitud de dispensa es favorable al solicitante: en consecuencia, en el caso en que tal decisión no fuere favorable, consideraríamos nulo el matrimonio celebrado.

Se nos objetará que sosteniendo esta tesis nos ponemos en contradicción con los principios que enseñamos en el número 68, relativos a que la dispensa acordada posteriormente a la celebración del mataimonio no ejerce ninguna influencia en la suerte del acto; pero a esta objeción debemos contestar, en primer lugar, que no somos nosotros, sino que es la ley la que se pone en contradicción con aque-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

llos principios, y en segundo lugar, que el caso de que tratamos en aquel párrafo es distinto del presente, pues en aquel supusimos que el matrimonio fuera contraído sin haberse solicitado dispensa ninguna, y en éste suponemos que la dispensa de impedimento se hubiera solicitado, lo que hace variar la resolución que debe darse en uno y otro supuesto.

Por lo demás, y esto sea dicho en desagravio del legislador, dificilmente se presentará en la práctica la oportunidad de aplicar la fracción I del artículo 288, pues dados los términos del artículo 127, muy dificil será que haya un juez que proceda a la celebración del matrimonio, estando pendiente la decisión de un impedimento.

139. La fracción II del artículo 288 concidera ilícito el matrimonio *cuando no ha precedido a su celebración el consentimiento del tutor o del juez, en su caso.*

Cuando estudiamos el art. 161 y relativos (1), vimos que los menores de veintiún años no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres, a falta de éstos, sin el de sus abuelos, a falta de éstos, sin el de su tutor, y a falta de tutores, sin el de el juez de primera instancia del lugar.

Cuando es el consentimiento de los padres o ascendientes el que se requiere, la ley, dando una importancia capital a este consentimiento, declara nulo el matrimonio celebrado sin él, según entonces lo enseñamos; pero cuando se trata del consentimiento de los tutores o jueces, no creyendo el legislador què revista una gran importancia tal consentimiento, que a menudo se da tan sólo para llenar una formalidad, declara en el precepto que hoy examinamos, que el matrimonio contraído sin él, es solamente ilícito.

(1) Tomo I. núms. 261 y siguiente

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

140. La tercera causa de ilicitud, que establece la fracción III del artículo 288 se verifica *cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requieren los artículos* 170, 171 y 172, los cuales prescriben que el tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a menos que obtenga dispensa, la que no se concederá, sino después de que se hayan aprobado las cuentas de la tutela, y que esta prohibición comprende tambien al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

La razón de estas prohibiciones la explicamos en el número 305 (1). Nada, pues, tenemos que agregar a lo entonces dicho.

141. La última causa de ilicitud fijada por el artículo que venimos estudiando, en su fracción IV, tiene lugar *cuando no ha transcurrido el tiempo señalado en el artículo 287 a la mujer para contraer nuevo matrimonio.* El artículo 287 citado, en el precepto transcrito, establece que *la mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.* La sanción de la prohibición a que se refiere este artículo la da la fracción antes transcrita.

La prohibición de que se trata tiene su razón de ser en el temor que hay de que por consecuencia de la celebración del matrimonio antes del plazo de treseientos días, se verifique una confusión de parto, que haga imposible saber si el hijo nacido es del marido del primer matrimonio o del segundo. Verificándose el matrimonio después de trescientos días de la disolución del anterior, se evita esta confusión, pues evidentemente que el hijo que naciere no podrá considerarse más que del segundo matrimonio.

(1) Tomo I.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Como en los casos de disolución del matrimonio por nulidad, la cohabitación puede cesar antes de que se pronuncie la sentencia respectiva, la ley prescribe que si esto sucediere, los trescientos días comienzen a contarse desde el día en que cesó la cohabitación.

142. Según dijimos antes, la sanción que tiene las prohibiciones a que se refiere el artículo 288 consiste en la imposición de una pena con que la ley castiga a los infractores: *Los que infrinjan el artículo anterior,* dice el artículo 289, *serán castigados conforme al Código penal*, el que en sus artículos 837 y 838 establece una multa de cincuenta a quinientos pesos para los que contraigan un matrimonio ilícito y una multa de cincuenta a doscientos pesos, y la destitución de empleo, para el juez que a sabiendas autorice tal matrimonio.

TITULO SEXTO

DE LA PATERNIDAD Y FILIACION

GENERALIDADES

143. La peternidad y la filiación expresan dos ideas correlativas: indican el vínculo que une a los padres con sus hijos y a los hijos con sus padres; cuando este vínculo es mirado con relación a los hijos, se llama filiación; cuando es mirado, de un modo genérico, con relación a los padres, se llama paternidad. En un sentido más restringido, por paternidad se entiende solamente la relación que existe entre el padre y el hijo, llamándose entonces maternidad, la relación existente entre éste y la madre.

144. La filiación procede de la naturaleza, de la ley, o de la naturaleza y la ley juntas: la primera se llama filiación

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

natural, y resulta del comercio carnal entre un hombre y una mujer que no están unidos por el vínculo del matrimonio; la segunda se llama filiación *adoptiva*, y resulta de un convenio solemne, por el cual el indiviuo adoptado adquiere los derechos de hijo con relación a la persona que lo adoptó; la tercera llamada filiación *legítima*, reconoce su razón de ser en el matrimonio, y es la relación que existe entre el hijo y dos personas unidas por el vínculo matrimonial.

La adopción ha quedado abolida del Código que comentamos; por lo mismo, no tendremos que ocuparnos más que de las únicas clases de filiaciones que ronoce nuestro derecho: la legítima y la natural.

La filiación legítima se subdivide en filiación *legítima* propiamente dicha, y en filiación *legitimada:* filiación *legítima* es la que tienen los hijos concebidos durante el matrimonio de sus padres; después hablaremos de los temperamentos que recibe este concepto; filiación *legitimada* es la que tienen los hijos, cuyos padres se casaron posteriormente a su nacimiento.

La filiación natural se subdivide en filiación natural *adulterina*, en filiación natural *incestuosa*, ambas comprendidas en la denominación común de filiación natural *espuria*, y en filiación natural *simple*, generalmente conocida con el solo nombre de filiación *natural*. La filiación natural espuria es la que tienen los hijos que preceden de padres que, en la época de su concepción, no podían casarse por existir entre ellos impedimento por razón de matrimonio preexistente (filiación adulterina), o de parentesco en los grados prohibidos por la ley (filiación incestuosa). La filiación natural simple es la que tienen los hijos que proceden de padres entre los cuáles, en la época de su concepción, no existían tales impedimentos.

145. Las diversas filiaciones que hemos definido pro-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ducen consecuencias muy distintas tanto por lo que respecta al modo de probarlas, como por lo que hace á los derechos que la ley concede a los hijos provenientes de cada una de ellas.

Los hijos legítimos y los legitimados gozan de la plenitud de los derechos de hijos: entran en la familia de sus padres y tienen un derecho de sucesibilidad general y amplio tanto respecto de éstos, como de sus ascendietes y demás parientes; su filiación queda determinada por el solo hecho del matrimonio de sus progenitores, sin serles necesario el reconocimiento de éstos para poder invocar los derechos que son consecuencia de su legitimidad.

Los hijos naturales simples guardan nna situación inferior a la de los anteriores: no entran en la familia de sus padres; el vínculo que hace nacer el parentesco natural no existe más que entre el hijo y el padre que lo reconoció: sus derechos de sucesibilidad son mucho menos extensos que los de los hijos legítimos y los legitimados; finalmente, no pueden invocar su calidad de hijos, sino previo el reconocimiento de sus padres.

En cuanto a los hijos espurios, casi no gozan de ningún derecho; apenas si la ley les concede la facultad de pedir alimentos para que no mueran de hambre; en términos generales, les está prohibido investigar su procedencia, y sus padres tan sólo pueden designarlos.

146. ¿Cuál es la razón de éstas diferencias? ¿por qué este rigor de la ley para tratar a los hijos naturales, cuando biológicamente son tan hombres como los hijos legítimos? Se dice que los hijos naturales son el producto de uniones criminales, o por lo menos, ilícitas, y que sería atentar a la santidad del matrimonio acordarles idénticos derechos que a los hijos legítimos. No negamos que los hijos naturales provengan de uniones prohibidas por la ley; la conducta

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de sus padres que, en menosprecio de la sociedad, han echado al mundo a esos pobres seres, fruto de un amor desordenado o criminal, es altamente abominable, y merece todos los reproches del legislador; pero ¿son acaso culpables los hijos de esa conducta? ¿es conforme a los principios de la justicia distributiva que la culpa de los padres recaiga sobre seres inocentes que ninguna parte tomaron en la falta cometida por aquellos? Los legisladores no han dejado de comprender esto, y para justificar el sistema que han adoptado, dicen que haciendo recaer la ignominia sobre los hijos, más bien ha querido la ley castigar a los padres, haciéndoles sentir el peso de la deshonra de sus hijos, para alejarlos de comprometerse en uniones ilícitas ¡Magnífico modo de razonar! ¡Se les considera a los padres culpables y para castigar su falta, no se hace recaer el castigo sobre ellos, sino sobre sus inocentes hijos! ¡Se trata de alejarlos de comprometerse en uniones ilícitas, y se les estimula a contraer tales compromisos, desligándolos de toda responsabilidad para con los hijos que procrean, haciendo impune su delito! ¡Se invoca la santidad del matrimonio y se atenta a los principios de humanidad, más sagrados mil veces que el matrimonio mismo! No; la conciencia pública, que tiene la mayoría de las veces un sentido mejor que el de los legisladores, no acepta tales razonamientos; para el hombre que piensa, libre de prejuicios, tan digno es de las atenciones de la ley el hijo que nace dentro del matrimonio, como el que nace fuera de él; este último, por la desgracia que lo rodea, es, si se quiere, más merecedor de tales atenciones, En hora buena que el legislador proteja la institución del matrimonio: pero que esta protección la haga sacrificando a seres inocentes, no es en manera alguna aceptable; la conciencia pública, repetimos, rechaza este sistema de justicia, que se basa en la más inicua de las

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

injusticias; la evolución de las ideas en el campo del derecho no permite que, por más tiempo, bajo el respetable manto de la ley, se sigan haciendo estas odiosas distinciones que son un atentado, no sólo a los principios de derecho natural, sino a los principios de la civilización en que vivimos.

CAPITULO PRIMERO

DE LOS HIJOS LEGITIMOS

PRINCIPIOS GENERALES

147. La filiación legítima, como hemos explicado, es el parentesco que el matrimonio y el hecho de la generación hacen nacer entre el hijo y sus padres. En principio, la concepción dentro del matrimonio es lo que constituye la legitimidad. Sin embargo, por las razones que después expondremos, la ley hace extensivos los favores de aquella a los hijos nacidos durante el matrimonio, aunque concebidos antes.

148. La filiación legítima comprende tres elementos: la filiación materna, la filiación paterna y la legitimidad: la primera la constituye el heho de haber nacido el hijo de una mujer determinada; la segunda el hecho de ser obra de aquel que pretende que es su padre; la tercera queda constituída por el matrimonio del padre y la madre de que el hijo se dice proceder y por su concepción durante ese matrimonio.

149. Resulta de aquí que el hijo, para probar su filiación legítima, necesita rendir pruebas de los diversos elementos que forman esa filiación, lo que es lo mismo, nece-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

sita probar que procede de tal madre y de tal padre y que su concepción tuvo lugar en época en que sus pretendidos progenitores estaban unidos por un vínculo matrimonial valible, o cuando menos, *putativo*.

150. La prueba de la filiación materna no presenta ninguna dificultad: la maternidad se revela por hechos externos, como la preñez y el parto, que son susceptibles de ser probados directamente; otro tanto sucede con el matrimonio: es un acto que se celebra públicamente y del que queda una constancia en los libros del Registro. Pero ¿cabe decir lo mismo de la prueba de la filiación paterna y del hecho de la concepción durante el matrimonio?

La naturaleza ha envuelto con un velo de tal modo insondable el hecho de la generación, ha sujetado a leyes tan variables la duración de la preñez, que se hace imposible toda prueba directa, tanto respecto a la paternidad del hijo, como a la fecha precisa de su concepción. No obstante los progresos realizados por la ciencia, la generación continúa siendo un misterio impenetrable. Y sin embargo, nada hay más importante para el hombre que saber de quiénes procede, conocer cuál es su estado; nada hay más importante para el interés de la familia y de la sociedad, que conocer la situación que en ella guarda cada uno de sus miembros.

151. ¿Qué ha hecho el legislador para satisfacer estos intereses, en los que van envueltos la suerte de los hijos, de las familias, de la sociedad entera? Ante la imposibilidad de recurrir a pruebas directas, se ha visto en la obligación de echar mano de las presucionales; una presunción es una consecuencia que la ley saca de un hecho conocido a un hecho desconocido: del hecho de que una mujer ha dado a luz un hijo y de que esa mujer está casada, la ley deduce que ese hijo es obra de su marido. Esta presunción, que

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

los jurisconsultos romanos condensaron en la regla *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, es perfectamente razonable: se funda, en parte, en la cohabitación de los esposos, y principalmente, en la fidelidad que la mujer está obligada a guardar a su marido; ahora bien, la presunción de que la mujer ha sido fiel a su esposo, es conforme, en un todo, al orden natural de las cosas, pues la infidelidad es un crimen que no puede suponerse, sino en presencia de pruebas irrefutables. Como decía el Canciller D'Agueseau «La ley no presume jamás el crimen; siempre favorable a la inocencia, cuado un mismo efecto puede tener dos causas, la una injusta, y la otra justa y legítima, rechaza absolutamente la primera para unirse únicamente a la segunda. Así, aunque pueda sucer que un hijo concebido durante el matrimonio deba la vida al solo crimen de la madre, sin embargo, porque es posible que no la deba sino a la unión honorable de una mujer con su marido, se presume siempre que la madre es inocente, hasta que lo contrario sea demostrado par pruebas evidentes» (1).

Por lo que hace a la determinación de la fecha de la concepción, el legislador ha procedido también por la vía de las presunciones. La naturaleza, como antes dijimos, no ha sometido a leyes invariables la gestación; pero la ciencia ha demostrado que su duración no puede ser menor de ciento ochenta días, ni mayor de trescientos; pues bien, aprovechándose el legislador de estos datos, ha establecido la presunción de que son hijos concebidos en el matrimonio los nacidos después de ciento ochenta días de su celebración y dentro de los trescientos de su disolución. La época de la concepción queda, pues, fijada en el período de

(1) D'Agueseau. PLAYDOYER XXXIV. Obras, t. III. págs. 180 y 181.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

tiempo que media entre la más corta y la más larga de las gestaciones.

152. ¿Cuál es la naturaleza de las dos presunciones mencionadas? En cuanto a la primera, la que considera que es padre del hijo el marido de su madre, como fundada que está, no solamente en el matrimonio, sino también en la cohabitación de los esposos y en la fidelidad de la mujer, admite prueba en contrario. En efecto, la ley presume que tal hijo tiene por padre al marido de la mujer que lo ha echado al mundo, porque dada la cohabitación de los esposos en el tiempo habil de la concepción, la posibilidad que implica el hecho que entraña aquella presunción es perfectamente lógica; pero si se demostrare que en el tiempo expresado, no existió cohabitación ninguna entre los esposos, si se domostrare que por consecuencia de una enfermedad, hubo imposibilidad física de que el marido tuviera acceso con su mujer, es indudable que dicha presunción, que tan sólo indica un grado de probabilidad, tenga que ceder ante la realidad de los hechos; por necesaria que sea, sería monstruoso sostenerla ante la fuerza incontrarrestable de la evidencia.

No puede decirse lo mismo de la presunción que considera legítimo al hijo nacido después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio o dentro de los trescientos siguientes a su disolución. Los legisladores, al fijar plazos precisos dentro de los cuales debe presumirse la concepción, han querido, ante todo, evitar el arbitrio judicial, si perjudicial en toda clase de asuntos, con mayor razón en el de que se trata, por estar de por medio el estado de los hombres, su personalidad misma; pues bien, si este ha sido el objeto perseguido por el legislador, malamente podría llenarse, si se admitiera la posibidad de combatir la presunción que establece por la prueba en contra-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

rio, pues de hacerlo, se llegaría al sistema del arbitrio judicial, cuyos inconvenientes precisamente se han querido evitar. Se objetará que la expresada presunción, como la de paternidad, indica tan sólo un grado de probabilidad, y que si se admite para ésta la prueba en contrario, no hay razón para proscribirla para aquella, cuando los hechos demuestran el desacuerdo que exista entre la presunción y la realidad. La objeción no tiene más que un fundamento aparente; tratándose de la presunción de paternidad, la prueba de la imposibilidad de haber habido acceso entre los esposos en un período de tiempo determinado, es perfectamente factible, y puede ofrecer un grado bien alto de evidencia; no así la prueba contra la legitimidad: dado el misterio que rodea la generación, cualquiera afirmación que se haga sobre el momento preciso en que la concepción haya tenido lugar, no podrá menos de ser dudosa; ahora bien, en el sistema adoptado por el legislador, basta que exista un vestigio de duda para que ésta se interprete a favor de de la legitimidad. Las probabilidades deben ceder ante la realidad; pero no ante otras probabilidades, y como lo hemos explido, la prueba contra la legitimidad no podrá menos de tener el carácter de probable: admitirla sería poner una presunción de ilegitimidad enfrente de una presunción de legitimidad, y es incuestionable que teniendo que dar la preferencia a una de ellas, habría que darlr a la última. Se comprende, pues, que no hay ninguna inconsecuencia en admitir la prueba en contrario, al tratarse de la presunción de paternidad y en rechazarla, al tratarse de la de legitimidad; la distinta naturaleza de ambas presunciones explica la diferencia que las separa.

El principio de que la presunción de legitimidad no puede ser destruída por la prueba en contrario, no debe ser llevado hasta el absurdo. Puede suceder que la mujer

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

dé a luz un hijo dentro de los diez días siguientes a la muerte de su marido, y que antes de los trescientos días alumbre un nuevo hijo; es indudable que este último no podrá considerarse como legítimo, porque la intención del legislador, al establecer el plazo máximo de trescientos días para la gestación, ha sido sin duda alguna la de conceder la legitimidad al primer hijo nacido después de la disolución del matrimonio; pero de ningún modo a los subsecuentes. Interpretar de otro modo la ley sería irracional, porque es bien sabido que durante una gestación, no puede verificarse una segunda concepción (1).

Puede, sin embargo, darse el caso de que una mujer lleve en el útero más de un feto, y que entre el nacimiento del primero y el del segundo hijo transcurran algunos días; siendo así, no será el caso de decir que se trata de un segundo parto; en consecuencia, el segundo hijo nacido será tan legítimo como el primero.

153. ¿Cómo deben computarse los plazos de ciento ochenta y de trescientos días que la ley señala para la más corta y la más larga de las gestaciones? En otros términos ¿cómo debe entenderse la palabra *día* empleada por el legislador: como el espacio de veinticnatro horas que media de las doce de la noche a las doce de la noche, o como el transcurso de veinticuatro horas consecutivas contadas desde cualquier momento?

La cuestión ha sido y sigue siendo objeto de las más arduas controversias entre los doctrinistas extranjeros. Según la opinión más generalmente aceptada, los plazos antes mencionados deben contarse por días, en virtud de que este es el sistema adoptado por el legislador para la computación de plazos, como es de verse en los artículos relati-

(1) Ricci, ob. cit. t. III. núm. 52.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

vos a la prescripción (1). Pero, conformes los partidarios de esta tesis en el principio, no se ponen de acuerdo en sus aplicaciones, cuando se trata de saber si en el cálculo de los días deben tomarse el *dies a quo*, o sea, el día que sirve de punto de partida al plazo, y el *dies ad quem*, o sea, el día en que aquel termina.

Según unos, si se trata del plazo de ciento ochenta días, deben computarse en ellos el día de la celebración del matrimonio y el del nacimiento, esto es, el *dies a quo* y el *dies ad quem*; pero si se trata del plazo de trescientos días, debe comprenderse el del nacimiento y excluirse el de la disolución del matrimonio.

Según otros, se debe comprender el *dies a quo* y el *dies ad quem*, ya se trate del plazo de ciento ochenta días, ya del de trescientos.

Finalmente, otra opinión, que es la que ha dominado en la jurisprudencia, siguiendo la regla tradicional de *dies termini computatur in termino, dies a quo non computatur in termino*, hace comprender en la computación el día del nacimiento, y excluye el del matrimonio o el de su disolución.

154. ¿Las anteriores opiniones están de acuerdo con la ley y con los principios? Por lo que a la ley respecta, debemos decir que ella se limita a fijar los plazos máximo y mínimo de la gestación, sin prescribir nada preciso sobre la forma de computarlos. En vista de esto, tenemos que recurrir a los principios para la resolución de tan delicada e importante materia. Y digámoslo de una vez, conforme a los principios, no hay motivo ninguno para calcular los

(1) Zachariæ, ob. cit. t. I. § 161; Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 18; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1378.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

plazos por días, y sí los hay muy poderosos para hacer este cálculo por horas.

En efecto, para fijar aquellos plazos, la ley ha tenido en cuenta las enseñanzas de la naturaleza: ésta realiza su obra de momento a momento: la gestación comienza desde el instante mismo en que se verifica la concepción, y termina en el instante mismo en que tiene lugar el nacimiento; en el orden natural, el lapso de determinado número de horas, es lo que constituye el período de la gestación; pues bien, si estas son las enseñanzas que nos muestra la naturaleza ¿por qué suponer en el legislador la intención de separarse de ellas, cuando lo lógico es pensar que haya querido sujetar sus normas a aquello que esté más en armonía con el orden natural?

Verdad es que tratándose de la prescripción, el legislador ha aceptado un sistema de cómputo distinto; pero esto no arguye nada en contra de la tesis que sostenemos; en dicha materia, es punto menos que imposible saber el momento preciso en que comienza o termina el acto en que aquella se funda; la poca importancia que este acto tiene en la mayoría de los casos, hace que pase desapercibido; no es lógico suponer que las personas que tengan que deponer en favor de la prescripción, puedan tener recuerdo, al cabo de muchos años, de la hora exacta en que haya comenzado; la prueba del tiempo transcurrido se haría, pues, muy difícil, si este tiempo tuviera que contarse de momento a momento, y en presencia de estas dificultades, natural era que el legislador hubiera aceptado el sistema de cómputo por días; pero estas dificultades no existen cuando se trata de determinar los plazos de la gestación, pues sirviéndoles de límite el matrimonio o su disolución y el nacimiento, y debiendo contener las actas del estado civil en que estos actas se consignan, la hora en que han tenido lugar,

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

será siempre facil hacer un cálculo exacto de dichos plazos. Las razones, pues, de analogía que podrían invocarse para hacer extensivas a los plazos de la gestación las disposiciones dictadas en materia de prescripción, para el cálculo del tiempo transcurrido, no son en manera alguna aplicables (1).

Por otra parte, el argumento que se quiere hacer sacar del hecho de que en la prescripción el legislador calcula el tiempo por días, más bien es en contra, que en favor de los que lo invocan. La circunstancia de que en aquella materia existan textos expresos que manden que los plazos se cuenten por días, demuestra que esos textos no forman una regla general; si lo fueran, no habría habido necesidad de hacerla figurar en el Código, pues bien sabido es que las reglas generales reciben aplicación en todos aquellos casos en que falta ley expresa que aplicar; si, pues, el legislador formuló un texto expreso, prescribiendo la manera de computar el plazo de la prescripción, es porque consideró que sin ese texto, habría que hacer ese cómputo conforme a las reglas generales; de aquí resulta que en la mente del legislador, las disposiciones para calcular el tiempo de la prescripción *día a día*, son especiales a esta materia, siendo, en consecuencia, la computación *de momento a momento* la regla general (2).

Tan es así, que los mismos defensores del sistema de computación por días, de los plazos de la gestación, rechazan la aplicación de su sistema para calcular el tiempo en que se adquiere la mayoría de edad, enseñando que este tiempo se debe calcular por horas, contadas desde el mo-

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 391; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núms. 439 y siguientes.

(2) Ricci, ob. cit. t. III. núm. 50.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

mento en que haya tenido lugar el nacimiento (1). Si, según ellos, la regla general es que los plazos se cuenten por días, no hay razón plausible para que tratándose de la mayoría de edad, no se aplique; el no hacerlo es la prueba más evidente de que la doctrina que sostienen reposa sobre una base falsa.

Si de los principios pasamos a los textos legales, aunque éstos nada expresen, como antes dijimos, de un modo claro y terminante, de su redacción parece, sin embargo, desprenderse la aceptación del sistema que hemos sostenido: nuestro artículo 290 expresa que se presumen por derecho legítimos los hijos nacidos después de ciento ochenta días *contados desde la celebración* del matrimonio, y los nacidos dentro de los trescientos días *siguientes a la disolución.* Si el legislador hubiera querido que los plazos que señala se contarán por días, habría dicho: ciento ochenta días *contados desde el de la celebración* del matrimonio o trescientos días *siguientes al de su disolución*, y aunque este argumento no es del todo convincente, porque sabido es que los legisladores no se preocupan mucho de la precisión del lenguaje, unido a los que antes hemos dado, corrobora la doctrina que defendemos.

155. Anteriormente dijimos que la concepción dentro del matrimonio es lo que en principio constituye la legitimidad, pero que la ley hacía extensivos los favores de ésta a los hijos nacidos durante el matrimonio, aunque concebidos antes de su celebración.

De lo anterior resulta que hay dos clases de hijos legítimos: los concebidos y nacidos en el matrimonio, y los nacidos durante el matrimonio y concebidos antes. Vamos a estudiar por separado estas dos clases de legitimidades.

(1) Demolombe, ob. cit. t. VI. núm. 18.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

I

DE LOS HIJOS NACIDOS Y CONCEBIDOS DURANTE EL MATRIMONIO

156. *Se presumen por derecho legítimos*, dice el artículo 290:

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, ya de muerte del marido.

Según lo enseñamos antes (núm. 152), la presunción de paternidad es susceptible de ser destruída por la prueba en contrario. Siéndonos conocido el fundamento de este principio, no nos queda por examinar sino la naturaleza y condiciones que debe reunir la prueba que se rinda, para producir el efecto indicado.

157. Desde luego debemos hacer observar que en esta materia domina el principio de que la presunción de paternidad no cede sino ante la evidencia llevada a su más alto grado. Celoso el legislador de la tranquilidad de las familias y favorable a la legitimidad de los hijos, no permite que se destruya aquella presunción por pruebas más o menos equívocas, sino que para ello requiere un grado de certeza tal, que aleje aun la más ligera duda respecto a la posibilidad de que el hijo nacido no sea obra del esposo de la madre; si tal duda surge, deberá interpretarse en favor de la legitimidad.

158. En este sentido está redactado el artículo 291 que establece que *contra esta presunción* (la de paternidad fundada en el matrimonio) *no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

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

Durando la gestación mínima, según datos suministrados por la ciencia, ciento ochenta días, y la máxima, trescientos días, los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento, representan el período hábil de la concepción; si en este período, ha habido imposibilidad física de que el marido haya tenido acceso con su mujer, es claro que el hijo nacido no es obra suya, y lógico es que, en tal caso, la ley le conceda al padre la facultad de negar su paternidad.

159. ¿Cómo debe interpretarse el concepto de *imposibilidad física* a que se refiere el artículo 291? A atenernos al texto rigurosamente literal de la ley, habría que decir con el tribuno Duveyrier, que la causa de la imposibilidad de acceso tiene que ser de tal naturaleza «que en el intervalo de tiempo dado a la posibilidad de la concepción, es decir, en el intervalo de ciento veinte días que transcurran entre los ciento ochenta y los trescientos días antes del nacimiento del hijo, el espíritu humano no pueda concebir la posibilidad de un solo instante de reunión entre los dos cónyuges» (1), y de acuerdo con este criterio, habría que decidir que la única causa de imposibilidad de acceso que existe, sería la de impotencia del marido por causa de mutilación, pues aun en el caso de alejameinto de los esposos, la rapidez de los medios modernos de comunicación no permite pensar que haya distancias, por grandes que sean, en que el espíritu humano no pueda concebir la posibilidad de que los esposos las franqueen en menos de ciento veinte días.

¿Pero es esta la interpretación que debe darse al ar-

(1) Duveyrier. Discours sur le titre VII, liv, ler du Cod. civ.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

tículo 291? Seguramente que no; lo que el legislador quiere es que las pruebas que se rindan contra la paternidad no sean equívocas, sino de tal modo evidentes, que alejen la duda sobre una posibilidad de acceso entre los esposos. Interpretar en forma más rigurosa la ley, sería hacer ilusorio el derecho que le concede al padre para desconocer a su hijo, y regla de interpretación es que las leyes deben interpretarse en el sentido de que sus prescripciones sean efectivas.

De acuerdo con los anteriores principios, habrá que decidir que si los esposos viven en distintas ciudades y existe la prueba de que durante el período habil de la concepción, ninguno de ellos ha salido del lugar en que radica, habrá habido imposibilidad física de acceso en los términos en que la ley lo quiere; pero si no se rindieren pruebas de la estancia constante de los esposos en determinado punto, o si se demostrare que uno de ellos se alejó del lugar en que se encontraba, como surge la duda respecto a la posibilidad de reunión, esta duda será bastante para rechazar la acción del padre. Otro tanto sucederá si los esposos viven en lugares distintos, aunque tan cercanos uno del otro, que sea posible el acceso en un corto espacio de tiempo (1).

Discuten los tratadistas franceses si la prisión de uno o ambos esposos, en la misma ciudad, durante la época de la concepción, es prueba bastante contra la presunción de paternidad. La resolución en nuestro derecho no ofrece dificultades: si estuviere demostrado que los esposos no han podido tener acceso carnal en dicha época, estará claro que el hijo tenido por la mujer no pertenecerá al marido.

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 29; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 365; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1432.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

De las anteriores decisiones se desprende que la cuestión de saber si ha habido imposibilidad física de acceso entre los cónyuges, es una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al prudente arbitrio judicial. Como dice Demolombe, refiriéndose a la imposibilidad de cohabitación por causa de alejamiento de los esposos, «los magistrados tomarán en consideración todas las circunstancias del hecho, la distancia más o menos considerable que separaba a los esposos; la facilidad más o menos grande de las comunicaciones entre los dos puntos de este intervalo; las causas más o menos imperiosas que retenían al marido en el lugar en donde se encontraba, ya sea que estuviere de guarnición o en campaña; los testimonios que depongan sobre que él no se ha separado un solo instante de su puesto, y que la mujer, por su parte, no ha ido a reunírsele etc.; es necesario, en una palabra, apreciar todo esto humanamente de manera de proteger el estado del hijo, pero sin reducir por ello a la letra muerta y sin aplicación posible, esta causa tan grave y tan justa de desconocimiento» (1).

160. El alejamiento del marido no es el único motivo que puede invocarse contra la presunción de paternidad. Dados los términos generales de nuestra ley, es evidente que en ellos se comprenden todos aquellos casos en que existe una imposibilidad física de acceso; según esto, la enfermedad del esposo, que lo imposibilite para la generación durante el período habil de la concepción, será causa bastante para el desconocimiento del hijo.

¿La enfermedad del marido, que tenga su origen en una causa interna, prueba contra la paternidad? En el derecho francés se distingue entre la enfermedad proveniente de un accidente, y la que procede de una causa interna,

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 30.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

decidiéndose generalmente, que sólo la primera puede alegarse contra la presunción de paternidad (1); pero nuestro artículo 291 no hace estas distinciones: de donde resulta que según él, cualquiera enfermedad, que haga imposible el acceso carnal entre los esposos, es prueba bastante de la no paternidad; sin embargo, en virtud del principio que quiere que la prueba que se rinda en contra de la presunción de paternidad no deje lugar a dudas, somos de parecer que cuando la enfermedad del marido reconozca su origen en una debilidad del organismo, no debe considerarse como causa bastante para fundar el desconocimiento del hijo, pues la naturaleza de aquella enfermedad no permite afirmar, con un grado completo de certeza, que hubo imposibilidad física de acceso carnal; esto no quiere decir que en ningún caso, la impotencia del marido proveniente de causas internas, pueda alegarse contra la presunción de paternidad: puede muy bien suceder que la mujer dé a luz el doscientos noventa y nueve avo día de la muerte de su marido, en cuyo caso, el único día hábil para la concepción fué el anterior al fallecimiento; si se demostrare que en este día, el esposo estuvo en estado agónico, será evidente que el hijo nacido no es obra suya, y los tribunales así tendrían que declararlo; en general, una edad avanzada, unida a graves enfermedades internas, puede, en determinadas circunstancias, constituir una imposibilidad física de acceso en los términos de la ley.

¿La impotencia del marido anterior al matrimonio puede alegarse como prueba de la no paternidad? Generalmen-

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Laurent. ob. cit. t. III. núm. 368; Huc, ob. cit. t. III. núm. 9; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. VI. núm. 482; *En contea:* Prouhdon, ob. cit. t. II. pag. 28; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 32.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

te se decide que no, por la razón de que se considera inmoral que el esposo alegue su propia desvergüenza como título en contra del hijo que la ley reputa suyo (1). Esta decisión no nos parece racional, pues si inmoral es que el hombre reclame un derecho fundándose en su propia falta, no lo es menos que por virtud de esta falta, se autorice a la mujer a cometer el delito de adulterio y a hacer entrar en la familia hijos extraños; si el marido ha cometido una falta, el remedio está en el divorcio, no en la sanción de una nueva falta, todavía más grave que la cometida por aquel. Además, nuestro Código no distingue entre la enfermedad anterior o posterior al matrimonio, y esto es bastante para rechazar aquella doctrina (2).

161. La imposibilidad física de acceso no es la única causa de desconocimiento admitida por la ley. Como en otra parte dijimos (núm. 151), la presunción de paternidad se funda en la fidelidad que la mujer debe guardar a su marido; se comprende, pues, que si la mujer falta a este deber, la fuerza de aquella presunción se aminora; sin embargo, el adulterio por sí solo, no es bastante para destruir dicha presunción, pues a pesar de él, el hijo nacido puede ser obra del marido; pero la suposición de ilegitimidad adquiere un grado más alto de certeza cuando al hecho del adulterio se agrega el de que la mujer haya ocultado el nacimiento del hijo; este hecho reviste una importancia capital: cuando la esposa no ha faltado a sus beberes, lejos de ocultar el nacimiento de su hijo, se siente dichosa de presentar el fruto de sus entrañas; pero si lo oculta, es por-

(1) Laurent, ob. cit, t. III. núm. 369; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. VI. núm. 483. *En contra* Demolombe, ob. cit t. V. núms. 35 y 36; Planiol, ob. cit. t. I. núm 1433.

(2) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 25.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que su conciencia la acrimina; la ocultación es una confesión tácita de su delito, y revela, por otra parte, que en su ánimo está la convicción de que el sér nacido no pertenece a su esposo (1).

Reúnidos, pues, el hecho del adulterio con el de la ocultación del nacimiento, se forma una fuerte presunción en favor de la no paternidad del marido. En el rigor de los principios, esta presunción no es suficiente para destruir la de paternidad, pues a pesar del adulterio y a pesar de la ocultación del nacimiento, el hijo puede ser obra del marido; ambos hechos no forman en el espíritu humano la convicción de que ese hijo pertenezca a otro hombre; sin duda alguna que todas las probabilidades son en ese sentido; pero como antes explicamos, las simples probabilidades no deben bastar para destruir una presunción de la importancia que tiene la de paternidad.

162. Nuestro legislador se separó en este punto, a nuestro parecer indebidamente, de aquellos principios, conformándose con la prueba del adulterio, concurriendo con la ocultación del nacimiento o con la circunstancia de haber acaecido éste durante una ausencia del marido de más de diez meses, para tener por demostrada la no paternidad con estas pruebas. *El marido*, dice el artículo 292, *no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare contra la legitimidad, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o haya acaecido durante una ausencia de más de diez meses.*

Según este artículo, en dos casos tiene derecho el marido para entablar la acción de desconocimiento por causa de adulterio: cuando concurre el adulterio de la madre con la ocultación del nacimiento, y cuando concurre el mismo

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 372.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

adulterio con el hecho de haber nacido el hijo durante una ausencia del marido de más de diez meses.

163. Siendo el adulterio elemento común de la acción en ambos casos, por razón de método, lo estudiaremos aisladamente, y para la mejor inteligencia de nuestro estudio, daremos a conocer las controversias que en la jurisprudencia francesa se han suscitado con motivo de la interpretación del artículo 313 del Código de Napoleón, concordante de nuestro artículo 292. Dicho artículo 313, después de establecer que el marido no podrá, alegando su impotencia natural, desconocer a su hijo, agrega: «El no podrá desconocerlo aun por causa de adulterio, a menos que el nacimiento le haya sido ocultado, en el cual caso le será admitido proponer todos los hechos propios para justificar que no es el padre.»

Tres son los elementos que el marido debe probar, según este artículo: el adulterio de la madre, la ocultación del nacimiento, y los hechos propios para justificar que no es el padre, o como dicen los tratadistas franceses, la imposibilidad moral de cohabitación.

La prueba del adulterio ha dado lugar a dos opiniones distintas, sostenidas, una por la jurisprudencia y otra por la doctrina.

Para la jurisprudencia, no es necesaria la prueba del adulterio; demostrándose que el marido no es el padre del hijo, queda, por esto mismo, demostrado el adulterio de la madre; la ley no requiere una prueba directa de este adulterio; exigirla sería superfluo e inutil.

La doctrina sostiene la opinión enteramente contraria. Sin duda alguna, dicen los doctrinistas, que la prueba del adulterio es una consecuencia obligada de la prueba de la no paternidad; pero esto no quita que la ley haya hecho del adulterio una condición principal de la acción de descono-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

cimiento, la base fundamental en que esta acción descansa. «Decir, como se hace, expresa Mourlon, que la prueba del adulterio resultará de la prueba de la no paternidad, es sustituir una prueba *indirecta* a la prueba *directa* que exige la ley; es poner el efecto antes de la causa. En lugar de concluir, como lo quiere la ley, del adulterio probado al desconocimiento, se llega por el desconocimiento a la prueba del adulterio. El adulterio, *causa* del desconocimiento, no viene a ser más que la *consecuencia* de él» (1).

La controversia no termina aquí; admitida por los doctrinistas la teoría de que el adulterio tiene que probarse directamente, discuten sobre la forma en que debe rendirse esta prueba.

Según unos, para que pueda darse cabida a la demanda de desconocimiento, es preciso que el adulterio haya quedado previamente establecido por una sentencia dictada en un juicio principal y que haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Sin esta sentencia, los tribunales no pueden dar entrada a las pruebas que el marido pretenda rendir respecto de la ocultación del nacimiento y de los demás hechos propios para justificar su no paternidad (2).

Otra opinión, conforme en el fondo con la anterior teoría, no exige que el adulterio esté afirmado por una sentencia pronunciada en un juicio principal, pues esto haría en la mayor parte de los casos imposible el ejercicio de la acción de desconocimiento, dado que siendo muy breves los plazos que la ley da para ejercitarla, se encontraría extinguida, cuando se hubiese obtenido la sentencia que confirmar el adulterio; pero considerando que es condición *sine qua non* de la procedencia de la acción de desconocimiento,

(1) Mourlon, ob. cit. t. I. núm. 878; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 375.
(2) Prouhdon, ob. cit. t. II. pág. 23.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que el adulterio esté comprobado por medio de una sentencia, requiere que ésta se obtenga en un juicio incidental de aquel en que se propone aquella acción, sin poderse admitir prueba ninguna contra la paternidad hasta que esté fallado el incidente en un sentido favorable al adulterio (1).

Finalmente, una tercera opinión no sujeta la prueba del adulterio a ningún orden. Los deseos del legislador, dicen sus partidarios, quedan llenados probándose todos los elementos que constituyen la acción; poco importa que estas pruebas se rindan en un mismo juicio y en cualquier orden; lo que interesa es que en el juicio queden justificados aquellos elementos; la ley no exige más, ni hay motivo para que lo exigiera (2).

¿Cuál de estas opiniones es la que va más de acuerdo con el texto de nuestro artículo 292? No vacilamos en responder que aquella que considera que el adulterio debe probarse de un modo directo, y dentro del mismo juicio en que la acción de desconocimiento se propone. En nuestro derecho, creemos que no puede ser objeto de discusión si la prueba del adulterio es necesaria o superflua; se explica que en la jurisprudencia francesa se discuta esto, pues el artículo 313 del Código de Napoleón exige, para la procedencia de la acción de desconocimiento, no sólo la prueba de la ocultación del nacimiento, sino la de los hechos que tiendan a justificar la no paternidad, y en último análisis, esta justificación prueba el adulterio de la madre; pero en nuestro derecho es distinto: el artículo 292 del Código que comentamos sólo sujeta la acción de desconocimiento a dos

(1) Merlin, ob. cit. «Legitimite», Sección II § 2 núm. 5.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 374; Demolombe, ob. cit. t. V. núms. 43 y siguientes; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 495.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

elementos: el adulterio y la ocultación del nacimiento o el adulterio y la ausencia del marido; el tercer elemento de la acción de desconocimiento exigido por el Código francés, o sea la prueba de los hechos que justifiquen la no paternidad, no es exigido por nuestro Código: en consecuencia, de admitirse la teoría profesada por la jurisprudencia francesa, resultaría que la presunción de paternidad, en que descansa la institución de la familia, quedaría destruída por la sola prueba de la ocultación del nacimiento, o bien, por la de haber acaecido éste durante una ausencia del marido de más de diez meses; ahora bien, es tan poco significativa la presunción que contra la paternidad hacen nacer tales hechos, que es imposible concebir que el legislador haya tenido la intención de conformarse con ellos, para tener por demostrada la no paternidad.

El Señor Licenciado Verdugo, sin embargo, parece ser de otra opinión. Del hecho de que el legislador empleó en el artículo 292 el verbo «alegar» refiriéndose al adulterio, infiere que no es necesaria la prueba de éste, porque «alegar no significa probar, sino proponer, manifestar, presentar» (1). En concepto, pues, de dicho autor, basta la prueba de la ocultación del nacimiento o la de que éste haya tenido lugar durante una ausencia del marido de más de diez meses, para que se tenga por probada la no paternidad. No obstante el respecto que nos merece el Señor Licenciado Verdugo, no podemos menos de tachar de poco serios los fundamentos de la opinión a que parece inclinarse ¿cómo pensar, en efecto, que el legislador, que ha hecho del adulterio la causa principal del desconocimiento del hijo, se hubiera conformado con la simple afirmación de dicha causa? Si en los términos del mismo artículo 292, la afirmación

(1) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 32.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de la madre, de haber sido adúltera, no tiene significación ninguna en orden a la legitimidad del hijo ¿cómo creer que esa afirmación pueda tener valor en boca del padre? Ciertamente que alegar no significa probar; pero cuando la ley substantiva hace de cierto hecho el elemento de un derecho, se sobreentiende que para hacer valer ese derecho ante los tribunales, indispensable es la prueba del hecho en que se funda. Innumerables textos legales pudiéramos citar en apoyo de lo que decimos; pero para no ir muy lejos, bástenos referirnos al artículo 313 del Código civil francés, antes transcrito, en cuya parte final se dice que al marido «le será admitido *proponer* todos los hechos para justificar que no es el padre» ¿es que por haberse empleado la palabra *proponer*, que no significa *probar*, deberá considerarse exento al marido de la prueba de aquellos hechos? Francamente no conocemos comentador ninguno del Código de Napoleón, que se haya aventurado a presentar esta cuestión.

Para que el adulterio pueda alegarse como causa de desconocimiento, preciso es que haya coincidido con la época de la concepción (1). La prueba de un adulterio anterior a esta época, aunque debilita en alto grado la presunción de paternidad, que descansa en la fidelidad que la mujer debe guardar a su marido, no es bastante para destruirla. Demolombe enseña, sin embargo, que si las circunstancias hacen verosímil la continuación de las relaciones culpables, cuya existencia en una época anterior hubiere sido plenamente justificada, los jueces deben conformarse con esta prueba (2). Con Laurent (3), creemos que esta opinión no está de acuerdo con el espíritu de la ley; ésta no admite la

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 371; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 439.

(2) Demolombe, t. V. núm. 47.

(3) Laurent, ob. y lug. cit.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

prueba contra la presunción de paternidad, sino en virtud de que el adulterio de la madre en la época de la concepción, unido a otras circunstancias, implica un grado de certeza bastante alto en contra de aquella presunción, toda vez que lo más probable es que el hijo nacido sea fruto del delito cometido; pero para ello, es preciso que exista la prueba del adulterio; ahora bien, la prueba de simples circunstancias que hagan *verosímil* la continuación de relaciones adulterinas anteriores, no es una prueba del adulterio actual; que sea *verosímil* que existan aquellas relaciones, no es que *existan*, que es lo que el legislador quiere que se pruebe: una simple verosimilitud no puede ser bastante, en nuestro concepto, para destruir una presunción legal, y menos si se tiene en cuenta la capital importancia que tiene la de que se trata.

Del hecho de que el adulterio debe probarse directamente, no es preciso concluir que para demostrarlo tienen que ponerse de manifiesto todas las circunstancias que lo hayan rodeado; la ley no exige esto: en consecuencia, podrá probarse por simples presunciones, y aun en la mayor parte de los casos, la prueba presuncional será la única posible de rendirse, dada la naturaleza de aquel hecho (1).

164. Demostrado el adulterio de la madre, no le queda al esposo otra cosa que hacer, para que prospere su acción de desconocimiento, que probar una de estas dos condiciones: que el nacimiento le fué ocultado o que tuvo lugar durante una ausencia suya de más de diez meses.

165. La ocultación del nacimiento es, como antes dijimos, una confesión tácita de la madre de que el hijo no pertenece a su marido. Nada puede suplir esta prueba, ni aun la confesión misma expresa de la madre; la ley no le

(1) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. VI. núm. 489.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

da importancia ninguna a su testimonio, y la razón es fácil de adivinar: una confesión expresa puede ser el resultado de la pasión o del odio; no así la confesión tácita, consistente en la ocultación del matrimonio; esta confesión es el grito de la conciencia que acusa a la madre. «La ley, como dice Demolombe, ha dado pruebas de un conocimiento bien profundo del corazón humano, cuando ha visto en esta vergüenza de la esposa legítima, que oculta el nacimiento a su marido, una confesión más poderosa que las más atrevidas declaraciones; y es porque la mujer reconoce entonces de una manera tácita, pero muy significativa, que no ha tenido relaciones con su marido; reconoce así que en ningún momento ha podido ser el padre: confiesa que no puede engañarlo y que él mismo no podría hacerse ninguna ilusión. Si hubiera cohabitado con él, aunque no hubiera sido más que una sola vez, él podría creer que era el padre; podría vacilar al menos, y la mujer no ocultaría su preñez» (1).

De que la ocultación del nacimiento es una confesión tácita de la madre en contra de la paternidad del marido, hay que concluir que los hechos que constituyen la ocultación deben reunir las dos siguientes condiciones: provenir de la madre y no de terceras personas y revelar la intención fraudulenta en aquella de ocultar el nacimiento; poco importa, pues, para el caso, que el marido haya tenido conocimiento del parto por terceras personas, independientemente de la voluntad de la madre; no obstante este conocimiento, si aquella ha ocultado el nacimiento, la acción del marido prosperará (2); por el contrario, si el marido ignora el nacimiento, a pesar de que la mujer no haya tenido

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 48.

(2) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 41; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 372; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. VI. núm. 490.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

la intención de ocultárselo, no podrá entablar la acción de desconocimiento, pues una cosa es la ocultación del parto, y otra la ignorancia o conocimiento que de él tenga el esposo.

166. Por lo que respecta a la forma de probar la ocultación, la ley no da regla ninguna; de donde hay que inferir que cualquier género de pruebas es admisible. En términos generales, la jurisprudencia admite que hay ocultación de nacimiento cuando el hijo ha sido inscrito en el Registro civil bajo nombres supuestos o como nacido de padres desconocidos (1); pero como lo hace observar Laurent, esta jurisprudencia no es admisible más que con una reserva, cual es la de que la falsa declaración haya sido hecha con conocimiento y consentimiento de la madre (2).

167. Se discute si la ocultación de la preñez es bastante para fundar el desconocimiento o si es necesaria la ocultación del nacimiento, prevaleciendo la opinión de que es suficiente la ocultación del embarazo (3). Esta teoría es contraria al texto de la ley, que exige de un modo terminante, como elemento de la acción, la ocultación del nacimiento, y como en esta materia todo es de estricta interpretación, hay que sujetarse al texto legal: en consecuencia, opinamos que la ocultación del embarazo, seguida de la publicidad del nacimiento, no puede fundar el desconocimiento del hijo (4). Se dice que esto tiene el inconveniente de hacer depender de la mujer que prospere la acción de desconocimiento, agravando de este modo su falta con el escánda-

(1) Dalloz, ob. cit. palabra «paternite», núm, 55.

(2) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 372.

(3) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 48; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1436.

(4) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. VI. núm. 490; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 372.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

lo. No lo negamos; pero con Ricci opinamos que «en materia de presunciones, especialmente cuando están establecidas por el legislador como derogación de un principio general, conviene atenerse estrictamente al texto de la disposición legislativa, porque la presunción legal es obra del legislador, y no del juez, el cual no puede modificar ni añadir nada a cuanto el legislador ha querido y ha establecido (1). Si, pues, la ley ha hecho de la ocultación del *nacimiento* una condición del desconocimiento, la simple ocultación del embarazo no podrá ser bastante para la procedencia de aquella acción.

168. El caso es más difícil de resolver cuando el embarazo ha sido dado a conocer al marido y el parto se le ha ocultado ¿es procedente la acción de desconocimiento? A primera vista la pregunta parece un absurdo, porque es evidente que si el marido conoce el embarazo, no puede ignorar el parto, toda vez que existiendo aquel, por fuerza tiene que suceder este: de manera que, examinando así las cosas, habría que resolver en el caso a discusión, que la acción de desconocimiento del marido no seria procedente; pero si se tiene en cuenta que no es el conocimiento o la ignorancia en que esté el marido sobre el parto, lo que constituye la prueba de la no paternidad, sino el hecho de que la mujer hubiere ocultado aquel, la solución deberá ser otra; nosotros, al menos, nos inclinamos a creerlo así, apoyándonos en el texto y espíritu de la ley.

169. La otra circunstancia que puede concurrir con el adulterio para fundar la acción de desconocimiento consiste en que el nacimiento haya tenido lugar durante una ausencia del marido de más de diez meses.

(1) Ricci, ob. cit t. III. núm. 60.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

En la opinión del Señor Licenciado Verdugo (1), esta condición es redundante, y a primera vista, si parece serlo, pues como lo dijimos al comentar el artículo 291, la sola ausencia del marido es prueba bastante de la no paternidad; dicha condición parece, pues, estar comprendida en los términos de aquel artículo; no es así, sin embargo: la ausencia de que hablamos al comentar el expresado artículo implica una imposibilidad física de acceso entre los esposos; se comprende, pues, que sea bastante la prueba, por sí sola, de tal ausencia para tener por comprobada la no paternidad del marido; muy distinta es la ausencia a que se refiere el artículo 292: en el caso por él previsto, la causa principal del desconocimiento es el adulterio de la madre; este adulterio es una fuerte presunción en contra de la paternidad del marido; pero como no es suficiente para probar la ilegitimidad del hijo, la ley quiere que con él concurra alguna otra circunstancia que, aunque no excluya en lo absoluto la paternidad, contribuya a reforzar la presunción que hace nacer el adulterio: una ausencia del marido por más de diez meses indudablemente que corrobora dicha presunción; en atención a estas explicaciones, se comprende que para que la ausencia, en el caso en cuestión, se considere probada, no será necesario, como en el del artículo 291, que se demuestre que durante ella, ninguno de los cónyuges se separó del lugar donde habitaba; en otros tárminos, la prueba de una ausencia *continua*, *no interrumpida*, que exige el legislador en el caso del artículo 291, no es exigida en el del artículo 292.

170. Pueden concurrir con el adulterio algunas circunstancias que, a semejanza de la ausencia o la ocultación del nacimiento, contribuyan a reforzar la presunción que con-

(1) Verdugo, ob. cit. t. VI. núm. 32.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

tra la legitimidad del hijo hace nacer aquel ¿La prueba de estas circunstancias puede suplir la de aquellos hechos determinados por la ley? Seguramente que no; siendo todo de estricta interpretación en esta materia, no es dado al intérprete salirse de los términos de la ley; en consecuencia, aunque las circunstancias que se quisieran hacer valer para demostrar la no paternidad, tuvieran más fuerza que las determinadas por el legislador, el juez no podría fundarse en ellas para tener por probada la no paternidad.

171. ¿Cuál es el estado del hijo nacido después de pronunciada la sentencia de divorcio de los esposos, o de dictado el auto que acuerda su separación provisional, en los casos de divorcio o de nulidad de matrimonio? En los tres casos presentados, como el matrimonio no se entiende disuelto, es indudable que el hijo nace bajo la presunción *pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant;* de donde resulta que el hijo nacido, en cualquier época en que su nacimiento haya tenido lugar, tiene por padre al marido de su madre; sin embargo, si su nacimiento se verifica después de los trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación de los esposos, la ley no somete la acción de desconocimiento del marido a condición ninguna, siéndole bastante probar que el nacimiento tuvo lugar en aquellas condiciones para que su acción sea juzgada procedente; pero como pudiera suceder que a pesar de la separación decretada, los esposos se hubieren reunido de hecho, y el hijo nacido fuere del marido, la ley deja expeditos los derechos de la mujer, del hijo y de su tutor para sostener la legitimidad. Dice así el artículo 293: *El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación definitiva por divorcio, o la provisional prescrita*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o tutor de éste, pueden sostener en estos casos la legitimidad.

Salta a la vista la justicia de este precepto: uno de los fundamentos en que descansa la presunción de paternidad es la vida común de los esposos; si por virtud de la sentencia de divorcio o del auto que acuerda su separación provisional, en los casos de divorcio o nulidad, cesa la vida común, aquella presunción pierde mucho de su fuerza; debe, pues, bastar al marido alegar la ilegitimidad del hijo nacido después de trescientos días a contar de la separación, para que aquella se tenga por establecida.

II

DE LOS HIJOS NACIDOS DURANTE EL MATRIMONIO Y CONCEBIDOS ANTES DE SU CELEBRACION

172. En el rigor de los principios, únicamente el hijo concebido durante el matrimonio goza del beneficio de la legitimidad. La regla de que el hijo tiene por padre al marido de su madre reconoce por fundamento principal el deber de fidelidad que la esposa debe guardar al esposo; antes del matrimonio, no puede hablarse de este deber; en consecuencia, el hijo nacido en estas condiciones no puede invocar aquella regla fundada en un deber que no existe. Pero la ley, por un favor a la legitimidad, lo reputa legítimo por el solo hecho de que haya nacido durante el matrimonio.

173. Esta legitimidad es, sin embargo, muy distinta de la que tiene el hijo concebido durante el matrimonio: el derecho que tiene el esposo para desconocer a este hijo es una *excepción*, sólo admisible en los casos taxativamente enumerados por la ley: imposibilidad física de acceso, o adulterio de la madre seguido de ocultación del nacimiento

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

o ausencia del marido durante diez meses; en cambio, el derecho que tiene el esposo para desconocer al hijo concebido antes y nacido durante el matrimonio, constituye la *regla general*, que no tiene más exepciones que las determinadas por la ley. Así se desprende la lectura del artículo 294, que dice:

El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I. *Si se probase que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;*

II. *Si asistió al acta de nacimiento; y si esta fué firmada por él o contiene su declaración de no saber firmar;*

III. *Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su madre;*

IV. *Si el hijo no nació capaz de vivir.*

De los términos del anterior precepto resulta que si no concurren las circunstancias que enumera, el marido tendrá la más amplia libertad para desconocer al hijo, para lo cual le será bastante probar la fecha de su matrimonio y la del nacimiento.

174. Antes de estudiar las excepciones que pueden oponerse a la demanda de desconocimiento del marido, vamos a determinar el verdadero estado del hijo nacido durante el matrimonio y concebido antes.

¿Tal hijo es legítimo o legitimado? La cuestión, muy debatida, reviste una importancia capital, pues de considerarse al hijo como legitimado, habría que aplicarle las reglas sobre legitimación, y decidir, por aplicación del artículo 325, que si la concepción tuvo lugar en época en que existía entre los padres impedimento para casarse, por razón de parentesco o de matrimonio preexistente, el hijo no pued

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ser legítimado; en cambio, si se le considera legítimo, le aprovechará el beneficio de la legitimidad, aunque su concepción se haya verificado, existiendo aquellos impedimentos.

Razones de mucho peso se aducen en favor de uno y otro sistema. Los partidarios de la teoría que considera al hijo como legitimado, dicen que la legitimidad sólo existe cuando la concepción ha tenido lugar durante el matrimonio; que, por lo mismo, el hijo concebido antes, no es legítimo, no llegando a adquirir la legitimidad, más que por virtud del matrimonio, lo cual constituye propiamente la legitimación. Ahora bien, como según la ley sólo pueden ser legitimados los hijos naturales, los que provengan de una unión adulterina o incestuosa al tiempo de la concepción, no podrán adquirir la legitimidad, aun cuando su nacimiento se verifique durante el matrimonio; por aplicación de los principios generales sobre la materia, habrá que reputarlos como hijos de padres desconocidos (1).

Sin duda alguna, dicen los defensores de la teoría contraria, que el hijo concebido antes del matrimonio es en el momento de su concepción, ilegítimo; pero como el nacimiento es el que le da la individualidad, y éste se verifica en el matrimonio, la ley lo considera, no como hijo legitimado, sino como hijo legítimo. Que así es, lo demuestra el hecho de que el capítulo en donde se habla de los hijos concebidos antes y nacidos durante el matrimonio, se titula «De los hijos legítimos» y que de la legitimación propiamente tal, se trata en otro capítulo, independiente enteramente del anterior. Además, la legitimación se refiere a los

(1) Zachariæ, ob. cit. t. I. § 161; Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1559; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núms. 519 y siguientes.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

hijos nacidos antes del matrimonio, y en el caso en cuestión, se trata de hijos nacidos durante el matrimonio, aunque concebidos antes; no pueden, pues, aplicárseles los principios que rigen en materia de legitimación; consecuencia de esto es que el hijo adulterino o incestuoso durante la época de su concepción, llega a ser legítimo si nace durante el matrimonio de sus progenitores (1).

Tales son las dos teorías que se disputan el predominio en el campo de la jurisprudencia ¿Cuál de ellas es la que está más de acuerdo con los principios que, respecto a la materia, rigen en nuestro derecho? Evidentemente que la segunda. Según nuestros artículos 326 y 329, la legitimación se verifica por el subsiguiente matrimonio de los padres, acompañado del reconocimiento del hijo; sólo la reunión de estos dos hechos opera la legitimación; en cambio, el artículo 294, que trata de los hijos nacidos durante el matrimonio y concebidos antes, confiere la legitimidad al hijo por el solo hecho de que el padre, al casarse, no lo desconozca; el reconocimiento no es en manera alguna necesario; la legitimidad se opera por si sola: el hijo la adquiere por el solo hecho de nacer durante el matrimonio de sus progenitores. Los artículos citados preven, pues, dos casos distintos: uno en que el hijo es considerado como legitimado; otro en que es considerado como legítimo.

Para poder sostener en nuestro derecho la teoría contraria a la que nos hemos adherido, habría que admitir que tanto los artículos 326 y 329, como el 294, se refieren a la legitimación, en cuyo caso, habría dos especies de legitimaciones: la que se produce por virtud del matrimonio subsecuente de los padres, acompañado del reconocimiento

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núms. 60 y siguientes; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 385; Huc, ob. cit. t. III. núm. núm. 16.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

del hijo, y la que tiene lugar por el simple hecho del matrimonio. Pero para que esta distinción fuera admisible, preso sería un texto que la sancionara, pues la legitimación es una ficción, y sabido es que no existen ficciones sin ley que las establezca; ahora bien, en el capítulo relativo a la legitimación, no hay texto ninguno que permita que ésta se opere por el solo matrimonio. Además, ¿que dice el artículo 294? Dice que *el marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo* etc. etc: luego supone que el hijo, al nacer, es legítimo. De todo lo expuesto, inferimos que en nuestro derecho, el hijo concebido antes y nacido durante el matrimonio, es legítimo, y que por lo mismo, deberán aplicarse a su estado las reglas relativas a la legitimidad, y no las que se refieren a la legitimación. En consecuencia, tal hijo será reputado legítimo, por más que su concepción sea adulterina o incestuosa.

175. Pero aunque legítimo, el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días a contar de la celebración del matrimonio no puede invocar su legitimidad, sino desde la fecha de éste, pues la legitimidad no produce efectos retroactivos. Si, pues, una sucesión se abre antes de la fecha del matrimonio, aunque posteriormente a la época de la concepción, el hijo no podrá reclamar derechos a ella.

176. Cuatro son los casos, según el artículo 294, en que el padre no puede desconocer la legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de su matrimonio. Los estudiaremos por el mismo orden en que los indica el Código.

177. Primer caso. *El marido*, dice la fracción I del artículo 294, *no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito.*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

El conocimiento que el marido haya tenido, antes del matrimonio, del embarazo de la mujer que va a tomar por esposa, demuestra que en su ánimo existe la convicción de que es el padre del hijo, pues no es cosa común que un hombre se case con una mujer encinta, más que bajo esa convicción; el matrimonio viene a ser una confesión tácita de la paternidad, o mejor, dicho, una renuncia al derecho de entablar la acción de desconocimiento.

¿Podrá, sin embargo, el marido desconocer al hijo, alegando haber obrado bajo la influencia del error o del dolo? Se sostiene generalmente la afirmativa, fundándola en el siguiente razonamiento: el motivo, se dice, por el que no se le permite al marido desconocer al hijo, cuando antes de casarse ha tenido conocimiento del embarazo de su consorte, es porque el matrimonio que celebra implica una renuncia al derecho de entablar la acción de desconocimiento, renuncia que a su vez significa una confesión tácita de la paternidad; la confesión es revocable cuando ha sido determinada por un error de hecho; si, pues, se demuestra que hubo este error, la confesión es nula, y por lo tanto, lo es la renuncia al ejercicio de la acción de desconocimiento (1).

La anterior opinión nos parece muy dudosa, pues no creemos que los principios que dominan en materia de contratos en general, que son los que permiten la retractación de las confesiones viciadas por error, puedan recibir aplicación a la presente materia (2).

Sea lo que fuere, para que la excepción de que venimos ocupándonos sea procedente, preciso es que haya un principio de prueba por escrito, lo que indudablemente no quiere decir que el conocimiento que el marido haya tenido

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 383.
(2) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 509.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

del embarazo de su consorte deba probarse por medio de la prueba documental, con exclusión de otro género de prueba, siendo bastante, para el efecto, que exista un escrito, que sea como el asiento de las demás pruebas que se rindan.

No deja de ser censurable esta exigencia del legislador mexicano, pues dado el grande número de analfabetas que existen en nuestro pueblo, en la mayoría de los casos resultará ilusoria la excepción que establece el precepto que hemos estudiado.

178. Segundo caso. *El marido*, dice la fracción II del artículo 294, *no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si asistió al acta de nacimiento y si esta fué firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar.*

Como en el caso anterior, el hecho de haber asistido el marido al acta de nacimiento implica una confesión tácita de su paternidad; pero para que éste hecho tenga tal fuerza, necesario es que la intervención del marido en el acta sea como declarante o como testigo, y que su declaración no contenga protestas o reservas algunas respecto de sus derechos para entablar la acción de desconocimiento. La presencia del marido en el acta como un simple espectador nada podría significar, como tampoco nada significaría su intervención, aun como declarante o testigo, si en la misma acta se hicieren enunciaciones contrarias a la presunción de legitimidad, como serían las que resultaran de inscribir al hijo como nacido de padres desconocidos (1).

179. Tercer caso. Lo establece la fracción III del ar-

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Demolombe, ob. cit. t. V. núms. 70 y 71; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 380.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

tículo citado, diciendo que *el marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer.*

Salta a la vista la justificación de este precepto, pues admitiéndose, como lo hemos visto en los dos casos anteriores, que simples presunciones respecto a la confesión de paternidad, son bastantes para rechazar la acción de desconocimiento, con mayor razón debe admitirse que produzca tal efecto un reconocimiento expreso.

El reconocimiento de que aquí se trata no está sujeto a formalidad alguna. Cuando nos ocupemos del reconocimiento de los hijos naturales, veremos que la ley preceptúa que no se tenga por hecho, si no consta en forma auténtica; pero en el caso en cuestión no se trata priopiamente de un reconocimiento, sino más bien de la prueba de una confesión, la que el marido hace de su paternidad, y esta prueba cae bajo los principios del derecho común; cualquier documento, aun privado, será, pues, bastante para tener por probado el reconocimiento del hijo (1).

180. Cuarto caso. *El marido*, dice la fracción IV del artículo 294, *no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio si el hijo no nació capaz de vivir.*

En este caso, el desconocimiento del hijo carece de interés, pues considerándosele como si nunca hubiere vivido, es incapaz de todo derecho; la acción de desconocimiento, en estas condiciones, no produciría otro resultado que el de hacer patente la deshonra de la esposa. Además, la no viabilidad es consecuencia de un nacimiento prematuro,

(1) Demolombe, ob. cit, t. V. núm. 75; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 318; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 513.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que impide apreciar la duración de la preñez, y por lo tanto saber si la concepción fué anterior o posterior al matrimonio; no habría, pues, base científica de donde partir para conceder al marido la acción de desconocimiento.

Como más adelante lo veremos, la viabilidad supone que el feto desprendido enteramente del seno materno, haya nacido con figura humana, y que o viva veinticuatro horas naturales, o haya sido presentado vivo al Registro civil (art. 303 del Cod. civ.). Claro está que la falta de alguna de estas condiciones será motivo suficiente para afirmar que el hijo no nació capaz de vivir.

181. ¿Existen otras excepciones contra la acción de desconocimiento del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio? La cuestión es muy debatida, dominando en la jurisprudencia la doctrina de que cualquier circunstancia, aunque no sea de las especificadas en la ley, que haga suponer en el marido una renuncia al derecho de demandar el desconocimiento, puede oponerse en su contra, pues, dícese, que los casos que establece aquella no son limitativos, sino enunciativos (1). Creemos que esta doctrina no está de acuerdo con los textos legales: de la lectura de éstos aparece que el derecho que tiene el marido para desconocer al hijo nacido antes de ciento ochenta días es, en principio, absoluto; siendo esto así, claro es que los casos en que se restringe el ejercicio de aquel derecho, son excepcionales; ahora bien, es regla de buena interpretación que cuando las excepciones restringen el ejercicio de un derecho, no deben aplicarse en ningún sentido (2).

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 76; Baudry Lacantinerie, ob. cit t. IV núm. 381.

(2) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 381.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

182. Cuando el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días del matrimonio no puede oponer a la acción de desconocimiento del padre ninguna de las excepciones que establece el artículo 294 ¿le será dable, sin embargo, rendir pruebas encaminadas a probar que el individuo que lo desconoce es su padre? Con la mayoría de los autores, opinamos que no, pues tales pruebas equivaldrían a una investigación de la paternidad que, como más adelante veremos, está prohibida por la ley (1). A esto se objeta que lo que la ley prohibe es la investigación de paternidad de los hijos naturales, y que en el caso, se trata de un hijo legítimo; si; se trata de un hijo legítimo, pero cuya legitimidad depende de la circunstancia de que el marido de su madre no lo desconozca; si el desconocimiento tiene lugar y contra él no cabe oponer las excepciones determinadas por la ey, el hijo es natural; las pruebas que pretendiera rendir para justificar que el marido de su madre es su padre serían, pues, una investigación de paternidad natural, que caería bajo la prohibición de la ley.

Está por demás decir que en los casos en que la ley autoriza la investigación de la paternidad de los hijos naturales, nada puede ser obtáculo a que el hijo concebido antes del matrimonio rinda pruebas sobre su filiación paterna, las que, de prosperar, le darán indudablemente el carácter de hijo legítimo, toda vez que, quedando destruída con ellas la acción de desconocimiento, áquel viene a quedar amparado por la presunción de legitimidad; pero esto, entiéndase

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 78; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 384; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 517.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

bien, solamente será cuando se trate de casos en que esté autorizada la investigación de paternidad de los hijos naturales (1).

III

DE LOS HIJOS CONCEBIDOS DESPUÉS DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO

183. Cuestión de ardua y difícil resolución es, en nuestro derecho, la de saber cuál es el estado de los hijos cuya concepción es posterior a la disolución del matrimonio. Para tratarla debidamente, vamos a exponer la doctrina que en orden a esta materia, ha aceptado la jurisprudencia francesa.

La mayoría de los comentadores del Código de Napoleón, reconociendo que no hay texto expreso que decida sobre el estado de los hijos nacidos después de trescientos días de la disolución del matrimonio, deducen, por un argumento *a contrario* del texto del artículo 315, que el hijo nacido en tales condiciones es legítimo. En efecto, dicen, el artículo 315 expresa que la legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, *podrá ser desconocida;* de donde resulta que para que el hijo se tenga por ilegítimo, hay que ejercitar en su contra la acción de desconocimiento; de aquí que el hijo nace legítimo, aunque su nacimiento tenga lugar uno, dos o tres años después de la disolución del matrimonio; que esta es la interpretación que debe darse al artículo 315, siguen di-

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 79; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 384; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. VI. núm. 517.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ciendo, lo demuestran las discusiones que precedieron a la aceptación de dicho texto legal: el Tribunado, al tener conocimiento de su redacción, propuso que se modificara en el sentido de hacerlo decir que la ley no reconoce la legitimidad del hijo nacido trescientos un días después de disuelto el matrimonio, e hizo esta proposición, porque de los términos en que estaba hecha la redacción, aparecía que si el hijo nacido doce meses, por ejemplo, después de la disolución del matrimonio no era desconocido, debería tenerse por legítimo, lo que en concepto de aquel alto cuerpo, no era la intención del legislador; pues bien, no obstante estas justas observaciones, prevaleció la primitiva redacción del artículo 315, lo cual es prueba evidente de que las intenciones del legislador francés eran muy distintas de las que le suponía el Tribunado. Por otra parte, los motivos que tuvo aquel legislador para declarar legítimos a los hijos concebidos después de la disolución del matrimonio, mientras no tuviera lugar su desconocimiento, nos los da Duveyrier en las siguientes palabras: «Todo interés particular, dice, no puede ser combatido más que por un interés contrario.... si el estado del hijo no es atacado, queda al abrigo del silencio que nadie está interesado en romper» (1).

184. ¿Los anteriores argumentos son admisibles en nuestra legislación? Creemos que no, pues en nuestro Código no hay texto ninguno que, a semejanza del artículo 315 del Código de Napoleón, de lugar a inferir que el hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio sea legítimo, ni tampoco nos es dable hablar de discusiones anteriores a la formación de la ley, que pudieran darnos alguna luz sobre el asunto, por no haberlas ha

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Demolombe, ob. cit. t. V núms. 82 y siguientes; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 386.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

bido. En vista de esto, tenemos que resolver la cuestión, ateniéndonos tan sólo a la letra de nuestras leyes, interpretadas de acuerdo con los más sanos principios de interpretación.

El artículo 290 antes transcrito dice, en su segunda fracción, que *son hijos legítimos los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio;* de donde resulta que los nacidos después de esos trescientos días, no son legítimos; son ilegítimos. El argumento no tiene réplica; antes al contrario, se rebustece si se tienen en cuenta los fundamentos que apoyan a la solución a que conduce; en efecto ¿por qué la ley ha aceptado el plazo de trescientos días como máximum para considerar legítimos a los hijos nacidos dentro de él? porque la ciencia ha demostrado que no hay gestación que pueda tener una duración mayor de la que indica ese plazo; luego, según la ciencia, el hijo nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio, no pudo haber sido concebido en el matrimonio; admitir lo contrario es ir en contra de la realidad de los hechos; es poner la ley en contra de los mismos principios que proclama; más aún, es ponerla en abierta pugna con la razón. Sin duda alguna que el legislador, por virtud de una ficción, puede hacer esto; pero ¿lo puede el intérprete en la ausencia de un texto claro y preciso sobre la materia?.

Contra la opinión que profesamos, está la del Señor Licenciado Verdugo, que considera aplicable, en nuestro derecho, la doctrina sancionada por la jurisprudencia francesa. Después de admitir este jurisconsulto que la interpretación literal del Código que comentamos conduce a afirmar que establece una presunción de ilegitimidad respecto de los hijos nacidos después de trescientos días de disuelto el matrimonio, dice así: «Pero ¿quién nos asegura que tal haya sido la mente de los legisladores al guardar silencio sobre

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

este punto, cuando vemos que en el Código francés, por ejemplo, el artículo 312 no ha sido obstáculo para que se ponga el 315 antes citado?» Por otra parte, los autores del Código, sigue diciendo el expresado jurisconsulto «no sólo suponen la posibilidad de *una contienda jurídica* sobre la legitimidad de hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio (artículo 295 del Código civil) sino que prescriben que el desconocimiento de un hijo por parte del marido o *de sus herederos* no pueda hacerse sino por demanda en forma ante juez competente (artículo 301). Luego la ilegitimidad, no debe proceder en el sentido de estos Códigos, *ipso jure*, sin necesidad de demanda, ni aun tratándose de hijos nacidos después del período máximo de la gestación, a contar desde la disolución del matrimonio por muerte del marido» (1).

Vamos a dar contestación a estos argumentos. Desde luego debemos decir que no es verdad que el legislador haya guardado silencio sobre la cuestión de saber si son legítimos o no, los hijos nacidos después de trescientos días de disuelto el matrimonio; el mismo Señor Licenciado Verdugo, aun cuando más adelante diga lo contrario, conviene en que no ha habido tal silencio, cuando, refiriéndose a los Códigos del Distrito Federal de 1870 y 1884, manifiesta que «*de interpretarse literalmente* estos Códigos, podría decirse que ellos establecen la presunción de ilegitimidad respecto de los hijos nacidos *después de trescientos días de disuelto el matrimonio* por muerte del marido.....» Si esta es la interpretación literal de la ley, no puede decirse que haya habido silencio sobre el punto de que trata; pero para destruir la consecuencia lógica que *a fortiori* se deduce el texto legal, el Señor Licenciado Verdugo compara ese texto con

(1) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 55.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

el art. 312 del Código francés, y hace el siguiente razonamiento: si en el Código civil francés, el artículo 312, que expresa lo mismo que nuestro artículo 290, no fué obstáculo para la redacción del artículo 315, ¿por qué, en nuestro derecho, el artículo 200 ha de ser obstáculo para que no se reputen como legítimos, los hijos nacidos después de trescientos días de disuelto el matrimonio? La respuesta a este argumento salta a la vista: porque en nuestro Código no existe un texto semejante al del artículo 315 del Código francés; precisamente es el artículo 315 el que, en el derecho francés, hace que se considere derogado el principio general consagrado por el artículo 312, respecto al criterio jurídico adoptado sobre legitimidad; no existiendo en nuestro derecho un artículo derogatorio semejante, claro está que aquel principio debe quedar incólume.

En cuanto al argumento que se hace deducir de la redacción del artículo 295, es enteramente débil, pues del hecho de que sea posible una contienda judicial sobre la filiación y la legitimidad del hijo nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio, no se puede inferir que la intención del legislador haya sido la de que este hijo nazca legítimo; una contienda judicial puede surgir en todos los casos en que puede haber intereses contrarios, y si el legislador habló de ella en el artículo citado, fué para establecer, en primer lugar, que cualquier interesado puede intervenir en tal contienda, lo que no siempre sucede tratándose del estado de legitimidad de un hijo, y en segundo lugar, para declarar que la acción es imprescriptible. Por lo que respecta al otro argumento que se pretende deducir del artículo 301, no tiene mayor significación que el anterior, en orden al punto de que se trata; el desconocimiento de un hijo, expresa este artículo, debe hacerse por demanda en forma ante juez competente ¿qué tiene que ver esto

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

con la legitimidad del hijo nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio?

En resumen, somos de parecer que el hijo nacido después de aquel término, nace ilegítimo, sin que haya necesidad de juicio que afirme su ilegitimidad.

IV

DEL ESTADO DEL HIJO EN LOS CASOS DE CONFUSION DE PARTO

185. La aplicación de la regla de que se reputan hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos siguientes a su disolución, da lugar a grandes dificultades, cuando la madre viuda, en los trescientos días siguientes a la muerte de su marido, celebra un segundo matrimonio, y nace un hijo después de los ciento ochenta días transcurridos desde su celebración, y dentro de los trescientos a contar del fallecimiento del primer esposo. El hijo, así nacido, pertenece al segundo matrimonio por haber nacido después de los ciento ochenta días de su celebración y pertenece al primero, por haber nacido dentro de los trescientos siguientes a su disolución. Pero como es contrario al orden natural que el hijo pueda tener a la vez dos filiaciones, habrá que decidirse por una de ellas: hé aquí la dificultad; ¿cómo resolverla?.

186. La falta de un texto legal sobre el asunto ha hecho que, en la jurisprudencia francesa, hayan surgido diversas y muy variadas teorías. Según unos, debe considerarse que el hijo tiene dos filiaciones; otros, por el contrario, opinan que carece de filiación. Ambas teorías han sido reputadas inaceptables: la primera, por absurda y contraria al orden natural de las cosas; la segunda, por su excesivo rigor y por

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

su falta absoluta de coordinación con los textos legales; en efecto, si la ley establece una doble presunción en favor de la legitimidad del hijo ¿cómo pretender que carezca de toda filiación? Un tercer sistema, sostenido principalmente por Demolombe en los tiempos modernos, atribuye la paternidad del hijo al segundo matrimonio, considerando esta solución como «la más jurídica y la más conforme sea a la probabilidad del hecho, sea a las reglas de la moral y de las conveniencias públicas» «El hijo ha nacido en el segundo matrimonio, dice aquel jurisconsulto, y esta circunstancia importante fortifica en el más alto grado la nueva presunción legal, que se sobrepone en cierto modo sobre la primera, y que tiene en su favor a la vez el hecho y el derecho» Por otra parte, «casi siempre este hijo, agrega el expresado jurisconsulto, será inscrito bajo el nombre del nuevo marido, que lo habrá reconocido en unión de la madre, como a hijo de su nuevo matrimonio; la posesión de estado será conforme a su título, y los hechos mismos trazarán la cuestión» (1). Finalmente, se invocan, en favor de este sistema, consideraciones de carácter moral, cuales son las de suponer que es muy verosímil que la mujer no ignore, al contraer su matrimonio, que está encinta, y que no ignorándolo, no es lo probable que contraiga una segunda unión en ese estado. Esta teoría, dicen los contradictores de ella, peca del defecto de ser arbitraria, porque si existen dos presunciones legales en favor de la legitimidad del hijo, no hay motivo para darle a una de ellas, como lo hace la teoría propuesta, la preponderancia sobre la otra; además nada significa que el hijo haya nacido en el segundo matrimonio y se le inscriba generalmente como perteneciendo a éste, porque no son las partes, sino la ley la que determina la

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 93.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

filiación, y finalmente, nada tampoco significa la consideración de que la madre no se hubiera casado, sabiendo que estaba encinta, porque aun poniéndose en el terreno más favorable al argumento aducido, podría suceder que aquella hubiese ignorado su estado.

Según otra teoría, que tiende a adquirir la preponderancia en la jurisprudencia francesa, debe dejarse la decisión del asunto al prudente arbitrio judicial: estando en conflicto, dicen los partidarios de esta teoría, dos presunciones legales, no puede tomárseles en consideración, y a falta de ellas, los jueces deben resolver, tomando en cuenta todas las circunstancias que en cada caso concurran; si, por ejemplo, el estado físico del recién nacido revela una larga gestación, se reputará que es del primer marido; si, por el contrario, ese mismo estado es signo de una gestación corta, el hijo será reputado del segundo esposo (1). Se ha juzgado que esta teoría es contraria a los fines de la ley; el legislador ha dado reglas para determinar la filiación de los hijos, precisamente, con el objeto de evitar el arbitrio judicial, muy peligroso en materia tan difícil como la de que se trata; ahora bien, la teoría sentada no tiene otra base que ese arbitrio, que a toda costa se ha querido evitar.

Un último sistema deja al hijo el derecho de escoger la paternidad que mejor le convenga. La ley, dicen los sostenedores de este sistema, establece en favor del hijo dos presunciones de paternidad ¿por qué no concederle la facultad de que escoja la que le convenga, si ambas presunciones son establecidas en su favor? Teniendo el hijo el derecho de pertenecer al primer matrimonio o al segundo

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Zachariæ. ob. cit. t. I. pág. 214; Prouhdon, ob. cit. t. II. págs. 49 a 51.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

¿qué inconveniente hay en que escoja a su familia? Se objeta que, en tal caso, no es la ley, sino el hijo el que determina su filiación; esto no es verdad, dicen los partidarios del sistema, porque al escoger el hijo una de las dos filiaciones que la ley le concede, queda amparada su filiación por esa ley misma; no es, pues, él quien se da determinada filiación; es la ley la que se la da (1).

187. ¿Cómo ha resuelto el legislador mexicano tan delicada materia? Teniendo en consideración que ninguno de los sistemas propuestos satisface los fines de la ley, y sobre todo, que es preferible un texto que, bien o mal, resuelva la dificultad, a dejarla sujeta al arbitrio de los jueces, ha establecido en el artículo 300 que *si la viuda contrajere segundas nupcias dentro del período prohibido por el artículo 287, la filiación del hijo que naciere, celebrado el segundo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:*

I. *Se presume que el hijo es del primer marido si nace dentro de los doscientos diez días inmediatos a la muerte de éste. El que niege la legitimidad en este caso, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del primer marido:*

II. *Se presume que es hijo del segundo marido si nació después de los doscientos diez días, contados desde la celebración del matrimonio:*

III. *Se presume que es hijo natural si nació después de los doscientos diez días siguientes a la muerte del primer marido y antes de doscientos diez días contados desde la celebración del matrimonio.*

188. Por muy loable que nos parezca la intención del legislador mexicano de querer evitar el arbitrio judicial,

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 388; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 446.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

sujetando a normas determinadas las dificultades que la confusión de parto hace nacer, no podemos menos de censurar las leyes formuladas, que echan por tierra toda la base científica en que reposan los principios sobre paternidad y filiación.

En efecto, si según las leyes de la ciencia, el mínimum del plazo de la gestación es de ciento ochenta días y el máximum de trescientos, no alcanzamos a comprender por qué no ha de pertenecer al primer marido el hijo nacido después de los doscientos diez días inmediatos a su muerte, y por qué no puede ser del segundo marido, el nacido antes del mismo plazo a contar de la celebración del matrimonio; pero nuestra extrañeza crece de punto al considerar que el hijo nacido después de los doscientos diez días siguientes a la muerte del primer esposo y antes de los doscientos diez días siguientes a la celebración del segundo matrimonio, debe reputarse natural, cuando según todas las presunciones legales, o es hijo legítimo del primer matrimonio o lo es del segundo. Francamente no nos parece, en modo alguno, aceptable el criterio adoptado por el legislador mexicano, y ya que es un inconveniente, que no negamos, el que materia tan delicada y tan difícil como la de que se trata, no esté definida por algún texto legal, seríamos de opinión que aquel criterio se modificara en el sentido de aceptar, bajo forma de ley, alguna de las teorías sostenidas por la jurisprudencia francesa. A este respecto, nos permitimos opinar que la más aceptable de dichas teorías, por ser la que más se armoniza con los principios jurídicos, es la que sostiene que debe dejarse en libertad al hijo para escoger la filiación que más le convenga. Este sistema, consagrado por las leyes inglesas, tiene a su favor, además de su bondad misma, el peso de las autoridades de notables jurisconsultos, como son Laurent, Baudry Lacantinerie, Ricci y

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

otros (1). La única dificultad que puede presentar este sistema es cuando el hijo muere sin haber ejercitado su derecho de elección. El jurisconsulto italiano antes citado la resuelve, en nuestro concepto, muy acertadamente «La cuestión, a nuestro modo de ver, dice, no puede resolverse por la posesión de estado del hijo difunto, sino en el caso de que hubiese llegado a la mayor edad sin reclamar una filiación distinta. Si el nacido, por ejemplo, fué considerado siempre como hijo del segundo marido, y al llegar a la mayor edad no reclamara paternidad distinta, hay en tal caso una aceptación implícita de aquella y una renuncia también implícita de ésta, por lo que la cuestión no puede decidirse sino de conformidad con la posesión de estado. Pero este principio no es aplicable cuando el hijo muere durante la menor edad. Supongamos que el marido le hubiese reconocido como hijo suyo y que hubiera sido inscrito en el Registro civil como hijo del primero; estos hechos son siempre extraños a la voluntad del hijo, el cual, durante su menor edad, no está en condiciones de manifestar una voluntad jurídicamente válida; luego no puede darse valor a la aceptación tácita de una paternidad, ni a la renuncia implícita de la otra, por parte del mismo. Creemos que, en este caso, la facultad de elección corresponde al juez, pero no a su libre arbitrio, sino según la presunta voluntad del mismo hijo. ¿Cómo se aprecia esta voluntad? Tratándose de una elección relacionada, no con intereses ajenos, sino del mismo hijo, siempre que falte una declaración expresa o tácita de su voluntad, débese presumir racionalmente que la elección se determinaría en favor de la paternidad más ventajosa al hijo. Según esto, el magistrado examinará cual de

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 338; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 446; Ricci, ob. cit; t. IV. núm. 51.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

las dos ofrece mayores ventajas al hijo, y haciendo lo que debe presumirse que hubiera hecho éste, se declarará en favor de la más ventajosa» (1).

V

DE LAS ACCIONES CONCERNIENTES A LA FILIACION

189. Tres elementos concurren a formar la filiación legítima, según antes hemos visto: la filiación materna, la filiación paterna y la legitimidad; en otros términos, para que un hijo se repute legítimo necesita probar: 1º, que su pretendida madre ha dado a luz un niño; 2º; que es idéntico al ser dado a luz; 3º, que su padre y madre han sido casados y 4º, que su concepción, o cuando menos su nacimiento, en los casos del artículo 294, tuvieron lugar durante el matrimonio.

La reunión de estos elementos da al hijo el estado de hijo legítimo, que no puede perder sino en virtud de una sentencia judicial.

190. La acción que tiene por objeto atacar este estado se llama acción de *denegación de estado*, que se subdivide en acción de *desconocimiento*, acción de *denegación de paternidad* y acción de *denegación de estado* propiamente tal.

191. Cuando probados todos los elementos que constituyen la legitimidad, se ataca la paternidad del marido por considerarse que el hijo no es obra suya, la acción que así se entabla es la de *desconocimiento*. Sabemos que en virtud del misterio de que está rodeada la generación, la ley ha establecido la presunción de que el marido de la madre es el padre del hijo concebido durante el matrimonio; la ac-

(1) Ricci, ob. y lug. cit.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ción de *desconocimiento* tiene por objeto demostrar la falta de veracidad de esta presunción; solo podrá, pues, prosperar cuando el hijo se encuentre amparado por ella, es decir, cuando estén probados: el alumbramiento de la madre, la identidad del hijo con el sér dado a luz, el matrimonio de sus pretendidos padres y su concepción dentro de ese matrimonio.

192. La acción de *denegación de paternidad* ataca directamente el elemento que constituye la legitimidad del hijo, bien porque su concepción haya tenido lugar fuera de matrimonio, bien porque sus pretendidos padres no hubieren sido casados; esta acción no procede más que cuando el hijo no se encuentra protegido por la presunción «*pater is est quem nuptiæ demonstrant*». Si el hijo se encuentra amparado por esta presunción, la acción que prosperará en su contra será la de *desconocimiento*, antes mencionada.

193. La acción de *denegación de estado* propiamente tal, es la que tiene por objeto atacar directamente la maternidad, sea probando contra el parto de la madre, sea contra la identidad del sér nacido de dicho parto con el individuo que pretende la filiación.

194. La importancia de la distinción que, siguiendo a los tratadistas modernos, hemos hecho, no es solamente de palabras, pues en tanto que la acción de desconocimiento no puede entablarse sino en los casos y por las personas taxativamente enumeradas por la ley, las de denegación de paternidad y estado pueden promoverse sin sujeción a reglas ningunas y por cualquier persona que tenga interés en atacar el estado del hijo,

195. Además de estas acciones, hay la de reclamación de estado, por la cual, el individuo que se ve privado del estado que cree pertenecerle, puede reclamarlo.

Vamos a ocuparnos por el momento de las acciones de

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

desconocimiento y denegación de paternida de que trata el capítulo que venimos comentando, dejando, para su lugar, el estudio de las otras dos aciones de denegación y reclamación de estado.

Num. 1. De la acción de desconocimiento

196. La acción de desconocimiento tiene por objeto, como acabamos de decirlo, destruir la presunción *pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Dado el profundo misterio que rodea la generación, es de todo punto imposible tener una prueba directa de la paternidad, y de aquí que el legislador, para establecer la filiación paterna de los hijos legítimos, haya tenido que recurrir a la prueba presuncional. Del hecho de que una mujer casada ha dado a luz un niño, la ley, partiendo de la base de que es un deber para la esposa guardarle fidelidad al esposo, presume que el sér nacido es obra de este último. Pero esta presunción no es «juris e de jure»; es susceptible de ser destruída por la prueba en contrario; pero como quiera que en dicha presunción reposa la tranquilidad de las familias, la propia ley ha fijado con toda minuciosidad los casos en que puede ser atacada, las personas que tienen derecho para atacarla y el tiempo en que pueden hacerlo (1).

Conocidos nos son los casos en que puede ser objeto de ataque la presunción de que se trata: cuando se demuestre que hubo imposibilidad física de acceso entre el marido y su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, y cuando probado el adulterio de la madre, se demostrare que el nacimiento le

(1) Véanse números 147 y siguientes de este tomo.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

fue ocultado al marido o que tuvo lugar durante una ausencia suya de más de diez meses. Para no hacer repeticiones inútile, enviamos al lector a lo que dijimos en los números 158 a 169 y nos ocuparemos solamente de las personas a quienes compete la acción de desconocimiento y de los plazos en que debe proponerse.

197. En principio, la acción de desconocimiento no pertenece más que al marido, pues sólo él tiene interés en que el hijo que se pretende suyo, pase o no ante la sociedad como fruto de su matrimonio. Además, fundada la legitimidad en una presunción, cual es la que resulta del deber de fidelidad de la esposa, sólo el marido puede estar en condiciones de saber si dicha presunción está en desacuerdo con la realidad. Si guarda silencio, reconoce implícitamente la legitimidad y nadie podrá desconocerla.

198. El carácter exclusivo de la acción de desconocimiento no impide que pueda ser ejercitada por los herederos del marido; pero ello tan sólo cuando éste hubiere muerto privado de la razón, o cuando su muerte hubiere acaecido antes de expirar el plazo que la ley le da para ejercitar sus derechos. Así se infiere del artículo 298 y de la parte final del 299, que dicen: *cuando el marido, teniendo o no tutor, ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la legitimidad en los casos en que podría hacerlo el padre; en los casos en que no se trate de nacimiento precoz, si el marido ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil para hacerla, los herederos tendrán para proponer la demanda sesenta días desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del marido, o desde que los herederos se vean turbados por él en la posesión de la herencia.* Con mayor razón los herederos podrán continuar la demanda iniciada por el marido.

La razón por la cual la ley concede a los herederos, en los casos mencionados, la acción de desconocimiento, radi-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ca en la consideración de posibilidad de que el marido, si no hubiera muerto, habría intentado tal acción. Además, siendo la acción de desconocimiento un derecho que está en el patrimonio del esposo, no hay motivo para que no pase a sus herederos, en virtud del principio de la trasmisión hereditaria.

199. Nuestro Código, sin embargo, hace una excepción de este principio en el caso de hijos nacidos antes de los ciento ochenta días a contar de la celebración del matrimonio. *Los herederos del marido*, dice la primera parte del artículo 299, *excepto en el caso del artículo anterior* (cuando el marido hubiere muerto sin recobrar la razón) *no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimo, cuando él no haya comenzado esta demanda.*

Esta excepción se funda en el hecho de que el desconocimiento, en el caso de nacimiento precoz, implica algo muy íntimo y personal del marido: la procreación del hijo, nacido precozmente, es un secreto sólo accesible a él y a su esposa; si, pues, el marido no ejercita la acción de desconocimiento, no es equitativo conceder a extraños un derecho que aquel no quiso ejercitar; naturalmente, si el marido hubiere iniciado la acción, como en ese caso está ya manifestada su voluntad de desconocer al hijo, nada debe impedir que sus herederos la continúen.

200. La excepción de que se trata no tiene aplicación cuando el marido hubiere muerto en estado de enajenación mental, pues en tal caso, no puede decirse que los herederos, al promover el desconocimiento, ejercitan una acción que aquel no quiso ejercitar. Privado de la razón el marido, no se puede suponer en él voluntad ninguna respecto al desconocimiento de su hijo; el principio general de la trasmisión hereditaria debe, pues, adquirir su imperio.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

201. La acción de desconocimiento, al pasar del marido a sus herederos, cambia en lo absoluto de carácter: en manos de aquel, es un derecho esencialmente moral, por más que intereses pecuniarios puedan estar relacionados con ella; al pasar a los herederos, pierde su carácter moral para transformarse en un derecho esecialmente pecuniario (1). Así se infiere de la parte final del artículo 299: *los herederos tendrán para proponer la demanda sesenta días desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del marido, o desde que los herederos se vean turbados por él en la posesión de la herencia.* Precisamente porque se trata de un derecho pecuniario, el plazo para proponer la acción no comienza paralos herederos sino cuando son molestados en sus intereses; antes, no tienen interés ninguno en demandar el desconocimiento del hijo; por lo tanto, carecen de derecho a este respecto, pues no hay derecho sin interés.

202. Supuecto que la acción de desconocimiento, en manos de los herederos, es un derecho pecuniario, podrán ejercitarlo todos los que sean sucesores a los bienes del difunto; nada importará que no sean sus parientes, pues no se trata de derechos de familia, sino de derechos pecuniarios. De aquí resulta que si el heredero vende su porción hereditaria, en esta venta quedará incluída, para el comprador, la facultad de ejercitar la acción de desconocimiento (2).

203. La acción de desconocimiento pasa a los herederos, tal como existía en poder del marido; lo que quiere decir que aquellos podrán invocar, como causas de desconocimien-

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 437; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 137; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 544.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Demolombe, ob. cit. t. V. núms. 125 y siguientes; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 438; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 545.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

to, las mismas que podría haber invocado el esposo. Se objeta, por lo que respecta a la causa fundada en el adulterio de la madre, que los herederos no podrán hacerla valer, más que cuando el marido con anterioridad hubiese hecho la denuncia de adulterio, pues dadas las prohibiciones de la ley, nadie más que el esposo tiene la facultad de denunciar el adulterio de su mujer (1). La objeción no es seria; el adulterio, considerado como delito, no puede ser efectivamente denunciado más que por el esposo; pero en el caso, no se trata de perseguir el adulterio, no se busca la represión del delito, sino probar que la mujer ha faltado a la fe conyugal, y que por lo tanto, se ha llenado una de las condiciones que exige la ley para que prospere la acción de desconocimiento; en consecuencia, no puede tener aplicación la prohibición que entraña aquel principio (2).

204. ¿En los casos de interdicción del marido, tiene su tutor la faculad de demandar el desconocimiento del hijo? Cuestión es esta arduamente discutida en el derecho francés, en el que no existe texto ninguno que resuelva el punto. No así en nuestro Código, cuyo artículo 297 declara que *si el marido está en tutela por causa de demencia, imbecilidad u otro motivo que le prive de la inteligencia, este derecho* (el de desconocer al hijo) *puede ser ejercitado por su tutor*. Pero como pudiera suceder que el tutor, por descuido, negligencia o malicia, no intentara la acción, la parte final del artículo citado agrega que *si éste* (el tutor) *no lo ejerciere, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela, pero siempre en el plazo antes designado, que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.*

(1) Prouhdon, ob. cit. t. II. págs. 55 y 56.

(2) Valette sobre Prouhdon, ob. cit. t. II. pág. 56. nota *a*; Laurent, ob. cit. t III. núm. 441.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

205. ¿Cuál es el plazo dentro del cual debe entablarse la ación de desconocimiento? Debemos examinar la cuestión con relación al marido o su tutor y con relación a los herederos de aquel, siendo de advertir que ya se trate de unos, ya de otros, el plazo es invariablemente de sesenta días. Nuestro estudio se reducirá, pues, al examen de la manera cómo debe contarse dicho plazo, según que sean el marido o sus herederos, los que tengan que entablar la acción.

206. Cuando del marido se trate, el plazo deberá contarse desde el día del nacimiento, si estuvo presente en el lugar en que se verificó, desde el día en que llegó a dicho lugar, si estuvo ausente, y desde aquel en tuvo conocimiento del fraude, si se le ocultó el nacimiento. *En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir la legitimidad del hijo*, dice el artículo 296, *deberá deducir su acción dentro de sesenta días contados desde el del nacimiento, si estaba presente; desde el día en que llegue al lugar si estaba ausente y desde el día en que descubra el fraude, si se le ocultó el nacimiento.*

207. De la lectura del texto legal antes transcrito, aparece que al caso en que el marido está presente en el lugar del nacimiento, se opone aquel en que está ausente; de donde claramente se infiere que la palabra *ausente* ha sido empleada, no en su sentido técnico, sino en el de *no presente.* La cuestión de saber cuando hay ausencia en el sentido indicado, es una cuestión de hecho que los tribunales resolverán tomando en consideración las circunstancias que en cada caso concurran (1). Se ha juzgado que si el marido, aunque no presente en el lugar del nacimiento en la época

(1) Demolombe ob. cit. t, V. núm. 141; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 444.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

en que tuvo verificativo, se encuentra en una población tan cercana de dicho lugar y en la que los medios de comunicación sean tan cómodos y rápidos, que no sea facil suponer que ha ignorado el nacimiento, no se le podrá considerar como ausente.

208. ¿Corre el plazo de sesenta días contra el marido, cuando habiendo estado ausente, llega al lugar del nacimiento y transcurren los sesenta días de aquel plazo, sin que haya tenido conocimiento del parto de su mujer? No haciendo distinciones el artículo 296, debe resolverse la cuestión afirmativamente. Sin embargo, si el nacimiento le hubiere sido ocultado al esposo, el plazo no comenzará a correrle, sino desde el día en que descubra el fraude, de acuerdo con lo que previene la parte final del artículo mencionado.

La cuestión de saber en que época fué descubierto el fraude, cuando de ocultación de nacimiento se trate, es, como la anterior, una cuestión de hecho que los jueces resolverán según las circunstancias.

209. Dijimos antes que la ley concede el plazo de sesenta días para promover la acción de desconocimiento, tanto al esposo, como a sus herederos; cuando son éstos los que entablan el juicio, dicho plazo, según antes lo expresamos, comienza desde el día en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del marido, o desde aquel en que se vean turbados por el en la posesión de la herencia.

210. Para que se considere que los herederos se ven turbados por el hijo en la posesión de los bienes hereditarios, es preciso que las molestias que éste les infiera sean molestias de derecho; se estará, pues, dentro del texto legal, cuando el hijo intente en contra de los herederos una demanda, exigiéndoles la herencia del que pretende que es su padre y aun simplemente, cuando les notifique sus pre-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

tensiones a la legitimidad con el objeto de reclamar aquella herencia (1).

211. ¿Tienen los herederos la facultad de entablar en contra del hijo la acción de desconocimiento, antes de que éste entre en posesión de la herencia, o de que se vean turbados por él en dicha posesión? La mayoría de los autores resuelven este punto distinguiendo: si el hijo está escudado por una acta de nacimiento o goza de la posesión de estado de hijo legítimo, los herederos podrán proponer el desconocimiento, aun antes de verificarse las circunstancias mencionadas; en el caso contrario, no tendrán tal derecho. La razón de esta distinción está en que, en el primer caso, los herederos siempre estarán amenazados de que el hijo reclame la herencia, y si no proceden antes a desconocerlo, podría resultar que las pruebas con que contaren, desaparecieren, viéndose defraudados sus derechos: en cambio, en el segundo caso, no teniendo propiamente el hijo ningún estado, los herederos no se encontrarán amenazados en la posesión de la herencia (2).

Con Laurent y otros autores (3), opinamos que esta teoría no es aceptable. El derecho que tienen los herederos del marido para promover la acción de desconocimiento, es un derecho esencialmente pecuniario, y es de principio que para que una acción en reclamación de esta clase de derechos proceda, exista un interés nacido y actual; de acuerdo con este principio, será necesario que los intereses de los herederos se vean perturbados de un modo real y efectivo,

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545 bis; Laurent. ob.cit. t. III. núm. 444; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 560.

(2) Zachariæ, ob. cit. t. I. § 161; Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545 bis; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 146 bis.

(3) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 439; Huc, ob. cit. t. III. núm. 2

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

para que tengan derecho de obrar en contra del hijo; la simple amenaza de que puedan verse molestados algún día en tales intereses, y aun la posibilidad de que, por efecto del tiempo, desaparezcan las pruebas con que puedan contar en contra del hijo, no es bastante para justificar su acción.

212. ¿Cuál es el efecto de la sentencia que decide sobre la acción de denegación? Si dicha sentencia es a favor del hijo, conservará su estado de hijo legítimo; si es en su contra, su filiación será natural, si aparece que fue concebido antes del matrimonio o adulterina, si aparece que lo fue durante el matrimonio.

¿Estos efectos de la sentencia se producen *erga omnes* o lo que es lo mismo, comprenden aun a las personas que no fueron partes en el juicio? Para resolver esta pregunta, hay que distinguir dos casos: aquel en que el juicio tiene lugar entre el hijo y el marido o *todos* sus herederos, y aquel en que se verifica entre el hijo y solamente alguno o algunos de los herederos del marido.

En el primer caso, la sentencia es oponible a todos los miembros de la familia; siendo el marido y sus herederos las únicas personas que tienen derecho de contradecir la legitimidad del hijo, la sentencia que decida sobre su estado tiene que producir efectos respecto de todos, supuesto que nadie más que aquellos pueden demandar la denegación (1).

En el segundo caso, esto es, cuando el juicio tiene lugar entre el hijo y alguno o algunos de los herederos del marido, la sentencia que se pronuncie no puede ser oponi-

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545 bis; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 458; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1428; Baudry Lacantinerie, ob. cit t. IV. núm. 568.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ble a aquellos herederos que no tomaron participación en el litigio, pues teniendo todos los herederos, por igual, la facultad de desconocer al hijo, no sería jurídico oponerles un juicio en el que no han intervenido (1); de aquí resultará que si la sentencia fallada entre el hijo y algunos de los herederos es contraria a aquel, dicho hijo será natural o adulterino, respecto de algunos de los herederos y legítimo respecto de otros. Por lo que respecta a los miembros de la familia que carecen de derecho para desconocer al hijo, éste conservará con relación a ellos el estado que resulte de su acta de nacimiento y de la presunción de paterniaad.

Núm. 2. De la acción de denegación de paternidad

213. Según antes dijimos (núm. 192), la acción de denegación de paternidad es aquella por la cual se ataca la legitimidad del hijo, bien por el motivo de que su concepción haya tenido lugar fuera del matrimonio, salvo el caso del artículo 294, bien por el de que sus padres no hayan sido legítimamente casados.

Indudablemente que el individuo que se encuentra en cualquiera de estas condiciones, es a todas luces, «ipso jure» ilegítimo; pero como podría suceder que en su acta de nacimiento figurara registrado como hijo legítimo, o que gozara de una posesión aparente de estado de hijo legítimo, la ley concede la acción antes mencionada para atacar su pretendida legitimidad.

214. A diferencia de la acción de desconocimiento, que sólo puede ser iniciada por determinadas personas y dentro de un corto plazo, la de denegación de paternidad, que ve-

(1) Autores citados en la nota anterior.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

nimos estudiando, puede ser promovida por cualquier persona que tenga interés en contradecir el estado del hijo y en cualquier tiempo. Así lo preceptúa el artículo 295, que refiriéndose a uno de los casos de procedencia de la acción de denegación, dice que *las cuestiones relativas a la filiación y legitimidad 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 o legitimidad del hijo.*

Atenta la amplitud de expresión del artículo transcrito, debe decidirse que la acción de denegación de paternidad puede intentarse por el marido, la madre del hijo, los herederos de uno y otro, sus parientes y aun por el hijo mismo, quien podría alegar su ilegitimidad para repeler, por ejemplo, una demanda de alimentos dirigida en su contra (1).

215. ¿Es suceptible de renuncia la acción de denegación de paternidad? Evidentemente que no, pues tal renuncia equivaldría a conferir al hijo, por la sola voluntad del renunciante, una legitimidad, lo que es contrario al principio, según el cual el estado de las personas no pueden depender de la voluntad de los particulares (2). Verdad es que en los casos en que puede desconocerse al hijo, la renuncia que haga el marido a la acción de desconocimiento pone a aquel al abrigo de todo ataque; pero en este caso, no se contraviene el principio antes mencionado, pues teniendo el hijo la condición de legítimo, aquella renuncia no le confiere legitimidad ninguna, produdiendo tan sólo el efecto de

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 104; Mourlon, ob. cit. 1. I. núm. 893; Laurent, ob. cit. t. III, núm. 460; Huc, ob. cit. t. III. núm. 18.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 545; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 462; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 574.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

confirmarle la que tiene; no puede decirse lo mismo tratándose de la denegación de paternidad; el hijo cuya paternidad puede ser denegada es ilegítimo; ahora bien, la renuncia al derecho de denegarle la paternidad, de ser posible, le conferiría la calidad de hijo legítimo, lo que es contrario al principio antes mencionado. Nada podrá impedir, sin embargo, que la renuncia tenga lugar respecto de los derechos pecuniarios del hijo

216. ¿Cuál es el efecto que produce la sentencia de denegación de paternidad? Cuando tratamos de la acción de desconocimiento (núm. 212), dijimos que la sentencia pronunciada en el juicio respectivo, cuando ha tenido lugar entre el hijo y el marido o todos sus herederos, es oponible a todos los miembros de la familia que no hayan tomado parte en el litigio, en virtud de que nadie, más que aquellos tienen derecho para desconocer al hijo; pero tratándose de la acción de denegación de paternidad, no militan las mismas razones, supuesto que esta acción puede ser promovida por cualquiera que tenga interés en atacar el estado del hijo; en consecuencia, adquiere su imperio el principio general de la autoridad de la cosa juzgada, según el cual, los juicios no producen efectos, más que entre las partes que en ellos intervienen (1).

Núm. 3. Disposiciones procesales comunes a las acciones de desconocimiento y denegación de paternidad

217. Según antes dijimos, la legitimidad es para el que la posee un derecho que sólo puede perder en virtud de una sentencia; de aquí que cualquier acto de desconocimiento

(1) Demolombe, ob. cit, t. V. núm. 180; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 463.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que se haga fuera de juicio, no tenga valor ninguno. Así lo sanciona expresamente el artículo 301 que dice: *el desconocimiento de un hijo de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda en forma ante juez competente. Todo acto de desconocimiento practicado de otra manera es nulo.*

218. Quién es el juez competente para conocer de la demanda que ataca el estado del hijo? Supuesto que en el juicio relativo, el hijo es el demandado, indudablemente que será el juez de su domicilio el competente para conocer de tal demanda.

219. *En el juicio de contradicción de la legitimidad*, dice el artículo 302, *serán oídos la madre y el hijo, a quien si fuere menor, se proveerá de un tutor interino*. Estando en contraposición los intereses del hijo con los del padre, es natural y lógico que la ley quiera que para la defensa de los derechos de aquel, le sea nombrado un tutor interino. Por otra parte, el mismo artículo transcrito prescribe que la madre sea oída en el juicio en que se contradiga la legitimidad de su hijo; la razón de esta prescripción es obvia; el honor de la madre está interesado en el juicio en que se disputa la legitimidad de su hijo ¿qué cosa más justa que la ley la considere como parte en el litigio?.

220. ¿El nombramiento de tutor interino al hijo será necesario cuando aquel tenga un tutor definitivo? A primera vista parece que no, pues teniendo el tutor la obligación de velar por los intereses de su tutoreado, carece de objeto nombrarle un nuevo tutor que cumpla con dicha obligación. Pero si se piensa en que generalmente el tutor del menor es un miembro de la familia del padre, que en la mayoría de los casos estará de acuerdo con éste para sostener sus pretensiones, se comprenderá la necesidad que hay de nombrar al hijo un tutor especial para el caso, que defienda sus derechos. Por estas razones, creemos que el nombra-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

miento de tutor interino habrá que hacerlo, aun cuando el hijo de cuyo estado se trate, tenga otro tutor. La doctrina y la jurisprudencia francesas están de acuerdo en este punto.

221. ¿Caben, respecto a la filiación, transacción o compromiso en árbitros? El artículo 305 da terminante respuesta a esta pregunta, diciendo que *no puede haber sobre la filiación legítima, ni transacción ni compromiso en árbitros.* La razón de este precepto está en el carácter de la filiación legítima: es un derecho esencialmente moral, por ser la base de la familia, fundamento a la vez, de la sociedad; pertenece por lo mismo, a aquel género de derechos que están fuera del comercio de los hombres; de aquí que no pueda ser objeto de compromisos de ningún género.

Pero si el estado en sí mismo no puede ser objeto de convenios, nada impide el que lo sean los derechos pecuniarios que de él puedan derivarse, pues estos derechos sí están en el comercio. Así expresamente lo establece el artículo 307, al decir que *puede haber transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación, legalmente declarada, pudieran deducirse; sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de estado de hijo legítimo.*

El principio de que la filiación legítima no puede ser objeto de convenios de ningún género no es obstáculo a que los padres puedan reconocer a sus hijos y éstos consentir en el reconocimiento, pues tales actos no implican una transacción respecto a los derechos de filiación. El artículo 306 sanciona esta doctrina, diciendo que *la prohibición de transijir sobre la filiación legítima no quita a los padres la facultad de reconocer a sus hijos, ni a los hijos mayores la de consentir en el reconocimiento.*

222. Según hemos visto hasta aquí, la filiación legítima

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que posea determinada persona puede ser siempre atacada, si concurren las circunstancias que hemos expresado; pero hay un caso en el que, aun concurriendo dichas circunstancias, no cabe atacar el estado del hijo, y es cuando no ha nacido viable. La contradicción de legitimidad en este caso no tendría otro resultado que hacer patente la deshonra de la madre; inspirada, pues, la ley en un sentido práctico, y obedeciendo a razones de moralidad, ha prohibido que se ataque la filiación de un individuo venido al mundo en tales condiciones. A este efecto, los artículos 303 y 304 expresan que *para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana, y que o vive veinticuatro horas naturales o es presentado vivo al registro civil;* y que *faltando alguna de estas circunstancias, nunca y por nadie podrá entablarse demanda de legitimidad.*

Tres son las circunstancias que deben reunirse para que el hijo sea considerado como nacido, y por tanto, viable: 1ª, que el feto haya sido desprendido enteramente del seno materno, porque mientras este desprendimiento no haya tenido lugar, no puede decirse que el niño tenga vida propia; 2ª, que nasca con figura humana, porque los monstruos no son objeto de las atenciones de la ley y 3ª, que viva veinticuatro horas naturales o que haya sido presentado vivo al registro civil, porque cualquiera de estos dos hechos es prueba de que el niño, al nacer, tuvo vida.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

CAPITULO SEGUNDO

DE LAS PRUEBAS DE LA FILIACION DE LOS HIJOS LEGITIMOS

223. Dividiremos el estudio de este capítulo en cinco secciones: 1ª De la prueba de la filiación legítima por el acta de nacimiento; 2ª De la prueba de la filiación legítima por la posesión de estado; 3ª De la prueba de la filiación legítima por la concurrencia del acta de nacimiento y la posesión de estado; 4ª De la prueba de la filiación legítima por los medios ordinarios que establece el derecho común; y 5ª De las acciones de reclamación y denegación de estado.

La anterior división hace suponer que hay diversos medios de probar la filiación legítima; vamos a estudiar en qué casos puede probarse esa filiación por cada uno de los medios indicados.

SECCION 1ª

DE LA PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA POR EL ACTA DE NACIMIENTO

224. Al estudiar el capítulo I del Título cuarto, dijimos que en los términos del artículo 46, el estado civil de las personas sólo se prueba por las constancias respectivas del Registro civil (1). En armonía con este precepto, el 308 establece, en su primera parte, que *la filiación de los hijos legítimos se prueba por la partida de nacimiento*. De tomarse al pie de la letra esta disposición, se creería que la sola

(1) Tomo I. núms. 173 y siguientes.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

presentación del acta de nacimiento es prueba bastante para demostrar todos los elementos que constituyen la filiación legítima, cuales son: la filiación paterna, la materna, y la legitimidad.

Bastará, sin embargo, reflexionar un poco sobre lo que es el acta de nacimiento, para convencerse de que no puede probar más que la filiación materna: en efecto, el acta de nacimiento es el escrito redactado ante el juez del Registro civil, en el que se asientan las declaraciones que hacen el padre o las personas que asistieron al parto respecto al nacimiento de un individuo; ese escrito contiene diversas enunciaciones, como son el día, hora y lugar del nacimiento, el sexo del niño, el nombre que se le ponga, razón de si se ha presentado vivo o muerto, los nombres y domicilios de los padres y de los abuelos paternos y maternos, cuando se trate de un hijo legítimo etc. etc.; pero la parte más substancial que contiene el acta, es el testimonio que en ella se da de que de tal mujer ha nacido un niño; ahora bien, del hecho de que una mujer haya dado a luz un niño, no puede deducirse la prueba, ni de que ese niño haya sido engendrado por determinado padre, ni la de que sea legítimo; tanto la paternidad, como la legitimidad, según vimos en el capítulo anterior (núms. 150 y 151) son el resultado de presunciones legales, que presuponen la existencia de un matrimonio legítimo, y éste no se prueba por la partida de nacimiento, sino por el acta de matrimonio respectiva; así pues, el acta de nacimiento no prueba la legitimidad, obra de la concepción dentro del matrimonio, ni la paternidad, obra de la presunción «pater est quem nuptiæ demonstrant»; prueba tan sólo la filiación materna del hijo; de la prueba de esta filiación, la ley deduce la paternidad, si está probado, además, que la mujer que dió a luz es casada y que la concepción del hijo tuvo lugar durante el matrimonio; pero

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

estos hechos, por ningún modo, resultan probados, por el acta de nacimiento. Así lo reconoce claramente la ley, al expresar en el artículo 324 que *la prueba de la filiación no basta por sí sola para justificar la legitimidad, la que se rige, además, por las reglas sobre validez de los matrimonios, y las establecidas en el capítulo I de este título.*

225. Pero aun la misma filiación materna no resulta probada, de una manera absoluta, por la sola acta de nacimiento: ésta demuestra que una mujer, de nombre H, dió a luz un hijo, de nombre R; pero esto no prueba que el individuo que presenta esa acta de nacimiento para acreditar su filiación, sea el mismo a que el documento se refiere; en otros términos, la identidad, elemento de la filiación materna, no queda probada por el acta de nacimiento; si, pues, se pone en duda que la persona, que pretende determinada filiación, sea la misma designada en el acta, habrá que rendir pruebas sobre su identidad.

¿Cómo se hace esta prueba? Lo más a menudo, el individuo, cuya identidad es puesta en duda, invocará y demostrará su posesión de estado de hijo legítimo, siendo esta demostración la mejor que pueda rendir de su identidad; pero la prueba de la posesión de estado no le es necesaria: la ley la establece para probar la filiación legítima en los casos que después examinaremos; más no la exige para probar la identidad: de aquí que esta pueda ser probada por todos los medios de prueba sancionados por el derecho común (1).

226. Para que el acta de nacimiento tenga fuerza probante, es preciso que haya sido redactada de acuerdo con

(1) Zachariæ ob. cit. t. I. pág. 305; Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 544; Demolombe, ob. cit. t. VI. núm. 203; Laurent, ob. cit. t. III. núms. 399 y 400.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

las prescripciones legales: la ley manda que las declaraciones de nacimiento se hagan dentro de los quince días siguientes a éste, debiendo ser presentado el niño al Juez del estado civil, en su oficina o en la casa paterna (art. 70); que estas declaraciones sean hechas por el padre, o en su defecto, por los médicos, cirujanos, matronas u otras personas que hayan asistido al parto, y si éste se verificó fuera de la casa paterna, por la persona en cuya casa haya tenido lugar (art. 72); que el acta se extienda con asistencia de dos testigos, conteniendo el día, hora y lugar del nacimiento, el sexo del niño y el nombre y apellido que se le ponga, con la razón de si se ha presentado vivo o muerto (art. 73) y que cuando el niño fuere presentado, como hijo de legítimo matrimonio, se asienten los nombres y domicilios del padre y de la madre, de los abuelos paternos y maternos y los de la persona que haya hecho la presentación (art. 74).

La aplicación de estos preceptos da lugar a varias dificultades que vamos a examinar:

227. Si el niño es presentado al Juez del Registro civil después del plazo que marca el artículo 70 ¿el acta de nacimiento, redactada con motivo de esta presentación tardía, tiene fuerza legal? En la jurisprudencia francesa se decide generalmente la cuestión en el sentido de que los tribunales tendrán la facultad de apreciar, según las circunstancias, el valor de esa acta (1); pero tal decisión, muy buena en el derecho francés, en el que se prescribe que no podrá procederse a la inscripción de un niño en el Registro civil fuera de los plazos legales, sin previa autorización de los tribunales, no lo podría ser en nuestro derecho, en el que la falta de presentación del recién nacido en aquellos pla-

(1) Demolombe, ob. cit. V. núms. 192 y 193; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 454.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

zos, tan sólo amerita una pena de cinco a cincuenta pesos de multa, que deben cubrir las personas que, teniendo obligación de declarar el nacimiento, no lo hicieron; siendo esta la única sanción del artículo 70, es evidente que el acta de nacimiento no pierde, en lo absoluto, su fuerza probatoria, por el hecho de registrarse tardíamente.

228. El artículo 72 indica las personas que tienen el deber de declarar el nacimiento; si éste es declarado por personas distintas ¿deja de tener fuerza probatoria el acta? Creemos que no, pues no es condición esencial del acta el que las declaraciones que en ella se hagan, sean suministradas exclusivamente por las personas mencionadas en el artículo citado; este artículo determina qué personas tienen el derecho y el deber de hacer aquellas declaraciones; pero de sus términos no aparece que excluya el que puedan ser hechas por personas distintas; en consecuencia, el acta, así inscrita, será perfectamente válida.

229. Los artículos 73 y 74 expresan que en el acta de nacimiento deben constar el día, hora y lugar de éste, el sexo del niño, el nombre y apellido que se le ponga, y cuando se trate de un hijo legítimo, los nombres y domicilios del padre y de la madre, los de los abuelos paternos y maternos y los de la persona que haya hecho la presentación ¿qué influencia ejerce, en la fuerza probante del acta, un error en esas enunciaciones o la omisión de ellas? Para resolver esta pregunta debemos tener en cuenta lo que antes dijimos, esto es, que el objeto que se propone probar el acta de nacimiento es la filiación materna: en consecuencia, lo esencial en el acta es que esté mencionado el nombre de la madre; en cuanto a las demás enunciaciones, no tienen otro fin que identificar al hijo: no son substanciales; si, pues, faltan o hay error en ellas, en nada podrá por esto perjudicarse la fuerza probatoria del acta; podrá, en deter-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

minados casos, ameritar una rectificación; pero no por esto dejará de ser en sí misma válida.

De acuerdo con estos principios habrá que resolver que el acta conservará su plena validez, como prueba de la filiación legítima, aunque en ella no se exprese el nombre del padre y se designe a la madre como soltera, o se haga figurar como padre, a persona distinta del marido. La omisión del nombre del padre, o la designación de otra persona distinta del esposo, no tiene influencia ninguna en la validez del acta, porque ésta no prueba más que la filiación materna; la paternidad, como lo hemos dicho varias veces, es obra de la presunción legal «pater est quem nuptiæ demonstrant», según la cual, si la mujer que dió a luz un niño es casada, el marido de ella es forzosamente el padre del nacido; siendo así ¿qué importa que el acta no lo diga, o qué asiente que el padre es otra persona? Ni la omisión, ni la declaración contraria, pueden ser bastantes a destruir aquella presunción legal (1).

Se ha sostenido que cuando el acta de nacimiento no contiene el nombre del padre, esta omisión prueba la ilegitimidad del hijo, porque desde el momento en que no se hizo tal designación, hay que suponer que el hijo ha sido engendrado por otro hombre, sobre todo si la madre ha sido designada bajo su nombre de soltera. Que en la hipótesis presentada haya sospechas de que el hijo sea adulterino, es evidente; pero en el sistema de la ley, esto no impide el que mientras el hijo no sea legalmente desconocido, se le repute como legítimo, pues, volvemos a repetirlo, su filiación legítima procede, no del acta, sino de las presunciones

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 398; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 455.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

legales, que no pueden ser destruídas más que en los casos y términos que señala la ley.

El argumento que se invoca en contra de la legitimidad pretende ser más fuerte, cuando en el acta se designa como padre del hijo, a persona distinta del marido; en tal caso, se dice, el acta, no sólo no prueba la filiación paterna, sino que tampoco hace prueba de la filiación materna; de acuerdo con el principio de la indivisibilidad, hay que aceptar el título tal cual es: o prueba a la vez la filiación materna y la paterna que en él se indican, y entonces el hijo resulta ilegítimo, o no prueba ninguna de las dos filiaciones; no se le puede dividir, aceptándolo como prueba de la maternidad y rechazándolo como prueba de la paternidad que en él se menciona.

Esta teoría es erronea: la indivisibilidad de un título tiene lugar cuando todas sus enunciaciones son probantes; ahora bien, la enunciación, en el acta, de un padre distinto del marido, no prueba nada, supuesto que la paternidad es el resultado de una presunción legal, y no de las declaraciones de los testigos que depongan en el acta; más aún, tal enunciación está prohibida por la ley (art. 79) y como tal, no tiene valor ninguno; es como si no se hubiera hecho; en consecuencia, no se destruye, en modo alguno, el principia de la indivisibilidad cuando se acepta del acta lo que tiene valor probatorio, como es la filiación materna, y se rechaza lo que carece de todo valor, como es la indicación de una paternidad distinta de la que la ley le da al hijo.

230. Pero ¿qué sucederá cuando en el acta no se expresan, ni el nombre del padre, ni el de la madre, cuando, por ejemplo, se registra al hijo, como nacido de padres desconocidos? Evidentemente que en este caso, el acta no probará, ni la filiación materna, porque nada expresa respecto a ella,

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ni la paterna, que es una consecuencia de aquella filiación (1).

231. Hemos dicho que el acta de nacimiento no produce fe de la legitimidad del hijo, la que resulta de la existencia del matrimonio: el hijo es legítimo por el hecho de nacer de una mujer casada; su legitimidad no procede más que del matrimonio, el que se prueba por el acta de matrimonio respectiva; de aquí que, para establecer su filiación legítima, no le baste al hijo presentar su acta de nacimiento, sino que tiene que presentar a la vez el acta de matrimonio de sus padres; si no lo hace, no podrá considerarse probada su filiación legítima.

Esto es en el rigor de los principios; en la práctica, le bastará al hijo presentar su acta de nacimiento para justificar su filiación legítima, y sólo tendrá necesidad de exhibir el acta de matrimonio de sus padres, cuando se cuestione la validez de este matrimonio. Así lo expresa el artículo 308 que dice: *La filiación de los hijos legítimos se prueba por la partida de nacimiento.....pero si se cuestiona la validez del matrimonio de los padres, debe presentarse el acta de matrimonio, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo siguiente.*

¿Qué es lo prevenido en el artículo aludido? Dice así: *Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad, les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no puede disputarse a los hijos su legitimidad por sólo la falta de presentación del acta de matrimonio, siempre que se pruebe esta legitimidad por la posesión de estado de hijos legítimos, a la cual no contradiga el acta de nacimiento.*

La razón de esta excepción es clara: muertos los padres, o estando en la imposibilidad de manifestar el lugar

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 398

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

en que se casaron, el hijo se encuentra imposibilitado para exhibir el acta de matrimonio, toda vez que éste tuvo lugar antes de su nacimiento; ahora bien, sería injusto que por aquellos hechos, que no dependen en lo absoluto de él, se privara a aquel de su filiación legítima.

232. Pero para que la excepción de que se trata pueda tener aplicación, es preciso que se llenen las siguientes condiciones: primera, que el padre y la madre hayan muerto, o por ausencia o enfermedad, les sea imposible manifestar el lugar en que se casaron; segunda, que ambos padres hayan vivido públicamente como marido y mujer; tercera, que el hijo goce de la posesión de estado de hijo legítimo y cuarta, que esta posesión de estado no esté contradicha por el acta de nacimiento. Vamos a examinar estas cuatro condiciones en párrafos separados:

233. Primera condición: muerte del padre y de la madre o imposibilidad, por ausencia o enfermedad de ambos, de manifestar el lugar en que se casaron. Para que quede satisfecha esta condición, es necesario que *ambos* padres por muerte, ausencia o enfermedad, no puedan manifestar el lugar en que contrajeron su matrimonio. Si uno de ellos vive, o no está ausente, ni enfermo, en el sentido que lo quiere la ley, el hijo no podrá eximirse de la obligación de presentar el acta de matrimonio para justificar su legitimidad. Verdad es que puede suceder que el padre que viva o que no esté en la imposibilidad de dar informes sobre el lugar de su casamiento, sea la parte contraria al hijo, en un juicio, y que, por lo mismo, no deba esperarse de él que dé aquellos informes; es indudable que en este caso, el hijo se encuentra en las mismas condiciones en que se encontraría, si ambos padres hubiesen muerto o estuviesen imposibilitados, por enfermedad o ausencia, de decir el lugar en que se casaron ¿deberá, por este hecho, considerarse al

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

hijo exento de la obligación de exhibir el acta matrimonial? Seguramente que no; la ley dispensa al hijo de exhibir el acta de matrimonio de sus padres, porque considera que le es imposible tal exhibición, cuando éstos han muerto o no pueden decir el lugar en que contrajeron su matrimonio; si uno de los padres vive y está en condiciones de hacer aquella manifestación, no se estará en el caso de la ley, supuesto que la existencia de uno de los padres le hará posible al hijo conocer el lugar en que sus progenitores se casaron, y en consecuencia, habrá que regirse por el principio general y no por la excepción.

234. Segunda condición. El padre y la madre del hijo deben haber vivido públicamente como marido y mujer. Se considerará que los padres han vivido públicamente como marido y mujer, cuando se hayan presentado ante la sociedad con tal carácter, cuando la mujer haya llevado el apellido del marido, cuando en los actos civiles de cualquier clase en que hayan intervenido, se hayan dado el título de esposos, cuando, en fin, el trato que se hayan dado en su vida común, revele manifiestamente que han tenido aquella calidad.

235. Tercera condición. El hijo debe gozar de la posesión de estado de hijo legítimo. En la sección siguiente estudiaremos en qué consiste la posesión de estado de hijo legítimo y cuáles son los alcances de la prueba que produce respecto a la filiación; por, ahora bástenos apuntar que el hijo gozará de dicha posesión de estado, cuando pruebe las siguientes circunstancias; que constantemente ha sido reconocido como hijo legítimo, por la familia de que pretende ser miembro y en la sociedad, y que ha usado constante mente el apelido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste, o que el padre lo ha tratado como a

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

su hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

236. Cuarta condición. El acta de nacimiento no debe contradecir la posesión de estado de hijo legítimo. El acta de nacimiento es la prueba por excelencia de la filiación; si, pues, no está de acuerdo con la posesión de estado que pretende tener el hijo, debe prevalecer sobre ésta.

¿Cuándo existe contradicción entre la posesién de estado y el acta de nacimiento? Cuando de los términos del acta aparezca la comprobación de que el hijo no es legítimo; según esto, habrá contradicción cuando en el acta de nacimiento esté inscrito el hijo, como natural; pero no la habrá cuando el hijo aparezca enunciado en el acta, como nacido de padres desconocidos; en tal caso, como antes dijimos (núm. 229), el acta no prueba nada respecto a la filiación del hijo; en consecuencia, no contradice su posesión de estado

¿A quien le incumbe la prueba de que la posesión de estado no está contradicha por el acta de nacimiento? Evidentemente que a los que pretenden que sí existe tal contradicción.

237. La reunión de las condiciones anteriores da al hijo la prueba de su filiación legítima, dispensándolo de la obligación de presentar el acta de matrimonio de sus padres; pero esta prueba no es indisputable; si los adversarios del hijo demuestran que el matrimonio de sus padres no se celebró, o que en la época de la concepción, la madre estaba casada con otro hombre que aquel a que se refiere la prueba de la posesión de estado de los esposos, es lógico que la prueba de la legitimidad del hijo quede destruída, no obstante la posesión de estado matrimonial de sus padres,

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

pues la prueba de esa posesión de estado no puede producir a favor del hijo una situación mejor que la que le produciría el acta de matrimonio, si existiese.

SECCION 2ª

DE LA PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA POR LA POSESION DE ESTADO

238. El acta de nacimiento es la prueba, por excelencia, de la filiación legítima; pero cuando esta acta falta, como sería inicuo rehusar al hijo la prueba de su filiación, se admite que pueda probarla por medio de la posesión de estado de hijo legítimo. Esta prueba, sin embargo, no es admisible en nuestro Código en todos los casos en que falta el acta de nacimiento. Nuestro legislador no acepta tal prueba, sino en casos verdaderamente excepcionales, como son aquellos en que no hayan existido registros o estuvieren rotos o borrados, o faltaren las hojas en que se pueda suponer que estaba el acta. *La filiación legítima*, dice el artículo 308, *se prueba por la partida de nacimiento; y en los casos previstos por el artículo 45, por la posesión constante de estado de hijo legítimo.*

En el sistema adoptado por el legislador mexicano, la prueba de la filiación legítima por la posesión de estado es verdaderamente excepcional; según esto, el hijo procedente de legítimo matrimonio, que no haya sido inscrito en el Registro civil, existiendo el Registro, no podrá probar en manera alguna su filiación legítima.

239. ¿Se justifica, en el terreno de los principios, el sistema adoptado por el legislador mexicano? Nosotros opinamos que no, por dos razones capitales: primera, porque

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

es contrario a toda idea de moral privar al hijo de la filiación con que vino al mundo, por el hecho de que por descuido, ignorancia o mala fe, no hubiesen declarado su nacimiento las personas encargadas por la ley de hacerlo y segunda, porque si se comparan las fuerzas probantes del acta de nacimiento y la posesión de estado, no puede uno menos de convencerse de que la que arroja esta última es, si se quiere, muy superior a la que arroja la primera; en efecto, el acta de nacimiento no es, en substancia, más que la declaración oficial que hacen determinadas personas de que un niño ha nacido de tal madre casada; en cambio, la posesión de estado de hijo legítimo es la serie no interrumpida de hechos, por los cuales queda demostrado que los padres del hijo, la familia, la sociedad entera, han reconocido a aquel como hijo legítimo; como dice Bigot-Preameneu, refiriéndose a esta prueba: «diferente de las convenciones que en su mayor parte no dejan otras huellas que la acta misma que las demuestra, la posesión de estado se prueba por una larga serie de hechos externos, cuyo conjunto no podría jamás existir, si no fuese conforme a la verdad» (1).

Si tal es la fuerza probatoria de la posesión de estado, no comprendemos por qué el legislador mexicano la haya excluído como medio justificativo de la filiación legítima, no admitiéndola en todos los casos en que falta el acta de nacimiento, sino tan sólo en aquellos taxativamente enumerados por al artículo 45.

240. Sea lo que fuere, el principio proclamado por nuestro Código es que la filiación legítima se prueba por el acta de nacimiento, y sólo en casos verdaderamente excepcionales, por la posesión constante de estado de hijo legítimo. Veamos en qué consiste la posesión de estado.

(1) Bigot-Preameneu, Expos. núm. 25.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Si un individuo, dice el artículo 310, *ha sido reconocido constantemente como hijo legítimo de otro por la familia de éste y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo legítimo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:*

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

II. *Que el padre le haya tratado como a su hijo legítimo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.*

De acuerdo con este artículo, dos condiciones deben llenarse para probar la posesión de estado de hijo legítimo; que el hijo haya sido reconocido como legítimo por la familia del que pretende que es su padre y en la sociedad, y que, o haya usado constantemente el nombre de su padre con su anuencia, o que el padre lo haya tratado como hijo legítimo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

Para que estos hechos hagan prueba de la posesión de estado, es preciso que sean públicos y constantes; la condición de publicidad se infiere de los términos de la ley: «si un individuo ha sido *rconocido* constantemente como hijo legítimo de otro *por la familia de éste y en la sociedad*» comienza diciendo el artículo 310; en cuanto a la condición de *constancia* la propia ley la impone en términos formales.

De que la posesión de estado de hijo legítimo debe ser constante, se deduce que si no se prueba que los hechos en que se funda han comenzado con el nacimiento del hijo y sucedídose, sin interrupción, hasta la fecha en que se inicie el debate sobre su legitimidad, no podrá considerarse probada la filiación por aquel medio de prueba; una sola interrupción de la posesión de estado sería, pues, bastante para

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

no atribuirle a la prueba rendida ninguna fuerza probatoria (1).

Además, para que la posesión de estado pruebe la filiación legítima, es preciso que exista, tanto respecto del padre, como de la madre. La razón es obvia: la legitimidad supone una relación de parentesco entre el hijo y su padre y su madre; los hechos, pues, en que se funde deben tener relación con ambos esposos; si esta doble relación falta, no habrá propiamente posesión de estado (2).

Se ha pretendido que puede haber presunción de estado sólo con respecto a la madre, cuando ésta, con exclusión del padre, ha tratado al hijo como legítimo. Esta teoría es inadmisible; la posesión de estado no puede depender de la sola voluntad de la madre, sino que es el resultado de diversos elementos, como son: el reconocimiento de la familia a que pretende pertenecer el hijo, el reconocimiento de la sociedad y las circunstancias de usar el hijo el nombre del padre, con anuencia suya, o bien, la de que éste lo haya tratado como a su hijo legítimo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; el conjunto de estos diversos elementos es lo que constituye la posesión de estado; si falta alguno de ellos, no podrá haber tal posesión; ahora bien, entre dichos elementos figura el que el hijo haya usado el nombre del padre *con su anuencia* o el de que *el padre haya tratado* al hijo como legítimo; la intervención del padre es, pues, un elemento sin el cual no existe la posesión de estado; excluírla, es ponerse fuera de los térmi-

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 209; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 405.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 544; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 211; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 464.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

nos de la ley; es formar una posesión de estado con elementos distintos de los que el legislador quiere que tenga.

Por otra parte, el solo reconocimiento de la madre no podría considerarse como prueba de la posesión de estado, ni aun con relación a ella sola, pues la posesión de estado es por su naturaleza indivisible: o tiene lugar con respecto a ambos esposos, o no lo tiene con respecto a ninguno. Esto no impide, sin embargo, que si el padre ha muerto o está en la imposibilidad de expresar su voluntad, el reconocimiento de la madre sea bastante para fundar la posesión de estado, si concurren, en el caso, las demás circunstancias señaladas por la ley, pues entonces el reconocimiento de la madre substituye al del padre (1).

241. ¿La posesión de estado de hijo legítimo puede probarse por hechos distintos, aunque semejantes, a los establecidos por el artículo 310? En la jurisprudencia francesa, se decide la cuestión afirmativamente (2); en nuestro derecho, dados los términos netamente restrictivos con que está redactado aquel artículo, el punto debe recibir una respuesta negativa (3).

242. Cuando hablamos de la fe que resulta del acta de nacimiento (núms. 224 y 225), dijimos que ésta no prueba la identidad del hijo, ni la paternidad del esposo ¿pasa lo mismo con la prueba que resulta de la posesión de estado? Seguramente que no; por lo que hace a la identidad, la prueba de ella resulta de la prueba misma de la posesión de estado, pues consistiendo ésta en la reunión de deter-

(1) Laurent, ob. cit. t. III. 404; Baudry Lacantinerie, ob. cit. IV. núm. 464.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 544; Demolmbe, ob. cit. t. V. núm. 208; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 463.

(3) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 102.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

minados hechos, que demuestran que tal individuo es hijo legítimo de tales padres, claro está que la prueba de estos hechos encierra la prueba de la identidad. En cuanto a la prueba de la paternidad, es también una consecuencia de la prueba de los hechos que forman la posesión de estado: para establecer su filiación legítima por este medio, el hijo debe probar que ha sido reconocido, como legítimo, por la familia de sus padres y en la sociedad, y que, o ha usado el nombre de su padre o que éste lo ha tratado como a hijo legítimo; ahora bien, la prueba de estos hechos es una prueba directa de la paternidad del esposo: la presunción de paternidad, sin la cual no queda probada ésta en los casos en que es el acta de nacimiento la que prueba la filiación, se hace, pues, innecesaria cuando está demostrada la posesión de estado de hijo legítimo.

243. Dijimos, al tratar de la prueba de la filiación legítima por el acta de nacimiento, que ésta no prueba la legitimidad; de manera que si se cuestiona la validez del matrimonio de los padres, que es lo que hace que el hijo sea legítimo, éste debe presentar el acta de matrimonio respectiva, salvo que sus padres hubiesen muerto o estuviesen en la imposibilidad de manifestar el lugar en que se casaron, en cuyo caso, el hijo puede probar su legitimidad, demostrando que sus padres vivieron públicamente como marido y mujer y que él gozó de la posesión constante de estado de hijo legítimo, no contradicha por el acta de nacimiento. ¿Son aplicables estos principios al caso en que la filiación legítima se prueba por la posesión de estado? Seguramente que sí. La posesión de estado, al igual que el acta de nacimiento, prueba tan sólo la filiación, más no la legitimidad; si, pues, se pone en duda esta legitimidad, el hijo deberá presentar el acta de matrimonio; pero al igual que en el caso de prueba por el acta de nacimiento, si los padres han muerto o por

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ausencia o enfermedad, están imposibilitados de decir el lugar en que se casaron, el hijo estará exento de la obligación de exhibir el acta matrimonial, demostrando su legitimidad en los términos del artículo 309, cuya aplicación en el caso no recibirá otra modificación, que la que resulta de que no habrá que atender a que el acta de nacimiento no contradiga la posesión de estado, toda vez que la prueba de la filiación por medio de la posesión de estado supone la falta de tal acta (1).

244. La prueba de la filiación por medio de la posesión de estado no tiene lugar, más que cuando no han existido registros, se han perdido, están rotos o borrados o faltaren las hojas en que se supone que estaba el acta; de aquí resulta que si existe el acta de nacimiento, no será admisible aquella prueba; los adversarios del hijo podrán, pues, destruír las pruebas aducidas por éste sobre su posesión de estado, con la sola exhibición del acta de nacimiento. La filiación que resulte del acta prevalecerá sobre la demostrada por la posesión de estado, toda vez que ésta no hace más que substituir a aquella cuando falta, en los casos a que alude el artículo 45.

SECCION 3ª

DE LA PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA POR LA CONCURRENCIA DEL ACTA DE NACIMIENTO Y LA POSESION DE ESTADO

245. Hemos dicho que el acta de nacimiento, o la posesión de estado, en los casos del artículo 45, prueban aisladamente la filiación legítima; pero puede suceder, y es lo

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 214; Laurent, ob. cit. t. III. núms. 408 y 409; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 468.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

más frecuente, que la filiación se encuentre amparada a la vez, por ambos medios probatorios; ¿cuál es entonces la fuerza probante que resulta del concurso de ambos elementos? *Estando conforme el acta de nacimiento con la posesión actual de estado de hijo legítimo*, dice el artículo 311, *no se admite acción en contra a no ser que el matrimonio sea declarado nulo por mala fe de ambos cónyuges.* Existiendo a favor del hijo una acta de nacimiento y una posesión de estado conformes, todas las probabilidades son de que la filiación que una y otra acreditan, estén de acuerdo con la realidad, y la ley, temerosa de que una filiación así demostrada, pueda ser objeto de ataques por medio de pruebas, como la testimonial, de mucha menor importancia que la que resulta del título y la posesión de estado, ha creído conveniente asegurar el reposo de las familias, dando a la reunión de aquellos dos elementos una autoridad irrefutable.

El principio consagrado por el artículo 311 es tan absoluto, que aun en el caso de que sean falsas las declaraciones contenidas en el acta de nacimiento, se admite que si está conforme con la posesión de estado, nadie puede atacar la filiación que resulta de ambas pruebas unidas. Sin embargo, si la falsedad del acta consiste en que las declaraciones que contiene no son las que los comparecientes hicieron al juez del Registro civil, creemos, con Ricci, que no tendrá aplicación aquel principio, pues no pudiendo decirse que exista en tal caso, propiamente, acta de nacimiento, el hijo no puede invocar más que la posesión de estado, y falta el concurso de esta prueba con la del acta para que la filiación pueda considerarse inatacable, en los términos del artículo 311 (1).

246. ¿Puede atacarse la filiación comprobada por el acta

(1) Ricci, ob. cit. t. III. núm. 77.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de nacimiento y la posesión de estado, demostrando que no hay identidad entre la persona a que el acta se refiere y la que tiene la posesión de estado? Existen tres opiniones a este respecto, cada una de las cuales, sostenida por el prestigio y la autoridad de eminentes jurisconsultos. Según una primera opinión, debe distinguirse: si se pretende que el hijo ha sido substituído por otro, después de la redacción del acta de nacimiento, el estado de tal hijo es atacable, pues no siendo el mismo individuo a que se refiere el acta, no puede decirse que concurren en su favor ésta y la posesión de estado; si se pretende que la substitución tuvo lugar antes de la redacción del acta, la prueba en contra, del estado, no será admisible, pues aun suponiendo que exprese una falsedad el acta, habrá conformidad entre ésta y la posesión de estado: el niño presentado al Registro civil es el mismo que goza de la posesión de estado; la conformidad entre una y otra existe y es, por lo tanto, aplicable el artículo 311 (1).

Según otra opinión, sostenida por Maleville, en cualquiera de los dos casos mencionados puede atacarse el estado del hijo (2).

Finalmente, una tercera opinión, sostenida por Laurent, Marcadé y otros doctrinistas, sin hacer distinciones ningunas, niega en lo absoluto el derecho de atacar el estado del hijo amparado por una acta de nacimiento y una posesión de estado, por más que pueda haber habido substitución

(1) Aubry y Rau, ob. cit. t VI. § 544; Valette sobre Prouhdon, ob. cit. II. pág. 85, nota B.; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 466 bis; Demolombe, ob. cit. t. V. núms. 223 y 224; Mourlon, ob. cit. t. I. núm. 914; Dalloz, ob. cit. palabras «paternité y filiation» núm. 257.

(2) Maléville, «Analyse raisonnée du Code Civil,» t. I. sobre el art. 322, pág. 319.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

y ésta haya sido anterior o posterior a la redacción del acta (1).

¿Cuál de estas teorías es aplicable en nuestro derecho? Las opiniones de nuestros jurisconsultos también se hallan divididas. Según el Señor Licenciado Don Manuel Mateos Alarcón, si hay substitución del hijo, ya sea anterior, ya sea posterior, a la redacción del acta de nacimiento, el estado de aquel es atacable, sin que pueda impedirlo la prohibición del artículo 311 (2). Según el Señor Licenciado Don Agustín Verdugo, el estado del hijo, amparado por la doble prueba del acta y la posesión de estado, no puede ser objeto de ataque de ningún género (3).

Nosotros no aceptamos ninguno de estos dos extremos. Para que la filiación sea inatacable, el artículo 311 exige que haya conformidad del acta de nacimiento con la posesión de estado, lo que supone que el individuo amparado por el acta de nacimiento es el mismo que goza de la posesión de estado; la falta de esta identidad hace imposible la conformidad que exige la ley. Ahora bien, la admisión de estos principios obliga a distinguir, como lo hace la doctrina expuesta en primer lugar, el caso en que la substitución tuvo lugar después de redactada el acta de nacimiento, de aquel en que se verificó antes de esta redacción: en el primero, el individuo que goza de la posesión de estado no es el mismo a que se refiere el acta de nacimiento, pues no es el que fué presentado al Registro; no hay, pues, identidad entre uno y otro, y por lo tanto, no hay conformidad del acta con la posesión de estado: la prohibición del artículo

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 412; Marcadé, ob. cit. t. II. núm. 322; Zachariæ, ob. cit. t. I. págs. 307 n. 15.

(2) Mateos Alarcón, Lecciones de Derecho civil, t. I. pág. 199.

(3) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 122.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

311 no tiene lugar: el estado del hijo puede, en consecuencia, ser atacado; en el segundo caso, sí existe identidad entre el individuo presentado al Registro y el que goza de la posesión de estado; este individuo podrá, es verdad, no ser hijo de los padres que figuran en el acta; pero esto no quita el que sí sea el mismo que goza de la posesión de estado; la conformidad entre ésta y el título es innegable: luego deberá recibir aplicación el artículo 311, y en consecuencia, nadie podrá atacar el estado de ese hijo.

247. Al referirnos a la fe que producen el acta de nacimiento y la posesión de estado, dijimos que dichos elementos probatorios no hacen prueba de la legitimidad, la que se demuestra sólo por el acta de matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 309 para el caso en que los padres hubieren muerto, o por ausencia o enfermedad, estuvieren imposibilitados para decir el lugar en que se casaron; de aquí resulta que cuestionándose la validez del matrimonio de los padres, la filiación legítima puede ser atacada, por más que esté amparada por la concurrencia del acta de nacimiento y la posesión de estado, pues una y otra, tanto aisladamente, como reúnidas, prueban tan sólo la filiación, más no la legitimidad (1). Respetando estos principios, el artículo 311, después de expresar que no se admite acción en contra del hijo que tiene a su favor un acta de nacimiento y una posesión de estado conformes, hace en su parte final la debida salvedad para el caso de que el matrimonio sea declarado nulo, por mala fe de ambos cónyuges.

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 214; Laurent, ob. cit. t. III. núms. 408 y 409; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm, 468.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

SECCION 4ª

DE LA PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA POR LOS MEDIOS ORDINARIOS DE PRUEBA QUE ESTABLECE EL DERECHO COMUN

248. Hemos visto que la filiación legítima se prueba por el acta de nacimiento, y excepcionalmente, cuando se han perdido los registros, están rotos o borrados, o faltaren las hojas en que se pueda suponer que estaba el acta, por la posesión constante de estado de hijo legítimo. Vamos a estudiar ahora el caso en que aquella filiación puebe probarse por los medios ordinarios de prueba establecidos por el derecho común. *Si el acta de nacimiento fuere judicialmente declarada falsa*, dice el artículo 312, *o si hubiere en ella omisión en cuanto al nombre de los padres, puede acreditarse la filiación por los medios ordinarios de prueba que el derecho establece.*

La aplicación de este artículo tiene lugar en dos casos: cuando el acta de nacimiento ha sido judicialmente declarada falsa, y cuando hay en ella omisión del nombre de los padres.

La falsedad del acta implica que el individuo de cuya filiación se trata, haya sido inscrito como hijo de seres imaginarios, o de personas que no son en realidad sus padres, y como ni en uno, ni en otro caso, tiene el hijo culpa ninguna en estas falsedades, la ley le permite recurrir a los medios ordinarios de prueba para establecer su filiación; pero para que esto pueda ser, es preciso que de un modo previo haya sido judicialmente declarada la falsedad del acta.

Cuando hay omisión en cuanto al nombre de los padres, el acta propiamente no indica ninguna filiación: es, puede

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

decirse, una acta incompleta; pero como de cualquier modo que sea, existe un título a favor del hijo, el legislador ha creído justo permitirle que supla las deficiencias de ese título, autorizando las pruebas ordinarias. En este caso, a diferencia de lo que tiene lugar en el anterior, le es bastante al hijo presentar el acta que omite el nombre de sus padres para que, sin más requisitos, pueda rendir las pruebas de su filiación, conforme al derecho común.

La omisión de que se trata debe afectar al nombre del padre y de la madre; si el nombre del primero es solamente omitido, el hijo no tendrá necesidad de ocurrir al derecho común para probar su filiación legítima, toda vez que la paternidad no depende de las enunciaciones que el acta contenga, sino que es el resultado de la presunción que reputa, como padre del hijo, al esposo de la madre.

249. ¿Sobre qué hechos debe versar la prueba que se rinda en los casos del artículo 312? Dicha prueba debe tener por objeto probar la filiación materna que, como sabemos, comprende dos hechos: el parto de la mujer que se pretende que es la madre y la identidad; en consecuencia, el hijo, al querer probar su filiación en los términos del artículo citado, debe rendir pruebas tendentes a la comprobación de esos dos hechos.

Demostrada la filiación materna, y el matrimonio de la madre en la época de la concepción del hijo, queda por esto sólo, demostrada la paternidad, por aplicación de la presunción legal *pater est quem justæ nuptiæ demonstrant*. Sin embargo, para que esta presunción pueda invocarse, es necesario que en el juicio promovido por el hijo para probar su filiación materna, hayan intervenido, tanto el padre, como la madre; si tal juicio se ha verificado solamente entre esta última y el hijo, en nada podrá afectar al padre, supuesto

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que es de principio que los juicios no producen efectos, más que entre las personas que litigan (1).

250. Suponiendo probada, con relación al esposo, la filiación materna, ¿la presunción de paternidad tiene la misma fuerza que en el caso de estar probada por el acta de nacimiento? en otros términos ¿para hacer caer aquella presunción, necesita el marido sujetarse a los principios que rigen en materia de desconocimiento, cuyo estudio hicimos en otra parte? La doctrina y la jurisprudencia francesas deciden la cuestión negativamente, en atención a que el artículo 325 del Código de Napoleón expresa que, aun probada la maternidad, está permitido hacer la prueba *por todos los medios*, de que el reclamante no es el hijo del marido de la madre. De acuerdo con este principio, el padre puede demostrar su paternidad, sin estar para ello sujeto a las estrictas reglas que norman la acción de desconocimiento, pues dichas reglas están derogadas por el artículo citado para los casos en que la filiación materna sea probada conforme al derecho común (2).

En nuestro derecho, consideramos que no es aplicable tal doctrina, toda vez que no existe, como en el Código de Napoleón, ninguna prescripción legal que derogue los principios a que está sujeta la acción de desconocimiento. En consecuencia, decidimos que si la maternidad está debidamente probada con relación al marido de la madre, no podrá éste atacar la paternidad que resulta, sino en los mismos casos y con las mismas restricciones en qué podría hacerlo, si la filiación estuviera amparada por una acta de

(1) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 474.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 544; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 529; Laurent. ob. cit. t. III. núm. 241; Planiol, ob. cit. t. I. núms. 1421 y 1459.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

nacimiento. Corrobora nuestra opinión la parte final del artículo 312 que dice que el acta que levante el juez del estado civil con motivo de la sentencia que se pronuncie, declarando la filiación, producirá los mismos efectos que las demás actas de nacimiento.

No hay que confundir las pruebas contra la paternidad, con las que se rindan contra la maternidad; si de las primeras se trata, tiene lugar lo expresado en el párrafo anterior; pero si se trata de las segundas, el marido tendrá derecho de contradecirlas por toda clase de medios.

251. En cuanto a la prueba de su legitimidad, debe darla el hijo, como en los casos en que está demostrada la filiación por acta de nacimiento o posesión de estado, por la presentación del acta de matrimonio de sus pretendidos padres, habiendo de tener lugar lo dispuesto en el artículo 309, cuando los padres hayan muerto o por ausencia o enfermedad les sea imposible decir el lugar en que se casaron.

252. *De la sentencia que declare la filiación*, dice el artículo 312, en su segunda parte, *se remitirá testimonio al juez del estado civil para que levante acta, insertando en ella la sentencia; esta acta producirá los mismos efectos que las demás actas de nacimiento.*

Supliendo la sentencia al acta de nacimiento, su inserción en los libros del Registro civil se hace necesaria, a fin de que cualquiera pueda tener conocimiento del estado del individuo a que la sentencia se refiere.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

SECCION 5ª

DE LAS ACCIONES DE RECLAMACION Y DENEGACION DE ESTADO

Núm. 1. De la acción de reclamación de estado

253. En el número 195 de este tomo, definimos la acción de reclamación de estado, diciendo que es aquella por la cual reclama su estado de hijo legítimo el individuo que se ve privado de él.

De acuerdo con esta definición, para que prospere dicha acción, es preciso que el hijo no esté en posesión de su estado, esto es, que no tenga ni título, ni posesión, pues no es reclamable más que lo que no se tiene (1).

Si el título que ampara la filiación contiene irregularidades ¿la acción que el hijo promueva para cubrir estas irregularidades, es una reclamación de estado? Si las irregularidades de que adolece el acta hacen incierta la maternidad, la acción será de reclamación de estado; pero no lo será, si a pesar de las irregularidades, la maternidad está debidamente comprobada en el acta, pues, aunque irregular, el título es prueba de la filiación (2). Tampoco constituirá una reclamación de estado la demanda por la cual el hijo pretenda probar el matrimonio de sus padres o su concepción o nacimiento dentro de ese matrimonio (3).

En términos generales, puede decirse que la acción de reclamación de estado procede en los casos en que le es

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 479.

(2) Demolombe, ob. cit, t. V. núms. 236 y 238; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 480.

(3) Baudry Lacantinerie, ob. cit t. IV. núm. 577.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

dado al hijo acreditar su filiación en la forma que establece el artículo 312, esto es, cuando el acta de nacimiento haya sido judicialmente declarada falsa, o cuando haya en ella omisión en cuanto al nombre de los padres.

254. La acción de reclamación de estado, como las demás acciones de su especie, tiene un carácter esencialmente moral, y es de orden público: de aquí que el hijo no pueda celebrar transacciones sobre los derechos que tiene para reclamar su estado, ni renunciar a estos derechos (1). De este mismo carácter, deriva también la consecuencia, consagrada por el artículo 314, de que la acción es imprescriptible para el hijo y sus descendientes legítimos: prescribe lo que está en el comercio, lo que puede ser objetos de convenios; el estado de los hombres no está en el comercio: la acción para reclamarlo debe ser, por lo mismo, imprescriptible.

255. Lo que decimos del estado no es aplicable a los derechos pecuniarios que de él se derivan; tales derechos sí están en el comercio; el orden público nada tiene que ver con ellos; en consecuencia, nada obsta para que el hijo pueda celebrar convenios respecto de ellos y renunciarlos y para que estén sometidos a la prescripción (2).

256. ¿A quién pertenece la acción de reclamación de estado? Hay que distinguir, según que se considere la acción, como un derecho moral, o como un derecho pecuniario; en otros términos, hay que distinguir el caso en que la acción tenga por objeto reclamar el estado independientemente de todo interés pecuniario, aunque incidentalmente pue-

(1) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 581; Ploniol, ob. cit. t. I. núm. 1402.

(2) Demolombe, ob. cit. t. V. núms. 279 y siguientes, Laurent, ob. cit. t. III. núm. 464.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

da reclamarse este interés, de aquel en que se proponga, por vía principal, la reclamación de los derechos pecuniarios derivados de determinado estado. Estudiaremos estos dos casos en párrafos separados.

257. Cuando la acción, considerada como derecho moral, se propone reclamar un estado sin tener en cuenta los intereses pecuniarios que de él se deriven, sólo pueden ejercitarla el hijo y sus descendientes legítimos. Así se infiere de la lectura del artículo 314, que dice que la acción que compete *al hijo* para reclamar su estado es imprescriptible para él y *sus descendientes legítimos;* para el efecto, poco importa que los descendientes del hijo sean o no sus herederos, pues al reclamar determinado estado, no obran en virtud de ningún derecho que les haya trasmitido su ascendiente; obran por su propio derecho: en realidad reclaman su propio estado: descendientes de un individuo que tiene derecho a determinado estado que no posée, tienen la facultad de reclamar ese estado para colocarse en el lugar que les corresponde en la familia y gozar de los derechos morales y pecuniarios inherentes a su calidad; para ello no necesitan ser herederos del hijo; les basta con ser sus descendientes legítimos; es su nacimiento, y no la trasmisión hereditaria, el que les concede aquel derecho.

La anterior solución no es generalmente admitida en el derecho francés, en el que se considera que sólo los herederos del hijo pueden entablar la acción de reclamación de estado (1); la opinión contraria nos parece indiscutible en nuestro derecho, atentos los términos del artículo 314, antes citado.

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 544 bis; Demolombe, ob. cit. t. V. núms. 304 y 305; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 468; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1407.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Del principio de que los descendientes legítimos del hijo obran por su propio derecho, resulta la consecuencia jurídica, de que pueden entablar la acción de reclamación en vida del hijo, y aun cuando éste nada reclame.

258. Cuando la acción de reclamación tiéne por objeto los intereses pecuniarios inherentes a determinado estado, pertenece a los herederos del hijo.

Al pasar dicha acción del hijo a sus herederos, pierde su carácter de derecho moral, para convertirse en un derecho meramente pecuniario. De aquí resulta que si el hijo ha renunciado a los intereses pecuniarios que derivan de su estado, nada podrán reclamar sus herederos, supuesto que la trasmisión hereditaria no puede operar sobre aquello a que se ha renunciado. Otro tanto sucederá si el hijo ha renunciado al derecho de reclamar su estado; tal renuncia, nula por lo que se refiere al hijo en cuanto afecta a su derecho moral, es valible con relación a los herederos, en atención a que para éstos, la acción de reclamación de estado tiene el carácter de derecho pecuniario (1).

259. ¿Cuáles son las condiciones que deben llenar los herederos del hijo para entablar la acción de reclamación de estado? Desde luego es necesario que el hijo haya muerto; correspondiéndoles a aquellos el derecho de reclamar el estado, en virtud del principio de la trasmisión hereditaria, es claro que no pueden ejercerlo más que a la muerte del hijo.

260. Muerto el hijo, pueden presentarse dos casos: o que aquel haya muerto, sin haber reclamado su estado, o que su muerte haya acaecido después de intentada la acción.

261. En el primer caso, los herederos podrán proponer

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núms. 300 y 301; Laurent, ob. cit. t. III. núms. 469 y 470; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 588.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

la acción de reclamación, si el hijo murió antes de cumplir veinticinco años, o si cayó en demencia, antes de esa edad, y murió después en el mismo estado. *Los demás herederos del hijo*, dice el artículo 315, *podrán intentar la acción de que trata el artículo anterior:*

I. *Si el hijo ha muerto antes de cumplir veinticinco años;*

II. *Si el hijo cayó en demencia antes de cumplir los veinticinco años y murió después en el mismo estado.*

La ley presume que el hijo que ha muerto después de cumplir la edad de veinticinco años, sin haber entablado la acción de reclamación de estado, ha renunciado a su derecho, y de aquí que sus herederos carezcan, en tal caso, de facultades para entablar dicha acción. La presunción de que se trata no tiene aplicación cuando el hijo cayó en demencia antes de cumplir los veinticinco años y murió después en el mismo estado, porque no habiendo podido nunca aquel ejercitar sus derechos, no cabe suponer que haya renunciado a ellos. En consecuencia, debe considerarse expedito el derecho de los herederos para entablar la acción de reclamación.

Puede muy bien suceder que el hijo esté en la ignorancia de los derechos que le corresponden para reclamar su estado de hijo legítimo, en cuyo caso no puede inferirse de la circunstancia de que haya cumplido los veinticinco años, sin hacer aquella reclamación, que haya renunciado a sus derechos; la presunción de la ley carece de razón de ser; ¿podrán los herederos, en tal caso, promover la acción de reclamación? Seguramente que no: la ley no distingue las causas por las cuales el hijo no haya reclamado su estado; la presunción de renuncia que establece no admite prueba en contrario; bastará, pues, la demostración de que el hijo murió después de los veinticinco años de edad, sin recla-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

mar su estado, para que sus herederos carezcan de facultades para reclamarlo (1).

Si la simple renuncia tácita que la ley presume en el hijo, cuando muere después de cumplir la edad de veinticinco años, sin hacer reclamación ninguna de su estado de hijo legítimo, es bastante para quitarles a los herederos el derecho de reclamar, con mayor razón lo será, aunque la ley no lo diga, la renuncia formal y expresa que aquel hiciera, pues, como antes vimos, esta renuncia, nula en lo que concierne al estado del hijo, considerado como derecho moral, es válida con relación a los herederos, por ser la acción, en manos de éstos, un derecho meramente pecuniario (2).

262. Cuando el hijo muere después de haber intentado la acción de reclamación, los herederos pueden continuarla, a menos de que aquel se haya desistido formalmente de ella, o que haya dejado pasar el plazo de un año desde la última diligencia, sin haber promovido el juicio, en cuyo caso se presume el desistimiento. *Los herederos*, dice el artículo 316, *podrán continuar la acción intentada por el hijo, a no ser que éste hubiere desistido formalmente de ella, o nada hubiere promovido judicialmente durante un año, contado desde la última diligencia.*

En los dos casos mencionados en el artículo anterior, la acción no pasa a los herederos por no encontrarse ya, en virtud del desistimiento expreso o tácito hecho por el hijo, en el patrimonio de éste.

263. la palabra *herederos*, que emplea la ley en el artículo 316, debe entenderse en su sentido más lato: comprende a toda persona, sea pariente o no, que suceda a los derechos

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 544 bis; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 294; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 465.

(2) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 585.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

del difunto. La acción de reclamación de estado en manos de los herederos es, como antes dijimos, un derecho pecuniario; en consecuencia, su ejercicio está sometido a las reglas que norman esta clase de derechos; de aquí resulta que dicha acción, que en manos del hijo, es imprescriptible, para los herederos está sujeta a prescripción, si no la ejercitan dentro de determinado plazo (1).

264. ¿Los acreedores, legatarios y donatarios del hijo tienen derecho de intentar una demanda de reclamación de estado? Es de principio que los acreedores pueden ejercitar las acciones que competen a su deudor, siempre que no se trate de aquellas que son meramente personales; en vida del hijo, la acción de reclamación de estado tiene este último carácter; pero a su muerte, se convierte en un derecho esencialmente pecuniario que, por los mismo que es trasmisible a los herederos, puede ser ejercitado por los acreedores, legatarios y donatarios. De conformidad con estos principios, el artículo 318 establece que *los acreedores, legatarios y donatarios tendrán los mismos derechos que a los herederos conceden los artículos 315 a 317, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles.*

El artículo mencionado equipara los acreedores, legatarios y donatarios del hijo a los herederos; de aquí resulta que aquelllos tan sólo podrán reclamar el estado de su deudor, a la muerte de éste.

265. Los herederos del hijo no sólo tienen el derecho de reclamar su estado, sino que tienen también el de defenderlo, cuando es atacado. *También podrán* dice el artículo 316, *contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condición de hijo legítimo.* La razón es obvia; si pueden re-

(1) Demolombe ob. cit. t, V. núm. 299; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 469.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

clamar el estado, con mayor razón deben poder defenderlo, en caso de que sea disputado.

266. ¿En qué plazo prescribe la acción de los herederos para reclamar el estado del hijo? El artículo 319 da respuesta a esta pregunta, diciendo que *las acciones de que hablan los artículos 315 a 318, prescriben a los cuatro años contados desde el fallecimiento del hijo.*

Entre los artículos a que se refiere el que acabamos de transcribir, se encuentra el 317, que trata del derecho que tienen los herederos para *contestar* toda demanda que tenga par objeto disputarle al hijo su estado. Este derecho, en el terreno de los principios, es imprescriptible, pues las excepciones siempre lo son. Pero dado el texto expreso del artículo 319, si la acción, atacando el estado del hijo, se promueve después de cuatro años de su muerte, sus herederos no podrán defender dicho estado. Francamente no nos explicamos esta derogación a los principios generales que dominan en materia de prescripción y no podemos menos de atribuirla a una ligereza del legislador mexicano; sea lo que fuere, el texto es bien claro, y si el caso que hemos señalado llegara a presentarse, los jueces no podrían hacer otra cosa, que rechazar la defensa de los herederos, haciendo aplicación del artículo 319.

267. ¿Qué efectos produce la sentencia dictada con motivo de una reclamación de estado? ¿es oponible a las personas que no han intervenido en el juicio, por tratarse de una cuestión de estado? Es regla general que los juicios no producen efecto, más que entre las personas que intervienen en ellos; para que esta regla debiera considerarse derogada en la materia de que se trata, preciso sería un texto expreso que sancionara la derogación; ahora bien, dicho texto no existe por lo que hace a la acción de reclamación de estado; en consecuencia, debe recibir aplicación la

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

regla general. Verdad es que, por lo que toca a la acción de desconocimiento, no obstante que no existe un texto que establezca una excepción a aquella regla, admiten todos los autores, y con ellos la jurisprudencia, que la sentencia pronunciada en el juicio respectivo produce efectos respecto de toda la familia; pero esto es en virtud de que el esposo es la única persona que puede ejercitar aquella acción; pero tratándose de la de reclamación de estado, el caso es distinto, pues, como en otra parte lo dijimos, cualquier interesado puede contradecir dicha acción; no hay, pues, razón ninguna para oponer la sentencia a personas que tienen la facultad de atacar el estado del hijo y que no han intervenido en el juicio; los efectos de dicha sentencia, por fuerza, tienen que ser relativos (1).

De conformidad con los anteriores principios, hay que decidir que si la acción de reclamación se entabla sólo en contra de la madre, no produce efectos respecto del padre; si se entabla sólo en contra del padre, no los produce respecto de la madre y si se entabla en contra de ambos, no los produce respecto de los demás miembros de la familia (2).

Esto no obsta para que la sentencia pronunciada en contra o a favor del padre o de la madre, sea oponible a los herederos de uno, ú otro, supuesto que, como tales herederos, han sido representados por aquellos en el juicio (3).

De lo anterior resulta que si el juicio ha tenido lugar con el padre y la madre, produce autoridad de cosa juzga-

(1) Baudry Lacantierine, ob. cit. t. IV. núm. 603.

(2) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 314; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 489.

(3) Laurent. ob. cit. t. III. núm. 490; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 602.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

da en contra de los hijos de ambos; pero tan sólo en lo que se refiere a los derechos trasmisibles por herencia, pues con relación a estos derechos, cabe decir que los hijos fueron representados por sus padres en el juicio; pero los hijos, además de ser herederos, son miembros de la familia a la cual pertenecen por su nacimiento, y como tales, tienen derechos propios, independientes de la herencia de los padres, como son el de llevar el apellido de familia o el de prohibir que lo lleve otro que no pertenezca a la familia; con relación a estos derechos, los padres no representan al hijo, ni éste puede considerarse como sucesor de aquellos; en consecuencia, respecto de tales derechos, la sentencia no produce autoridad ninguna en contra de los hijos. Si, pues, en un juicio seguido con los padres, un individuo ha sido reconocido como hijo legítimo, los hijos de aquellos no pueden impugnar el estado del declarado legítimo por la sentencia pronunciada, para privarlo de la sucesión de sus padres; pero sí pueden hacerlo para impedir que use el nombre de familia y para privarlo de las sucesiones que viniesen a abrirse después de la muerte de los padres (1).

Núm 2. De la acción de denegación de estado

268. La acción de denegación de estado, según vimos en el núm. 193 de este tomo, es la que tiene por objeto atacar directamente la maternidad, sea probando contra el parto de la madre, sea contra la identidad del sér nacido de dicho parto, con el individuo que pretende la filiación. Por medio de esta acción, el demandante pretende probar que el individuo que invoca una acta de nacimiento para probar su es-

(1) Laurent, ob. cit. t. III. núm. 490.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

tado, no es el mismo a que el acta se refiere, o que no hubo el nacimiento de que trata el acta, o que es inoperante, para la prueba de la filiación, la posesión de estado que se invoca.

De acuerdo con lo anterior, para que prospere la acción de denegación de estado, es preciso que el hijo contra quien se promueva, esté en posesión de su estado, ya sea que invoque, como prueba de su filiación, un título, o bien, el goce de la posesión de estado de hijo legítimo, pues si no tiene ni una, ni otra cosa, es claro que no tendrá ningún estado, y sería absurdo tratar de denegar aquello que no existe (1).

269. La acción de denegación de estado puede ser intentada por cualquiera que tenga interés en atacar el estado del hijo; la ley no restringe su ejercicio; el interés que debe servir de fundamento a la acción puede ser un interés pecuniario, siempre que se pueda considerar nacido y actual, o bien, un interés moral, como sucedería en el caso en que se atacara el estado, con el objeto de evitar que el individuo que ostenta determinada filiación haga uso del apellido de la familia (2).

270. La referida acción, como quiera que entraña una cuestión de estado, está sujeta a los principios generales que rigen en materia de estado; en consecuencia, es inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Esto no obsta, sin embargo, para que los derechos pecuniarios que derivan del estado sean alienables, prescriptibles y renunciables, toda vez que estos derechos, a diferencia de lo que pasa con el estado promiamente tal, sí están en el comercio (3).

271. ¿Qué efectos produce respecto a terceros la sen-

(1) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 607.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 544 bis; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 483.

(3) Demolombe, ob. cit. t. V. núms. 330 y 331; Laurent, ob. cit. t. III. núm. 485; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 608.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

tencia pronunciada en un juicio de denegación de estado? Como en el caso de la acción de reclamación de estado, y por las razones antes expuestas, dicha sentencia produce efectos solamente entre las personas que intervienen en el litigio.

272. En otra parte dijimos que la legitimidad es para el que la posée un derecho que sólo puede perder en virtud de una sentencia. Consecuencia de este principio son los artículos 321 y 323 que expresan: que *la posesión de la filiación legítima no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada en juicio ordinario, que admitirá los recursos que den las leyes en los juicios de mayor interés;* y que *si el que está en posesión de los derechos de padre o hijo legítimo, fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio sin que preceda sentencia por la que deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes, para que se le ampare o restituya en la posesión.*

273. Pero así como el estado no puede perderse más que por sentencia ejecutoriada, así no puede adquirirse más que por los medios establecidos por la ley. *La posesión de la filiación legítima*, dice el artículo 322, *no puede adquirirse por el que no la tiene, sino con arreglo a las prescripciones del artículo 312.* La razón de este principio radica en la consideración de que todo lo que afecta al estado es de orden público, estando, por lo mismo, muy por encima de la voluntad privada de los hombres.

274. Como en el caso de la acción de reclamación de estado, el artículo 320 establece que *siempre que la presunsión de legitimidad del hijo fuere impugnada en juicio, durante su menor edad, el juez nombrará un tutor interino que le defienda. En dicho juicio será oída la madre.* Lo que dijimos al comentar, en el número 219, el artículo 302, es aplicable a la presente materia.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

CAPITULO TERCERO

DE LA LEGITIMACION

PRINCIPIOS GENERALES

275. La legitimidad es, como hemos dicho, obra del matrimonio, y tiene lugar respecto de los hijos concebidos, o cuando menos, nacidos, durante el matrimonio; en el rigor de los principios, sólo los hijos concebidos o nacidos durante el matrimonio son legítimos; pero por un favor a la legitimidad, la ley concede los beneficios de ésta a los hijos concebidos fuera de matrimonio, si sus padres se casan posteriormente a su concepción, o a su nacimiento. Estos hijos, así elevados al rango de legítimos, se llaman hijos *legitimados*. En realidad, la condición de los hijos legitimados en nada varía de la de los hijos legítimos, una vez que se opera la legitimación; desde ese momento gozan de todos y cada uno de los beneficios de la legitimidad; pero tan sólo desde ese momento; antes son hijos naturales; los efectos de la legitimación no retrogradan a la época de la concepción: obra del subsecuente matrimonio de los padres, nacen con este matrimonio; de aquí se deriva esta consecuencia importante: que si una sucesión se abre antes del matrimonio que opera la legitimación y concurren en ella hijos legítimos con legitimados, estos últimos no pueden invocar, en la sucesión abierta, más derechos que los que les proporciona su carácter de hijos naturales.

Nuestro Código consagra expresamente los anteriores principios, al establecer en su artículo 332 que *los hijos legitimados tienen los mismos derechos que los hijos legítimos*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

y los adquieren desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento sea posterior.

276. ¿La legitimación es una ficción o una realidad? Se sostiene generalmente lo primero. «Nuestras leyes presumen, dice Portalis, que el padre y la madre que se casan después de haber vivido en un comercio ilícito, han tenido siempre la intención de casarse; suponen que el matrimonio ha sido contraído, al menos, por voto y deseo, desde la época del nacimiento de los hijos, y por una ficción equitativa, dan un efecto retroactivo al matrimonio» (1) Con Ricci, opinamos que esta teoría no es exacta; «No puede admitirse, dice dicho autor, una ficción o presunción legal que no resulte del texto mismo de la ley; ahora bien, a nuestro modo de ver, la intención del legislador está muy lejos de crear una ficción..... la legitimidad no es sino una subsanación de la condición anterior de los hijos naturales. Esto demuestra que antes de la legitimación, los hijos naturales tienen un estado, el cual se hace distinto y se mejora después de haber sido legitimados. No es posible, pues, concebir una ficción tratándose de legitimación. Todo en ella es real: el estado de hijo natural anterior a la misma y la conversión de dicho estado en estado de hijo legítimo. El mismo artículo 194 revela este concepto cuando dice que la legitimación atribuye la cualidad de hijo legítimo al nacido fuera de matrimonio. El estado, pues, de libertad anterior de los que después llegan a ser cónyuges no se cancela, y como no desaparece, tampoco desaparece el estado de hijos naturales de aquellos que después llegaron a ser hijos legitimados» (2).

(1) Portalis. Discours préliminaire, núm. 63 (Locré, t. 1º pág. 173); Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 164.

(2) Ricci, ob. cit. t. III. núm. 116.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

277. La legitimación no depende, ni de la volunted de los padres, ni de la de los hijos; es obra de la ley. Verificándose el reconocimiento y el matrimonio de los padres, la legitimación se opera de pleno derecho, sin que sea necesario que expresen su voluntad de legitimar al hijo; más aún, sin que les sea dado oponer una voluntad contraria. Los padres son libres de reconocer o no a sus hijos; son libres de contraer matrimonio; pero una vez llenadas estas condiciones, la legitimación tiene lugar por la fuerza misma de la ley. La misma voluntad contraria del hijo es inoperante para impedir los efectos de la legitimación (1).

278. Pero si la legitimación no puede ser atacada por el hijo, nada impide el que sí pueda serlo el reconocimiento en que se funda, y aun el mismo matrimonio de los padres. De este modo, el hijo puede contradecir el estado que le da la legitimación, demostrando la ilegalidad de su reconocimiento o del matrimonio celebrado.

I

CONDICIONES DE LA LEGITIMACION

279. Dos condiciones son necesarias para que se opere la legitimación: el matrimonio de los padres y el reconocimiento del hijo.

280. La primera condición está formulada por el artículo 326 que dice: *el único medio de legitimación es el subsiguiente matrimonio de los padres: y éste produce sus efectos aunque entre él y el nacimiento de los hijos haya habido otro matrimonio.*

(1) Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 165; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núms. 738 y 739.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Antiguamente se admitía que la legitimación podía tener lugar por el subsiguiente matrimonio de los padres o por rescripto del príncipe; el derecho moderno, poniéndose en el terreno de los verdaderos principios, no admite otro medio de legitimación, que el que resulta del matrimonio.

Pero para que la legitimación tenga lugar, es preciso que el matrimonio celebrado sea regular; sin embargo, el matrimonio nulo, si ha habido buena fé de parte de uno o de ambos cónyuges, produce también el efecto de legitimar a los hijos, en virtud de los principios que dominan en materia de matrimonios putativos. El artículo 327 consagra estos principios, diciendo que *el subsiguiente matrimonio de los padres legitima a los hijos, aunque sea declarado nulo, si uno de los cónyuges por lo menos tuvo buena fe al tiempo de celebrarlo.*

281. ¿La existencia de un matrimonio intermediario entre la concepción o nacimiento del hijo y el nuevo matrimonio que opera la legitimrción, es un obstáculo para ésta? La parte final del artículo 326 resuelve esta duda, estableciendo que el matrimonio produce la legitimación *aunque entre él y el nacimiento del hijo haya habido otro matrimonio.* Era superfluo, en nuestro concepto, consignar esto. Si el matrimonio opera la legitimación de los hijos habidos con anterioridad, es natural que este efecto se produzca, aun cuando hubiere habido un matrimonio intermedio; este matrimonio no puede destruir la condición de los hijos nacidos de uno de los esposos, con anterioridad, ni puede tener influencia en los efectos de un matrimonio posterior, y siendo esto así, nada más natural que este último matrimonio produzca el efecto de legitimar a los hijos tenidos con anterioridad.

282. Para que la legitimación se verifique, no basta que

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

los padres se casen; es preciso también que reconozcan a sus hijos; el reconocimiento es la prueba de la filiación; el hijo natural, no reconocido, carece propiamente de padres; no tiene filiación establecida; malamente podría, pues, considerársele como hijo legitimado de unos padres, de que legalmente carece. El artículo 329 sanciona expresamente estos principios, estableciendo, que *para legitimar a un hijo natural, los padres deben reconocerle expresamente antes de la celebración del matrimonio, o en el acto mismo de celebrarlo, o durante él; haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente.*

283. Como se desprende de la lectura de este artículo, la fecha en que el reconocimiento se haga en nada afecta a la validez de la legitimación: puede ser anterior, concomitante o posterior a la celebración del matrimonio. En algunas legislaciones, como en la francesa, se requiere que el reconocimiento del hijo se haga antes del matrimonio o en el acto mismo de su celebración; al reconocimiento hecho posteriormente no se le da valor ninguno, en cuanto a sus efectos de producir la legitimidad de los hijos, porque se teme el fraude que dos esposos podrían cometer, reconociendo a un hijo que en realidad no sea de ellos; pero el legislador mexicano, mostrándose enteramente liberal a la legitimación, no ha tenido estos escrúpulos y ha admitido, como antes lo dijimos, que aun el reconocimiento posterior produzca el efecto de legitimar al hijo. Esta doctrina nos parece muy acertada, pues el simple temor de que se cometa un fraude no debe bastar, en nuestro concepto, para quitar los beneficios de la legitimación a los hijos reconocidos posteriormente al matrimonio, que, en realidad, se encuentran en las mismas condiciones jurídicas que los reconocidos con anterioridad; el temor de que se pueda cometer un fraude es tanto menos atendible, cuanto que el reconoci-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

miento está rodeado de formalidades especiales, y en último resultado, deja expeditos los derechos de cualquier interesado para contradecirlo.

284. Lo más a menudo, el reconocimiento a favor del hijo proviene de ambos padres, que, como expresa la parte final del artículo 329, pueden hacerlo junta o separadamente; pero como quiera que lo que la ley busca para que la legitimación se opere, es que la filiación esté indubitablemente establecida, basta para este fin, el reconocimiento hecho tan sólo por el padre, si en el acta de nrcimiento consta el nombre de la madre, o bien, el reconocimiento tan sólo de la madre, con la enunciación, en el acta de nacimiento, del nombre del padre. Así se infiere de la lectura de los artículos 330 y 331 que dicen: *Si el hijo fuere reconocido por el padre antes del matrimonio, y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita el reconocimiento expreso de ésta para que la legitimación surta sus efectos legales por el subsiguiente matrimonio. Tampoco se necesita el reconocimiento del padre si se expresó el nombre de éste en el acta de nacimiento.*

285. Siendo el reconocimiento una condición de la legimidad, es evidente que para que ésta se opere, aquel haya sido hecho con todas las formalidades legales. A este respecto, conviene tener presente el artículo 350 que estudiaremos en el capítulo siguiente, que expresa: que *el hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor sin el de su tutor, si lo tiene, o de uno que el juez le nombrará especialmente para el caso.*

286. ¿Desde cuando produce sus efectos el reconocimiento verificado posteriormente a la celebración del matrimonio? El artículo 332 responde a esta pregunta, diciendo que *los hijos legitimados adquieren el derecho de hijos legítimos desde el día de la celebración del matrimonio, aunque el reconocimiento sea posterior.* La razón es sencilla; el reconocimiento

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

no constituye la filiación, sino la prueba de ella; el hijo natural adquiere sus derechos de tal, desde que nace; el reconocimiento no hace otra cosa que probar que tiene esos derechos; lógico, es, pues, que sus efectos retrograden a la época del nacimiento; en consecuencia, cuando el reconocimiento ha tenido lugar después del matrimonio, se supone que cuando el matrimonio se verificó, el hijo estaba ya reconocido; desde entonces, pues, debe surtir sus efectos la legitimación.

287. ¿Es necesario, para los efectos de la legitimación, que el reconocimiento sea obra de la espontanea voluntad de los padres? ¿el reconocimiento forzado o judicial no produce los mismos efectos? Seguramente que sí; la ley no distingue entre ambos géneros de reconocimiento; lo único que el legislador quiere es que la filiación natural del hijo sea establecida legalmente con relación a sus padres; estándolo, ya sea por medio del reconocimiento voluntario, ya lo sea por medio del judicial, basta que los padres se casen para que la filiación natural del hijo se convierta en legítima. Por lo demás, poco importa que el reconocimiento judicial sea anterior o posterior a la celebración del matrimonio; los mismos motivos que han servido al legislador mexicano para admitir el reconocimiento voluntario posterior, tienen aplicación cuando ese reconocimiento es judicial (1).

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 362; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 171; Baudry Lacantinerie, ob. cit. IV. núm. 735.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

II

DE LOS HIJOS QUE PUEDEN SER LEGITIMADOS

288. *Sólo pueden ser legitimados los hijos naturales*, dice el artículo 325 y el 328 completa este principio, estableciendo que *son hijos naturales los concebidos fuera del matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa.*

289 Todas las legislaciones que admiten la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, conceden los beneficios de ésta a todos los hijos concebidos fuera de matrimonio, con excepción de los adulterinos o incestuosos, esto es, de aquellos hijos cuyos padres, en la época de la concepción, no podían casarse por existir entre ellos algún impedimento por razón de matrimonio preexistente o parentesco en grado prohibido por la ley.

Nada nos autoriza a pensar que haya sido otro el criterio seguido por el legislador mexicano en materia de legitimación; pero la fórmula de que se valió para expresar su concepto en el artículo 328, es de tal manera general, que puede ser el origen de muchas dificultades en la práctica. En efecto, el expresado artículo, en concordancia con el 325, dice que pueden ser legitimados los hijos nacidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa; para saber, pues, si un hijo nacido fuera de matrimonio es legitimable, hay que remontarse a la época de la concepción y ver si en esta época, existía o no, un impedimento entre los padres para casarse, y si ese impedimento, en caso de haberlo, era o no dispensable: si no existía ningún impedimento, o el que existía era susceptible de dispensa, el hijo puede ser

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

legitimado; si, por el contrario, existía un impedimento no dispensable, el hijo no puede ser legitimado. Ahora bien, el matrimonio preexistente y el parentesco en determinado grado, no son los únicos impedimentos que hay no dispensables para contraer matrimonio; existen otros, como la locura constante e incurable, a que se refiere la fracción VIII del artículo 159, que tampoco es dispensable; si, pues, la concepción del hijo tuvo lugar existiendo este impedimento, y los padres se casan posteriormente, el hijo no puede llegar a ser legitimado, pues en los términos de los artículos 325 y 328 sólo lo pueden ser los hijos cuyos padres, en la época de la concepción, podían casarse aunque fuera con dispensa, y en el caso de que se trata no podían casarse, ni con dispensa, por no ser dispensable el impedimento a que se refiere la fracción VIII mencionada. Podría objetársenos que el caso que ponemos no es realizable, porque consistiendo el impedimento que nos ha servido de ejemplo, en la locura de uno de los pretendientes al matrimonio, la que debe ser *constante e incurable*, y siendo perenne esta causa, hace imposible en todo tiempo el matrimonio de los padres; ahora bien, se nos dirá: no pudiendo haber matrimonio, no puede ser cuestión de legitimación. Que el matrimonio, que en las condiciones anteriores se celebrara, fuera nulo, es indiscutible; pero que no pueda celebrarse es falso, pues puede suceder que la locura de uno de lss esposos, aunque *constante* e *incurable*, no sea aparente, ni a los ojos del otro esposo, ni a los del Juez del estado civil, y en tal caso, la celebración del matrimonio es perfectamente posible. Ahora bien, si se ha celebrado el matrimonio y ha habido buena fe, cuando menos, de parte de uno de los cónyuges, este matrimonio, aunque nulo, produce todos sus efectos respecto de los hijos, entre los que hay que contar el de su legitimación, si nos atenemos a los principios

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

generales que en esta materia han adoptado todas las legislaciones; pero si queremos aplicar literalmente los artículos 325 y 328 de nuestro Código, habrá que decidir que los hijos nacidos no pueden ser legitimados. En atención a estas razones, seríamos de opinión que se modificara la redacción del artículo 328 en el sentido de hacerlo decir que son hijos naturales, para los efectos de la legitimación, los concebidos fuera de matrimonio, en tiempo que no existía entre el padre y la madre impedimento alguno para casarse por razón de matrimonio preexistente o de parentesco, no dispensable, en grado prohibido por la ley.

290. Como se deduce de la lectura del artículo 328, hay que atender al momento de la concepción, y no al del nacimiento, para saber si el hijo natural puede ser legitimado; es aquel momento, y no éste, el que hay que tener en cuenta para saber si entre los padres existía algún impedimento o no, para casarse; de aquí resulta que si posteriormente a la concepción, surge un impedimento para el matrimonio de los padres, el hijo podrá ser legitimado, no obstante este impedimento; pero, al contrario, si un impedimento, como el de matrimonio preexistente, existe en la época de la concepción, y posteriormente, por la viudez del padre impedido para casarse en aquella época, deja de existir aquel impedimento, el hijo no podrá ser legitimado, a pesar de que su nacimiento haya tenido lugar cuando sus progenitores se encontraban ya en la posibilidad de contraer matrimonio (1).

291. Dado el misterio que rodea la generación ¿cómo deberá procederse para determinar la época de la concep-

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 546; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 346; Laurent, ob. cit. t. IV, núm. 174; Huc, ob. cit. t. III. núm. 63.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ción del hijo? La mayoría de los autores y la jurisprudencia están conformes en que se apliquen al caso las presunciones establecidas por la ley en materia de hijos legítimos (1). La objeción que se hace a esta doctrina, consistente en decir que aquellas presunciones han sido establecidas para los hijos legítimos, y que es regla de derecho que las presunciones no deben extenderse de un caso a otro (2), no nos parece aceptable, pues, como dice Dalloz, la decisión que implica «está en oposición con el espíritu de la ley, que es, en general, de interpretar de la manera más favorable al hijo todas las dudas que las leyes de la naturaleza dejan cernerse sobre su origen» (3).

292. ¿La buena fe de uno de los padres en la época de la concepción ejerce alguna influencia en la legitimación? Supongamos que una mujer sostiene relaciones carnales con un hombre casado, ignorando que lo es, y que de estas relaciones nace un hijo. Si disuelto el matrimonio, ambos padres llegan a casarse ¿este matrimonio produce el efecto de legitimar al hijo? en otros términos, ¿la buena fe de la madre puede influir para que el hijo, a pesar de su procedencia adulterina, adquiera la legitimidad? Opinamos que no; los textos de los artículos 325 y 328 son terminantes: la legitimación sólo puede tener lugar respecto de los hijos naturales, y por tales se entienden aquellos cuyos padres, en la época de la concepción, podían casarse, aunque fuera con dispensa; dichos artículos no distinguen el caso en que haya habido buena fe de parte de uno de los padres en la época de la concepción, de aquel en donde no la haya habi-

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 546; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 351; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 730.

(2) Laurent, ob. cit, t. IV núm. 174

(3) Dalloz, ob. cit. palabras «paternité y filiation» núm. 456.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

do; basta, pues, que el hijo no sea natural, para que no le aprovechen los beneficios de la legitimación (1).

Pero ¿qué sucederá en el caso en que una mujer, con motivos fundados para creerse viuda, tiene un hijo de otro hombre, con el que después, llegando a ser en realidad viuda, contrae matrimonio? ¿Este matrimonio legitima al hijo? En nuestra opinión, este caso debe recibir la misma solución que el anterior; sin embargo, Dalloz defiende la opinión contraria, pues partiendo del principio de que la mujer, en el caso en cuestión, no ha cometido el delito de adulterio, porque ha faltado en el hecho la intención dolosa que debe caracterizar a todo delito, concluye de ahí que el hijo nacido no puede ser adulterino, y que no siéndolo, la legitimación es posible (2).

293. Cuando el hijo natural ha muerto antes del matrimonio de sus padres ¿puede ser legitimado? Si el hijo ha muerto sin dejar descendientes, no se explica el objeto que tendría la legitimación; pero sí se explica, si los ha dejado, pues en tal caso, la legitimación aprovecha propiamente a los descendientes. Por esto el artículo 333 establece que *pueden ser legitimados los hijos que, al tiempo de celebrarse el matrimonio, hayan fallecido, dejando descendientes.*

Por virtud de la legitimación del hijo natural, los descendientes suyos entran en la familia de sus padre; antes de la legitimación, no existía ninguna relación de parentesco entre aquel, sus descendientes y dicha familia, pues las relaciones del parentesco natural se limitan al padre y al hijo reconocido; verificada la legitimación, ésta les aprovecha a los descendientes del legitimado, los que entonces ya forman parte de la familia del padre. Sin embargo, para

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núms. 349 y 350.
(2) Dalloz, ob. cit. palabras «Paternité et Filiation» núm. 458.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que esto tenga lugar, es preciso que los descendientes del hijo natural sean legítimos o cuando menos, legitimados; si son naturales, la legitimación del padre en nada les aprovechará; a pesar de ella, seguirán siendo hijos naturales y por lo mismo, no podrán adquirir relaciones de parentesco con los ascendientes de su progenitor (1).

Por un argumento *a contrario* del artículo 333, se infiere que si el hijo natural, en la época del matrimonio de sus padres, ha muerto sin descendientes legítimos o legitimados, no puede ser objeto de ninguna legitimación (2).

294. ¿Pueden ser legitimados los hijos no nacidos al celebrarse el matrimonio de los padres? en otros términos, ¿cabe la legitimación respecto de hijos simplemente concebidos? La pregunta hace suponer que el nacimiento del hijo tiene lugar durante el matrimonio de los padres; ahora bien, si el hijo nace después de los ciento ochenta días a contar de ese matrimonio, es legítimo y no legitimado, de acuerdo con lo que establece el artículo 290 en su fracción I; y si nace antes de los ciento ochenta días, puede ocurrir una de dos cosas: o que el marido desconoce al hijo, en los casos en que tiene derecho de hacerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 294, y entonces el hijo no puede ser, ni legítimo ni legitimado, o que no entabla la acción de desconocimiento, y en tal caso, el hijo es legítimo y no legitimado. Así pues, ya se trate de nacimiento anterior o posterior al plazo de ciento ochenta días, el hijo no nacido al celebrarse el matrimonio es siempre o legítimo o ilegítimo; pero nunca legitimado. Sin embargo, el legislador mexicano, inconsecuente con estos principios, que él mismo ha

(1) Láurent, ob. cit. t. IV. núm. 173; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1554.

(2) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 732.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

sancionado, establece el artículo 334 que *pueden ser legitimadss también los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta o que le reconoce si aquella estuviera encinta.*

Francamente no nos explicamos esta falta de congruencia entre los artículos 290 y 294 y el 334, pareciéndonos que ella es tanto más censurable, cuanto que puede dar lugar en la práctica a dificultades irresolubles: en efecto, supongamos el caso más favorable para las miras del legislador: un hijo nace antes de los ciento ochenta días a contar de la fecha del matrimonio; conforme a las presunciones de la ley, la concepción de este hijo tuvo lugar fuera de matrimonio; pues bien, ocurre preguntar: este hijo es legítimo o es legitimado. Si se le considera legítimo, no es necesario que el padre lo reconozca para que adquiera la legitimidad; basta con que no lo desconozca; si se le considera legitimado, será indispensable el reconocimiento; ahora bien, el hijo nacido en tales condiciones es, según el artículo 294, legítimo; y según el artículo 334, puede ser legitimado ¿cuál de estas dos disposiciones deberá aplicarse? el asunto reviste una gravedad capital, pues si el hijo no ha sido reconocido, y se aplica el artículo 334, su estado será el de hijo natural, en tanto que si se aplica el artículo 294, su estado será el de hijo legítimo; pero supongamos que el hijo haya sido reconocido ¿desde cuando adquiere los beneficios de la legitimidad? Si se le reputa legitimado, no adquirirá dichos beneficios, sino desde la fecha del matrimonio de sus padres, supuesto que la legitimación no obra retroactivamente: si se le reputa legítimo en virtud del artículo 294, aquellos beneficios los adquirirá desde su concepción ¿qué hacer en este conflicto? Pero no son estas todas las dificultades que pueden surgir: sabemos que el hijo legítimo tiene a su favor la presunción *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, la

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que no puede ser atacada más que por el padre y en los casos limitativamente enumerados por la ley; sabemos igualmente que la legitimación puede ser atacada por cualquier interesado conforme a los principios del derecho común; ahora bien, si se trata de atacar el estado del hijo, aun no nacido al celebrarse el matrimonio ¿qué reglas deberán aplicarse: las que rigen la legitimidad o las que gobiernan la legitimación? Cuestiones son todas estas que nunca podrán resolverse conforme a nuestro Código, dada la contradicción manifiesta que existe entre las disposiciones antes mencionadas; si alguna de las dificultades que hemos señalado llegara a presentarse en la práctica, muy embarazados se verían, de seguro, nuestros tribunales para darle una solución satisfactoria.

III

EFECTOS DE LA LEGITIMACION

295. En el número 275 de este tomo, dijimos que por virtud de la legitimación, los hijos naturales simples gozan de todos los beneficios que corresponden a los hijos legítimos: he aquí el principio efectivo de la legitimación: equiparamiento de los hijos legitimados con los legítimos; pero este equiparamiento no es absoluto, pues en tanto que los hijos legítimos gozan de la legitimidad desde el momento de su concepción, los legitimados no gozan de su legitimación, sino desde la fecha del matrimonio de sus padres. De aquí resulta la consecuencia siguiente: el hijo legitimado no tendrá ningún derecho a las sucesiones abiertas antes del matrimonio de sus padres (1).

(1) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 746.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

296. La legitimación produce efectos no sólo con respecto al hijo, sino también con respecto a sus descendientes. *La legitimación de un hijo*, dice el artículo 335, *aprovecha a su sdescendientes*. Si, pues, antes de la legitimación, el hijo natural tenía descendientes, éstos, que hasta entonces no formaban parte de la familia de sus padres, por virtud de la legitimación, entran en dicha familia; pero para que esto pueda ser, es preciso, como antes lo hicimos observar, que los descendientes del hijo natural sean legítimos o legitimados, pues si son naturales, su parentesco se limitará al padre, en virtud del principio tantas veces expresado, de que el parentesco natural no crea vínculos más que entre el hijo reconocido y el padre o padres que lo reconocieron.

CAPITULO CUARTO

DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES Y DE LA DESIGNACION DE LOS HIJOS ESPURIOS

PRINCIPIOS GENERALES

297. Hemos estudiado en capítulos anteriores la filiación que es obra del matrimonio de los padres; o sea, la filiación legítima. Vamos a ocuparnos en este capítulo de la filiación que no tiene su razón de ser en el matrimonio, sino en la naturaleza; por contraposición a aquella, se le llama filiación natural: es la que tienen los hijos nacidos de padres, que en la época de su concepción, no estaban unidos por el vínculo del matrimonio; esta filiación es el fruto de las relaciones ilícitas de los padres.

298. Principios muy distintos rigen la filiación legítima y la natural; para los hijos legítimos, la sola acta de

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

nacimiento es prueba bastante de su filiación; constando en esta acta los nombres de sus padres, tienen, por esto sólo, asegurados los derechos que son consecuencia de su estado; no así para los hijos naturales: para ellos, el acta de nacimiento, en sí misma, no quiere decir nada; su filiación no proviene del acta; es solamente el reconocimiento de los que los engendraron el que les asegura su filiación; este reconocimieuto es el título de su estado; si no son reconocidos, carecen propiamente de filiación; la ley los reputa hijos de padres desconocidos.

De que el reconocimiento es la única prueba de la filiación natural, resulta que tratándose de hijos naturales, no tiene caso la presunción *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, que la ley establece para probar la filiación paterna de los hijos legítimos: respecto a éstos, la paternidad es una consecuencia de la prueba de la maternidad; con relación a aquellos, la paternidad y maternidad son dos cosas enteramente independientes, desde el punto de vista de su prueba.

Por otra parte, los hijos naturales, si no son reconocidos por sus progenitores, no pueden, sino en casos excepcionales, investigar quienes son sus padres; y si su filiación es adulterina o incestuosa, están incapacitados para ser reconocidos

Desde el punto de vista de los derechos que tienen los hijos legítimos y los naturales, ya sabemos en qué grado de inferioridad coloca la ley a los segundos con relación a los primeros: la filiación legítima engendra relaciones de parentesco eutre el hijo y la familia de sus padres; la filiación natural crea solamente relaciones de parentesco entre el hijo y el padre o padres que lo hayan reconocido: el hijo natural es extraño a la familia de sus progenitores. Además, los derechos de carácter pecuniario que la ley concede a los hijos naturales son sumamente restringidos.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

299. Como es de notarse, la ley ve con un notable disfavor a los hijos que no son legítimos. ¿Cuál es la razón de este criterio? La razón no es otra que el principio moral de que el único fundamento de la familia es el matrimonio; se relajaría esta institución, se perturbaría la tranquilidad del hogar doméstico, dicen los legisladores, si la ley colocara, bajo el mismo pie de igualdad, a los hijos legítimos y a los que no lo son: de aquí el disfavor con que deben ser tratados estos últimos; pero este disfavor llega en ocasiones a la más alta de las injusticias; muy cierto es que el matrimonio es la base de la familia, fundamento a su vez de la sociedad; muy cierto es que en el interés de la sociedad está el que se proteja la institución del matrimonio; pero que esta protección llegue hasta el grado de desconocer los derechos que los hijos naturales tienen de la misma naturaleza, tan dignos de respeto como cualesquiera otros derechos, es cosa que ni el interés de la familia, ni el de la sociedad, pueden justificar. Para el hijo legítimo, todo; para el hijo natural, nada, o casi nada: tal es, en términos generales, el criterio que informa la legislación moderna sobre filiación; y sin embargo, biológicamente considerados, tan hijos son los hijos naturales como los legítimos; no los separa otra distinción que la que resulta de que los segundos proceden de una unión lícita, en tanto que los primeros son el fruto de un amor ilícito; pero ¿deben, por esto, ser menos dignos de las atenciones del legislador? ¿acaso tienen culpa alguna en su concepción? En buena hora que se trate de fomentar la institución del matrimonio; en buena hora que se dicten leyes protectoras de esta institución; pero que se haga recaer sobre los hijos nacidos de un amor desordenado la culpa de los padres que los engendraron, que se les condene a llevar una vida de penalidad por hechos, criminales o no, en los que absolutamente no tuvieron parte,

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que lleven en la frente el estigma de las locuras de sus padres, es cosa que la moral reprueba y que los principios de la justicia distributiva no consienten; ni una, ni otros justifican el excesivo rigor con que son tratados esos desgraciados hijos: en términos generales, como hemos visto, no pueden investigar su paternidad; su filiación está, pues, sujeta al arbitrio caprichoso de sus padres; engendrados lo mismo que cualquier otro hombre, sólo tienen la facultad de reclamar sus derechos en contra de sus engendradores, si éstos, obedeciendo al grito de su conciencia, los reconocen; si, duros sus corazones a este llamamiento, no los reconocen, carecen de todo derecho en su contra: la naturaleza, como dice un autor, les ha dado padres y la ley se los quita, no permitiéndoles reclamar su derecho, más que cuando sus progenitores lo quieren: nacidos para llenar los mismos fines, para que han sido creados todos los hombres, no se les proporcionan los elementos para cumplirlos, y así, educados en el más completo abandono, entregados a sus propias fuerzas, llegan a su mayor edad, en la mayoría de los casos, a engrosar el personal de las cárceles y prisiones.

Pero donde despliegan todo su rigor los legisladores es cuando los hijos naturales proceden de una unión adulterina o incestuosa, pues ni siquiera les permiten ser reconocidos por sus padres; los hijos adulterinos o incestuosos son, para el legislador, hijos malditos; apenas si se les reconoce el derecho de vivir; apenas si se les permite respirar el aire que respiran todos los hombres. La severidad de las leyes para estos pobres seres que ninguna culpa tuvieron en el crimen de sus padres, es indecible, no tiene límites. Esto es injusto; más aún, es inhumano, y tiempo es ya de que los legisladores, siguiendo la evolución general de las ideas, modifiquen su criterio, extirpando de los códigos

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

estas repugnantes injusticias que, disculpables en otros tiempos de atraso, no lo son, por manera alguna, en el siglo en que vivimos.

SECCION 1ª

DE LAS PRUEBAS DE LA FILIACION NATURAL

300. La filiación legítima, hemos visto, se prueba por el acta de nacimiento, y en casos excepcionales, por la posesión constante de estado de hijo legítimo o por los medios ordinarios de prueba, que establece el derecho común (artículos 308 y 312). La filiación natural, lo acabamos de decir, se prueba solamente por el reconocimiento de los padres, el que puede ser voluntario o forzoso. Estudiaremos por separado, estas dos especies de reconocimiento.

I

DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

301. El reconocimiento voluntario es la declaración emanada del padre o de la madre, por virtud de la cual confiesan ser los progenitores del hijo. El acta de reconocimento es el título que acredita la filiación natural del hijo.

302. Por razón de método, estudiaremos en números distintos: 1º, qué hijos pueden ser reconocidos; 2º quiénes pueden reconocer; 3º, en qué forma se ha de hacer el reconocimiento; 4º, qué efectos produce el reconocimiento y 5º, por qué personas y por qué causas puede atacarse.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Núm. 1. De los hijos que pueden ser reconocidos

303. De la lectura de los diversos artículos de nuestro Código, que se ocupan del reconocimiento, se infiere que sólo pueden ser objeto de él, los hijos naturales, o lo que es lo mismo, los concebidos fuera de matrimonio en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa; según esta definición, están excluídos del derecho de ser reconocidos los hijos adulterinos y los incestuosos. Por razones de moralidad, la ley no permite que el adulterio o el incesto puedan ser el fundamento de una filiación.

De acuerdo con lo anterior, para saber si un hijo puede ser reconocido, hay que atender a la época de su concepción; si en esta época, los padres, o alguno de ellos, estaban ligados por vínculos matrimoniales preexistentes, o eran parientes en grado prohibido por la ley, no dispensable, el hijo no puede ser reconocido y si no obstante esta prohibición, el reconocimiento tiene lugar, debe considerarse como nulo.

La dificultad está en saber cuando puede considerarse probada la fiiliación adulterina o incestuosa del hijo. Vamos a estudiar este punto, refiriéndonos sucesivamente a los hijos adulterinos y a los incestuosos.

A). *Filiación adulterina*

304. Son hijos adulterinos los nacidos de padres, de los que, por lo menos, uno de ellos, hubiese estado ligado por vínculos matrimoniales a otra persona, en la época de la concepción. No hay que distinguir entre si es el padre o si es la madre, el que estaba ligado por dichos vínculos; el

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

adulterio existe desde el momento en que una persona casada falta a sus deberes conyugales, sosteniendo relaciones amorosas con otra persona; si de estas relaciones nace un hijo, su filiación es adulterina.

Por otra parte, siendo tanto el padre casado, como el que no lo es, responsables del adulterio, uno como autor y el otro como cómplice, la filiación adulterina del hijo existe con relación a ambos; por lo tanto, ninguno de ellos puede reconocer al hijo.

305. Pero para que un hijo, a los ojos de la ley, pueda reputarse adulterino, es preciso que la filiación que acusa este carácter, esté debidamente comprobada, y como en términos generales, la investigación de la paternidad y maternidad está prohibida, no podrá considerarse comprobada la filiación adulterina del hijo, sino cuando su comprobación resulte del mismo acto del reconocimiento. De aquí que, si un hijo, producto de las relaciones de un hombre casado y de una mujer libre, es reconocido solamente por la madre, el reconocimiento es válido, porque, aunque el hijo en realidad es adulterino, aparentemente es un hijo natural simple, sin que puedan rendirse pruebas respecto a su verdadera filiación, en virtud del principio que prohibe la investigación de la paternidad.

La aplicación de estos principios da lugar a cuestiones delicadas que vamos a estudiar, examinando los divesos casos que pueden presentarse.

306. Primer caso. El hijo nacido de dos padres, respectivamente casados con otras personas, es reconocido por sus dos progenitores, sin expresar que son casados. El reconocimiento es a todas luces nulo, porque de las mismas declaraciones de los padres aparece comprobada la filiación adulterina de aquel.

Poco importa, para el efecto, que el reconocimiento se

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

haya hecho en un mismo acto, o en actos distintos; de todos modos, queda demostrado, por las declaraciones de los padres, acompañadas de su actas matrimoniales, que el hijo es fruto del adulterio; por lo tanto, el reconocimiento hecho cae dentro de la prohibición de la ley.

307. Segundo caso. El hijo nacido de dos personas, de la que una era libre para casarse en la época de la concepción, es reconocido por sus dos progenitores. Pueden presentarse dos hipótesis: que el reconocimiento se haya hecho en un mismo acto o que haya tenido lugar en actos distintos.

Si se ha hecho en un mismo acto, el reconocimiento es evidentemente nulo, aun con relación al padre libre, porque de las declarciones rendidas, resulta demostrada la filiación adulterina del hijo. Todos los doctrinistas están conformes en esto (1): pero donde surjen las discusiones es en la segunda hipótesis, esto es, cuando el reconocimiento se ha practicado en actos separados.

La mayoría de los doctrinistas sostienen que en tal hipótesis, el reconocimiento es válido con relación al padre libre, pues tratándose de dos actos distintos, deben considerarse aisladamente, y así considerados, el hecho por el padre libre, debe reputarse válido, sin que pueda invalidarlo el hecho por el padre no libre, toda vez que es principio de derecho que lo que es válido no puede ser viciado por lo que es nulo: *utile per inutile non viliatur*, dice el principio invocado (2). Pero otros tratadistas, entre ellos Laurent, sostienen la negativa, alegando que de la combinación de los

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 572; Demolombe ob. cit. t, V. núm. 574; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 145.

(2) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 577; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 632; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1484.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

dos reconocimientos resulta comprobada la filiación adulterina del hijo, que lo hace incapaz para ser reconocido. Poco importa, para el caso, que el reconocimiento por ejemplo, de la madre, libre para casarse en la época de la concepción, haya sido anterior al reconocimiento del padre casado en dicha época; «el reconocimiento de la madre, dice Laurent, era válido; es verdad; pero ¿por qué? porque se ignoraba el vicio de adulterio; este vicio es afirmado por el reconocimiento del padre; aunque nula, la confesión de paternidad subsiste; está, pues, probado que la madre ha reconocido a un hijo, del que un hombre casado se ha declarado padre; esto es, que ha reconocido a un hijo adulterino» (1).

¿Cuál de estas dos teorías es la aceptable en nuestro derecho? No obstante que la opinión de Laurent nos parece más jurídica en el terreno de los principios, creemos que en el derecho patrio debe tener aplicación la teoría contraria, en atención a que el artículo 78 del Código civil prescribe, terminantemente, que nunca podrá sentarse en el acta de nacimiento, el nombre del padre o madre casado, y que en caso de hacerlo, el asiento debe considerarse como si no existiese; siendo así, cabe concluir que el reconocimiento hecho por el padre o madre casado no puede tener eficacia ninguna, respecto a la validez del hecho por el padre o la madre libre en la época de la concepción.

308. Tercer caso. El hijo nacido de dos personas, de las que una de ellas era libre para casarse en la época de la concepción, es reconocido por el padre libre, con indicación, en el acta, del otro padre. Para la mayoría de los tratadistas, el reconocimiento, así practicado, es nulo, porque resultando de la misma declaración del padre que reconoce,

(1) Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 146.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

la filiación adulterina del hijo, su reconocimiento cae dentro de la prohibición legal (1). En nuestro derecho, creemos que no es así: el artículo 341 prohibe terminantemente que el padre que reconozca a un hijo designe el nombre de la persona con quien lo tuvo, y en caso de hacerlo, manda que las palabras que contengan la revelación se texten de tal modo, que queden ilegibles; dada la redacción de este artículo, es lógico pensar que en el espíritu del legislador mexicano estuvo el no dar valor de ningún género a la declaración que haga el que reconoce a un hijo, respecto de quien es su otro padre; en consecuencia, teniendo en consideración dicho precepto, debe resolverse que en la hipótesis presentada, el reconocimiento del padre libre es perfectamente válido.

309. Cuarto caso. El hijo del que uno de sus padres era libre para contraer matrimonio en la época de la concepción, es reconocido por éste: pero de otros documentos auténticos, aparece comprobada su filiación adulterina. Este caso ocurrirá en la hipótesis de que el esposo de la mujer que ha tenido al hijo, intente una demanda de desconocimiento del hijo reconocido por el verdadero padre y obtenga sentencia favorable. Esta sentencia prueba la filiación adulterina del hijo, siendo consecuencia de tal prueba la ilegalidad del reconocimiento hecho, el que no podrá surtir efectos de ninguna clase; a este fin, bastará probar que hay identidad entre hijo desconocido por el esposo y el reconocido por el padre.

(1) Aubry et. Rau, ob. cit. t. VI. § 572; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 575; Laurent, ob. cit. t. IV, núm. 143; Baudry Lacantinerie, ob. t. t. IV. núm. 632; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1484.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

B). *Filiación incestuosa*

310. Son hijos incestuosos aquellos cuyos padres, en la época de la concepción, no podían contraer matrimonio, por ser parientes en grado no dispensable, prohibido por la ley.

El criterio para saber cuando el hijo debe ser reputado incestuoso es el mismo que rige para la filiación adulterina: si del acta de reconocimiento aparece comprobado el carácter incestuoso del hijo, su reconocimiento es nulo; en el caso contrario, es válido, por más que en realidad el hijo sea incestuoso. Con este criterio vamos a examinar los diversos casos que pueden presentarse.

311. Primer caso. El hijo nacido de dos personas ligadas por vínculos de parentesco no dispensable, en la época de la concepción, es reconocido por una de ellas. El reconocimiento es válido, porque atento el principio prohibitivo de la investigación de la paternidad y maternidad, no puede rendirse prueba ninguna sobre quien es el otro padre del hijo; éste es, pues, para los ojos de la ley, un hijo natural simple; el reconocimiento otorgado a su favor es, por lo tanto, válido.

La solución es la misma en nuestro derecho, dada la prescripción del artículo 341, cuando el padre que reconoce enuncia en el acta el nombre del otro padre. Debiendo esta enunciación testarse de modo que quede ilegible, claro es que nada puede probar en contra del reconocimiento hecho (1).

(1) *En el Derecho francés se enseña la opinión contraria. Vease:* Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 148; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV núm. 633.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

312. Segundo caso. El hijo nacido de dos personas que, en la época de su concepción, estaban unidas por vínculos de parentesco, es reconocido por ambos padres. Como en el caso del adulterio, pueden presentarse dos hipótesis: que el reconocimiento se haya hecho en un mismo acto o que haya tenido lugar en actos distintos.

En la primera hipótesis, el reconocimiento es evidentemente nulo; comprobada la filiación incestuosa del hijo por las mismas declaraciones de sus progenitores, su reconocimiento queda sujeto al principio que prohibe que los hijos incestuosos sean reconocidos (1).

En la segunda hipótesis, el punto es muy controvertido; si se consideran aisladamente ambos reconocimientos, los dos son válidos, supuesto que ninguno de ellos, por sí sólo, revela el carácter incestuoso del hijo; pero como de su concurso sí resulta comprobado ese carácter, es imposible atribuir eficacia a la vez a los dos; y entonces, ocurre preguntar: ¿cuál es la suerte de esos dos reconocimientos? ¿ambos son nulos? ¿uno de ellos es válido? ¿cuál deberá considerarse que lo es?.

Existen a este respecto diversas teorías, que vamos a examinar: según una opinión, debiendo considerarse válido uno sólo de los reconocimientos hechos, y teniendo que dar la preferencia a uno de ellos, ésta debe ser en favor del hecho por la madre, porque ese reconocimiento se presume que siempre es verdadero, en tanto que el del padre puede ser falso. «La maternidad, dice Duranton, que sostiene esta teoría, es un hecho material, cierto, o al menos, susceptible de ser establecido con toda la certidumbre que puede acompañar la demostración de las otras cosas humanas. La pa

(1) Aubry y Rau, ob. cit. t. VI. § 572; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 579; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 149.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ternidad, por el contrario, no reposa más que sobre probabilidades, conjeturas» (1). Esta doctrina reposa sobre la presunción de que la declaración de la madre es más sincera que la del padre; sabido es que las presunciones legales no existen sin texto que las establezca; ahora bien ¿en donde está el texto que establece que las declaraciones de la madre natural son sinceras y las del padre, falsas?.

Según otra opinión, debe reputarse válido el reconocimiento hecho en primer término, porque en él no se revela en manera alguna el carácter incestuoso del hijo; el segundo reconocimiento es el que revela tal carácter; él es, pues, el que debe considerarse nulo, y su nulidad no puede invalidar el reconocimiento hecho con anterioridad, en sí mismo valible, por aplicación del principio de que lo que es nulo no puede viciar lo que es válido (2). Seguramente que el primer reconocimiento, por no revelar el carácter incestuoso del hijo es válido; pero su validez depende de que se ignora la filiación incestuosa del reconocido; si, por virtud del reconocimiento posterior del otro padre, se demuestra aquella filiación, queda por esto mismo desvirtuada la validez de aquel reconocimiento. Además, no, es racional subordinar el estado del hijo a una cuestión de fecha.

Según una tercera opinión, siendo valibles ambos reconocimientos, considerados en sí mismos, y de un modo aislado, el hijo debe tener la facultad de escoger el que mejor le convenga. Esta solución es menos aceptable que las anteriores, pues es contrario a todo principio el hacer depender una cuestión de estado de la voluntad de una persona.

(1) Duranton, ob. cit. t. III. núms. 198 y siguientes.

(2) Aubry y Rau, ob. cit. t. VI. § 572; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1484.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Finalmente, en una cuarta opinión, en nuestro concepto la más aceptable, ambos reconocimientos son nulos (1). En efecto, del concurso de los dos reconocimiento hechos resulta comprobada la filiación incestuosa del hijo; ahora bien, si la ley, por razones de moralidad, no quiere que puedan ser objeto de reconocimiento los hijos incestuosos, está claro que se faltaría a los fines propuestos, ocasionándose el escándalo, que es precisamente lo que el legislador quiere evitar, si, comprobada la filiación incestuosa del hijo por las declaraciones de sus dos padres, se diera validez a alguno de esos reconocimientos.

313. Como dijimos antes, para saber cuando el hijo es natural simple, o adulterino o incestuoso, hay que atender a la época de su concepción; pero sabemos que la concepción es un misterio, sabemos que los conocimientos del hombre son incapaces para precisar el momento en que ha tenido lugar la concepción de un individuo ¿qué criterio seguir, entonces, para fijar aquella época? Tratándose de hijos legítimos, el asunto no presenta dificultades, pues conocida la fecha del nacimiento, la ley por medio de una presunción, determina la de la concepción; pero ¿esta presunción debe aplicarse al caso de los hijos naturales? Laurent entre los tratadistas franceses (2), y el Licenciado Don Agustín Verdugo, entre los jurisconsultos mexicanos (3), sostienen que no, pues dicen que establecida aquella presunción para los hijos legítimos, no es lícito extenderla a los que no lo son, en virtud del principio de que las presunciones son de estricta interpretación. Nosotros no opinamos

(1) Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 149; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 633.

(2) Laurent, ob. cit. t. IV. núms. 4 y 136.

(3) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 189.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

así, pues como dice Baudry-Lacantinerie, «la ley, fijando la época en la cual el hijo debe ser reputado concebido, no ha soñado exclusivamente en los hijos legítimos. Estos han sido, es verdad, el objeto principal de sus preocupaciones; pero resulta del espíritu de ella y del conjunto de sus disposiciones, que la filiación natural está sometida, desde este punto de vista, a las mismas reglas generales» (1). Por lo que respecta a nuestro derecho, esta última opinión nos parece incontrovertible, pues el artículo 338, de un modo expreso y terminante, hace extensivas, a los hijos naturales, las presunciones que, sobre concepción, tiene establecidas la ley para los hijos legítimos. No nos explicamos, pues, el disentimiento del Señor Licenciado Verdugo.

314. ¿Pueden ser reconocidos los hijos no nacidos? Los padres del hijo pueden desear reconocerlo, cuando todavía esté en el seno materno, en previsión de que pudiendo morirse alguno de ellos antes del nacimiento, quedara el hijo sin ser reconocido; y no sería justo que, tratándose del interés de aquel, se les impidiera a los padres practicar el reconocimiento, tanto menos cuando que éste vendría a ser una aplicación de la máxima *infans conceptus pro nato habertur quoties de commodis ejus agitur*. Nuestro Código hace una justa aplicación de dicha máxima, al establecer en su artículo 351 que *puede reconocerse al hijo que aun no ha nacido*.....Naturalmente para que un reconocimiento, así hecho, sea válido, es preciso que en la época en que se haga, el hijo haya sido concebido, pues si no lo ha sido, el reconocimiento no tendría sobre que recaer.

315. ¿Pueden ser reconocidos los hijos muertos? Cuando el hijo ha muerto dejando descendientes, todos los autores están conformes en admitir el reconocimiento, porque éste

(1) Baudry-Lacantinerie, ob. cit. t. III. núm. 629.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

aprovecha propiamente a los descendientes (1); pero donde discrepan las opiniones, es cuando se trata del reconocimiento de un hijo muerto, que no ha dejado descendientes.

Los que sostienen la negativa, dicen que el reconocimiento no puede tener lugar, porque no existiendo la persona sobre que debe recaer, carece en lo absoluto de objeto; además, dicen, estando establecido el reconocimiento en provecho exclusivo del hijo, no tiene razón de ser cuando ha muerto; alegan también razones de moralidad, como son las de que el padre que reconoce al hijo después de su muerte, lo hace tan sólo con fines especulativos, y finalmente, invocan los derechos que han adquirido los herederos llamados a la sucesión, antes del reconocimiento (2).

Los que sostienen la afirmativa objetan las anteriores razones, diciendo que el reconocimiento tiene por objeto afirmar una filiación preexistente, para lo que no es obstáculo que el hijo haya muerto; que no es cierto que el reconocimiento tenga por exclusivo objeto el provecho del hijo, pues determinando una relación de filiación entre el hijo y sus padres, los derechos que de él se derivan son recíprocos, y sería injusto privar de ellos a los padres, cuando el hijo ha muerto; que admitido que los padres tienen derechos sobre sus hijos, no hay nada que reprocharles en que los reclamen, tanto menos cuanto que si bien es verdad que puede haber padres, que por no sufrir las cargas de la paternidad, no reconozcan a sus hijos en vida, y lo hagan a su muerte, cuando el reconocimiento pueda acarrearles algún beneficio, también lo es que puede haberlos que hayan prodigado toda clase de cuidados a sus hijos, sin

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 416; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 43; Huc, ob. cit. t. III. núm. 76.

(2) Zachariæ, ob. cit. t. I. § 167.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

haberlos reconocido, por considerar inútil el reconocimiento, y en tal caso, sería injusto e inicuo que el Fisco heredara, anteponiéndose a los derecho de la sangre; finalmente, contestan el argumento que deriva del derecho adquirido por los herederos a la sucesión, antes del reconocimiento, diciendo que éste por su naturaleza misma retrograda, y que, por lo tanto, una vez admitido, nada más lógico que los padres, como parientes más próximos, excluyan a los otros herederos que habían entrado a la sucesión, por ser ignorados los verdaderos herederos (1).

Esta última teoría, por los fuertes fundamentos en que descansa, ha llegado a triunfar en la jurisprudencia francesa, y es sin duda alguna, irreprochable, desde cualquier punto de vista que se le mire. El legislador mexicano no lo ha considerado, sin embargo, así; el artículo 351 de nuestro Código establece en su parte final que *puede reconocerse al hijo.....que ha muerto, si ha dejado descendientes;* de donde se infiere que si el hijo no ha dejado descendientes, no puede ser reconocido. No tenemos que decir otra cosa respecto de este artículo, si no es que, al hablar de descendientes, se refiere a descendientes legítimos, o legitimados; pero no a los naturales, aunque sean reconocidos; la razón de esta distinción es la siguiente: se admite el reconocimiento de los hijos muertos, cuando han dejado descendientes, porque el reconocimiento aprovecha propiamente a los descendientes; ahora bien, tratándose de los hijos naturales del reconocido, en nada puede aprovecharles el reconocimiento verificado a favor del padre, supuesto que

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 416; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 43: Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1481; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 638.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

su parentesco se limita a la persona de su padre; en consecuencia, carece de razón de ser tal reconocimiento.

31.6 ¿Es necesario el consentimiento del hijo para que el reconocimiento produzca sus efectos? En el terreno de los principios, no; el reconocimiento es una confesión, por la que se viene a determinar la relación de parentesco que existe entre el padre y el hijo reconocido; por virtud del reconocimiento, el hijo adquiere un estado; ahora bien, el estado es independiente de la voluntad de los hombres, y estaría a merced de la del hijo, si se requiriera su concurso en el reconocimiento. El único derecho que debe tener a este respecto el hijo es el de contradecir el reconocimiento hecho a su favor, cuando haya justas causas para ello.

Tales son los principios; pero nuestro Código se ha separado de ellos, estableciendo en el artículo 350 que *el hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor sin el de su tutor, si lo tiene, o de uno que el juez le nombrará especialmente para el caso.*

De acuerdo con este precepto, el reconocimiento no puede tener lugar, si no es consentido por el hijo. Existe, sin embargo, un caso de excepción a esta regla, y es cuando el reconocimiento se verifica, al presentar al niño, dentro del término de la ley, para que se registre su nacimiento; así se infiere de los términos de los artículos 93 y 94. Fuera de este caso, la aceptación del hijo para ser reconocido es condición *sine qua non* del reconocimiento.

317. ¿Cuáles son los motivos por los que el legislador mexicano, apartándose de los principios, ha hecho de la aceptación del reconocido, una condición de la validez del reconocimiento? Se ha pretendido justificar el precepto contenido en el artículo 350, diciendose que si bien el reconocimiento otorga derechos al hijo, también le impone obligaciones, y que, por lo mismo, sería injusto imponerle éstas

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

contra su voluntad (1). Esto es desconocer la naturaleza del reconocimiento; si fuera un contrato, las razones aducidas serían inobjetables; pero el reconocimiento está muy lejos de ser un contrato; por virtud de él, podrán nacer derecho y obligaciones de carácter pecuniario entre el padre y el hijo reconocido; pero estos derechos y obligaciones son parte accesoria del reconocimiento; en consecuencia, carece de sentido aplicar al caso, las reglas relativas a las cuestiones pecuniarias.

Pero si los motivos invocados no son aptos para justificar el sistema seguido por nuestro legislador en materia de reconocimiento, menos lo son para explicar la excepción que se hace cuando aquel tiene lugar, al ser presentado el niño para su registro, dentro del plazo legal. En efecto, si la razón por la que es necesario el consentimiento del hijo para que el reconocimiento produzca efectos, radica en la consideración de que sería injusto imponerle obligaciones contra su voluntad, no alcanzamos a comprender por qué, tratándose de hijos reconocidos al ser presentados dentro del plazo legal para su registro, sí debe imponérseles obligaciones contra su voluntad; los motivos son los mismos en uno y en otro caso; las decisiones deberían, pues, ser también las mismas.

318. Por otra parte, el artículo 350, que venimos comentando, da lugar a grandes dificultades: de sus términos, en combinación con los del artículo 94, se infiere que cuando el reconocimiento se hace por acta ante el Juez del Registro civil, éste debe negarse a practicarlo, si el hijo no comparece por sí sólo, si es mayor de edad, acompañado de su tutor, si es mayor de catorce años y menor de veintiuno, o por la sola representación de su tutor, si no ha cumplido

(1) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 190.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

aquella edad, a consentir en el reconocimiento hecho a su favor; pero el reconocimiento, como después veremos, no sólo se practica en esta forma: puede practicarse también, según lo dispone el artículo 340, por escritura pública, por testamento o por confesión judicial directa y expresa, y en cualquiera de estas formas en que se verifique, tiene aplicación el precepto contenido en el artículo 350, cuyos términos no pueden ser más amplios; ahora bien, si el padre o la madre, por alguno de los medios indicados, reconocen al hijo, sin que éste concurra al acto ¿cuál será la suerte del reconocimiento así practicado? Ineficaz en su origen ¿llegará a ser válido por la aceptación posterior del hijo? De ser así, ¿desde cuando producirá efectos: desde que el padre lo hizo, o desde que el hijo lo aceptó? Además ¿en qué forma deberá manifestar el hijo su aceptación?

Pero no son estas todas las dificultades que pueden surgir: el artículo 351 autoriza el reconocimiento de los hijos que hayan muerto, dejando descendientes. Siendo condición de validez del reconocimiento, la aceptación del hijo, ¿cómo podrá obtenerse, si ha muerto? ?se deberá admitir la aceptación de los descendientes? Cuestiones son todas estas que nuestro Código no resuelve y que de presentarse en la práctica, pueden dar lugar a intrincadas controversias. Para evitarlas, de desearse sería que se reformara nuestra legislación, poniéndola en armonía con los verdaderos principios.

Núm. 2. De quienes pueden reconocer

319. Sólo el padre y la madre pueden reconocer al hijo natural; siendo el reconocimiento una confesión, y de las más íntimas que puede haber, se comprende que no pueda emanar de otra persona, que no sea el padre o la madre del

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

hijo. Este principio es tan absoluto que no permite que el tutor del padre, en los casos de minoría de edad o de interdicción, pueda ejercitar el derecho de reconocer, que sólo a aquel le compete; esto no impide naturalmente que el reconocimiento pueda practicarse por medio de mandatario, siempre que el mandado sea especial y expreso.

320. Del principio de que el reconocimiento es un hecho personal, deriva la consecuencia de que no puede producir efectos, sino respecto del que lo hace. *El reconocimiento no produce efectos legales sino respecto del que lo hace*, dice el artículo 339, sancionando, expresamente, aquella consecuencia; de aquí resulta que el reconocimiento solo del padre hace prueba únicamente de la filiación paterna, y el reconocimiento solo de la madre no prueba más que la filiación materna.

La filiación del hijo natural con relación a su padre y a su madre no quedará, pues, establecida más que cuando ambos lo hayan reconocido. Este reconocimiento puede tener lugar en una sola acta, lo que el artículo 337 autoriza al prescribir que *los padres de un hijo natural pueden reconocerle de común acuerdo*, o bien, en actas separadas; pero cuando se verifica en esta última forma, la ley, queriendo conservar en favor del padre que no reconoce el secreto de la filiación, para no perturbar la tranquilidad de los hogares, prohibe que el padre que haga el reconocimiento revele el nombre de la persona con quien tuvo al hijo, y en caso de que se haga tal revelación, manda que las palabras que la contengan se texten de tal modo, que queden ilegibles, y aún impone severas penas contra los jueces y notarios que consientan en violar aquella prohibición: todo lo cual resulta de la lectura de los artículos 331 y 342 que, textualmente, dicen: *Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

el nombre de la persona con quien fué habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquella pueda ser reconocida. Las palabras que contengan la revelación, se testarán de oficio en los términos que previene la fracción IV del artículo 57. El Juez del Registro civil, el ordinavio en su caso y el notario qus consientan en la violación del artículo que precede, sufrirán las penas señaladas en el artículo 59.

Dada la redacción terminante y expresa de los anteriores preceptos, no cabe, en lo absoluto, en nuestro derecho, la discusión que se sostiene en el francés, de si cuando el padre es el que reconoce, con indicación de quién es la madre, el reconocimiento surte sus efectos respecto de ésta, si en cualquier forma llega a confesar su maternidad. En nuestro derecho, aquella indicación no es posible y caso de hacerse, no podría producir efectos de ningún género.

321. Siendo el reconocimiento una expresión de voluntad que entraña obligaciones para el que lo hace, no puede considerarse válido, más que cuando el que reconoce reúne las condiciones de capacidad suficientes para darse cuenta del acto que ejecuta. ¿Cuándo existen estas condiciones? Tratándose de menores, la ley requiere para que puedan reconocer, que tengan un año más de la edad que es indispensable para poder contraer matrimonio. *Sólo el que tenga un año más de la edad requerida para contraer matrimonio, puede reconocer a sus hijos naturales*, dice el artículo 336. La edad requerida para contraer matrimonio es la de catorce años en el hombre y doce en la mujer (art. 160). La ley supone que a estas edades, el hombre y la mujer son aptos para la procreación de hijos; lógico es que los considere capaces también para reconocerlos.

322. Del principio sentado en el párrafo anterior, se infiere también que son incapaces de reconocer los indivi-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

duos que están privados del uso de sus facultades mentales; pero de aquí no hay que deducir que el padre, sujeto a interdicción, esté en lo absoluto impedido de reconocer a sus hijos; la interdicción tiene por exclusivo objeto proteger los intereses pecuniarios del interdicto; no afecta en lo más mínimo a sus actos morales; ahora bien, teniendo este carácter el reconocimiento, es claro que aquella no puede en nada influir sobre su validez o nulidad. Lo que hace que el reconocimiento sea nulo, es el hecho de que el que lo verifica esté privado de sus facultades; si a pesar de estar interdicto, tiene un intervalo lúcido y durante él reconoce a un hijo, el reconocimiento así hecho, no podrá menos de reputarse válido. Pero claro está que en un caso de esta naturaleza, los jueces deben examinar, con toda atencion y cuidado, si el reconocimiento practicado por el sujeto a interdicción, ha sido o no, la obra espontanea de su voluntad inteligente (1).

323. ¿Puede la mujer casada reconocer a un hijo, sin el consentimiento de su marido? Cuando estudiamos la incapacidad de la mujer casada, vimos que fuera de los actos que la ley declara que la mujer no puede ejecutar sin licencia de su marido, aquella es libre de ejecutar cualesquiera otros; ahora bien, no estando comprendido entre dichos actos el reconocimiento de un hijo natural habido antes de su matrimonio, es claro que puede efectuarlo. Por otra parte, la razón natural indica que así debe ser: el reconocimiento de un hijo es un deber de conciencia, y no se explicaría que el legislador hubiese querido dejar el cumplimiento de este deber al deseo caprichoso del marido.

El punto, sin embargo, es controvertible en nuestro

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 568; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 36; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 648.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

derecho. El Señor Licenciado Don Agustín Verdugo sostiene que la madre de un hijo natural no puede reconocerlo, sin el consentimiento de su esposo, y funda esta opinión en la consideración de que la incapacidad de la mujer casada es general y no comporta otras excepciones que las indicadas por el artículo 202, entre las que no se encuentra el reconocimiento (1). Nosotros no estamos conformes con esta opinión: Si la ley declarara, en términos generales y expresos, la incapacidad de la mujer casada, los actos a que se refiere el artículo 202 constituirían una excepción a dicha regla, y en tal caso, los fundamentos aducidos por el Señor Licenciado Verdugo serían incontestables, pues no estando comprendidos entre esos actos, el reconocimiento de un hijo natural, es claro que caería dentro de la regla general de incapacidad; pero nuestro Código no contiene una declaración formal respecto a la incapacidad general de la mujer casada: por un lado, los artículos 197 y 198 precisan los actos para lo que aquella es incapaz; por otro, el artículo 202 determina aquellos actos que la mujer puede ejecutar, sin la intervención de su marido. Ahora bien, de que en unos preceptos se diga qué actos puede ejecutar la mujer, sin licencia de su marido y en otros, qué actos no puede ejecutar, sin esa licencia, no puede hacerse la inferencia, que hace el Señor Licenciado Verdugo, de que el sistema adoptado por el legislador mexicano haya sido el de establecer, como regla general, la incapanidad de la mujer casada, y como excepción, su incapacidad; pero entonces, se nos dirá: si de los términos de los preceptos antes invocados, no puede inferirse que la incapacidad de la mujer casada sea la regla y la incapacidad, la excepción, ¿qué objeto tiene que en uno de dichos preceptos el legislador determi-

(1) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 193.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ne los actos que la mujer no puede ejecutar sin el consentimiento marital, y en otros, los que pueden ejecutar sin tal consentimiento? ¿Cómo explicar la coexistencia de dichos preceptos, si no es considerando que unos forman excepción de otros?

Evidentemente que los casos del artículo 202 son una excepción de los de los otros artículos que se refieren a la incapacidad; pero estos últimos artículos no son generales, no establecen una incapacidad general: hacen a la mujer casada incapaz para ciertos actos que especifican; más no para toda clase de actos, y como aun dentro de esos mismos actos especificados, la ley ha querido establecer excepciones, de aquí que en el artículo 202 haya expresado cuáles son éstas. En otros términos, la incapacidad de la mujer casada es relativa; pero dentro de esa misma relatividad, hay exepciones, que son las que el artículo 202 formula.

De todo lo expuesto se infiere: primero, que en el sistema seguido por nuestro legislador, la capacidad de la mujer casada es la regla y su incapacidad, la excepción, y segundo, que no estando comprendido el reconocimiento entre los actos para los que la mujer en el matrimonio, es considerada incapaz, debe decir que es apta para reconocer, sin necesidad del consentimiento de su esposo.

Núm. 3. De las formas en que se ha de hacer el reconocimiento

324. Atendiendo a la radical importancia que tiene el reconocimiento, la ley no permite que pueda hacerse sino en formas determinadas. Cinco son estas formas, que el artículo 340 enumera, diciendo que *el reconocimiento de un hijo natural solo producirá efectos legales si se hiciere de alguno de los modos siguientes:*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

I. *En la partida de nacimiento, ante el juez del registro civil;*

II. *Por acta especial ante el mismo juez;*

III. *Por escritura pública;*

IV. *En testamento;*

V. *Por confesión judicial directa y expresa.*

Vamos a estudiar por separado, cada una de estas formas.

§ I.—*Reconocimiento hecho en la partida de nacimiento*

325. Tratándose de hijos legítimos, el acta de nacimiento prueba la filiación, aunque ninguno de los padres haya concurrido al acta. Basta con que la inscripción del hijo sea regular, para que se tenga por probada la maternidad, de la que es una consecuencia la prueba de la paternidad, en virtud de la presunción *pater est quem justæ nuptiæ desmonstrant.* Tratándose de hijos naturales, es distinto: el acta de nacimiento no prueba otra cosa, sino que un niño ha nacido; las enunciaciones procedentes de extraños sobre la paternidad o maternidad, no hacen prueba ninguna de la filiación: es esto una consecuencia del artículo 75 que prescribe que «cuando el hijo no fuere legítimo, sólo se asentará el nombre del padre o de la madre, si éstos lo pidieren por sí o por apoderado especial, haciéndose constar en todo caso la petición»; si no habiendo tal petición, se enuncia en el acta que el recién nacido es hijo de tales o cuales padres, esta enunciación es ilegal; debe, pues, tenerse como no hecha; de aquí resulta que el acta de nacimiento no prueba la filiación natural, más que cuando en ella se contiene el reconocimiento de los padres.

326. Para el efecto de que el hijo se tenga por reconocido, no es necesario que el padre diga expresamente en e

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

acta que lo reconoce; se admite que basta con que el padre asista al acta de nacimiento, y consienta en que se le designe como padre, para que se tenga por probada la filiación natural.

§ II. *Reconocimiento por acta especial ante el Juez del Registro civil*

327 Hemos visto que el reconocimiento no guarda relación ninguna con el acta de nacimiento; es una confesión de paternidad o maternidad, independiente, en un todo, del hecho de la presentación del niño a las oficinas del Registro civil; de aquí que no sea el acta de nacimiento la única forma en que los padres puedan reconocer a sus hijos; cualquiera otra forma que asegure las condiciones de autenticidad que la ley quiere que tenga el reconocimiento, debe ser admisible por el mismo título que aquella, y como quiera que en estas condiciones se encontraría el reconocimiento hecho por acta especial ante el Juez del Registro civil, la ley no ha tenido inconveniente en admitir el reconocimiento hecho en tal forma.

328. Del principio de que el reconocimiento es independiente del acta de nacimiento, deriva la consecuencia de que aquel puede hacerse antes o después del registro de nacimiento del reconocido, y aun cuando no se hubiere hecho dicho registro, observándose en cualquiera de dichos casos, las prevenciones de los artículos 94, 95, 98 y 99, comentados en otra parte de esta obra.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

§ III. *Reconocimiento en escritura pública*

329. Las condiciones de autenticidad que la ley quiere que tenga todo reconocimiento quedan llenadas, no solamente cuando se hace ante los Jueces del Registro civil, sino también cuando tiene lugar en escritura pública, toda vez que las solemnidades de que están revestidos estos documentos son una garantía de que puedan satisfechas aquellas condiciones.

330. Naturalmente, para que el reconocimiento así practicado sea legal, es preciso que la escritura en que se haga reúna los requisitos necesarios de validez: las escrituras públicas son documentos auténticos, en tanto que han sido hechas con observación de las formalidades legales; si no reúnen estas formalidades, no pueden considerarse como escrituras públicas.

331. ¿Es necesario, para que el reconocimiento hecho en escritura pública sea válido, que sea el objeto único, o cuando menos, el principal y directo de la escritura? Algunos autores así lo han sostenido; pero su teoría no ha podido prevalecer en la jurisprudencia, por no reposar en ningún fundamento legal; en efecto, lo que la ley quiere es que el reconocimiento conste en forma auténtica, y esta condición de autenticidad queda llenada por el sólo hecho de que se haya practicado en escritura pública; para el efecto, poco debe importar que la escritura tenga por objeto principal el reconocimiento, o que éste no sea más que un incidente del documento, pues en uno y otro caso, queda plenamente demostrado que el reconocimiento se hizo (1). Esta

(1) Aubry y Rau, ob. cit. t. VI. § 568 bis; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 52; Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 409; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 625.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

teoría es tanto más aceptable en nuestro derecho, cuanto que el artículo 340 se limita a enunciar entre las formas en que se puede hacer el reconocimiento, la escritura pública, sin hacer distinciones de nigún género.

332. Pero lo que sí es necesario es que el reconocimiento conste de un modo expreso, sin que ello quiera decir que deban usarse términos sacramentales; simples frases enunciativas serán bastantes a probar el reconocimiento, si son lo suficientemente claras para no dar lugar a duda ninguna, respecto a la intención del padre o de la madre de reconocer a determinado hijo.

De acuerdo con esta doctrina, se ha juzgado que la calidad de «mi hijo natural» dada por el padre en un poder general, significa una declaración de paternidad, que confiere al hijo derechos a la sucesión de su padre (1).

Autores de gran peso, como Laurent, combaten la anterior doctrina, sosteniendo que el reconocimiento debe ser formal y expreso (2). Sin meternos a discutir, porque no es el objeto de esta obra, cuales son los fundamentos que se invocan en la jurisprudencia francesa para sostener la anterior tesis, debemos decir que, por lo que hace a nuestro derecho, es sin duda alguna, inaceptable; en efecto, el artículo 340 de nuestro Código, al establecer las formas en que puede practicarse el reconocimiento, no exige la condición de que sea formal y expreso, más que tratándose del reconocimiento hecho por confesión judicial, la que en los términos de la fracción V del artículo citado, debe ser *directa* y *expresa;* si estas mismas condiciones se requirieran en las demás formas de hacerse el reconocimiento, de seguro que el legislador lo habría expresado; el no ha-

(1) Dalloz, ob. cit. palabra «paternité» núm. 356.
(2) Laurent, ob. cit. t. IV. núms. 54 y siguientes.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

berlo hecho es prueba de que no estuvo en las intenciones de aquel, el sujetar la validez del acto a dichas condiciones, más que tratándose de la confesión judicial.

333. Si el acto jurídico, consignado en la escritura pública en que se contiene incidentalmente el reconocimiento, es nulo ¿dejará por esto de ser válido el reconocimiento hecho? Para contestar a esta pregunta, hay que distinguir: si la nulidad se debe a la falta de solemnidades externas de la escritura, ella producirá la nulidad del reconocimiento, por faltar en él las condiciones de autenticidad que debe tener; pero si la nulidad del acto, distinto del reconocimiento, consignado en la escritura, es debida a causas de fondo, el reconocimiento conservará su validez, pues siendo una confesión de paternidad o maternidad, independiente de aquel acto, en nada puede afectarle la declaración de nulidad hecha respecto de él.

§ IV. *Reconocimiento hecho en testamento.*

334. Llenando el testamento, como las actas ante el Juez del Registro civil y las escrituras públicas, las condiciones de autenticidad que la ley quiere que tenga el reconocimiento, es evidente la justificación con que ha procedido el legislador para admitir aquella clase de instrumentos, entre las formas en que puede reconocerse a los hijos.

335. En el derecho francés no se admite el reconocimiento hecho en testamento, más que cuando éste consta en un documento público (1); pero nuestro Código no hace distinciones entre el testamento púbico y el privado, al

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 404; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 52.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

enumerar los instrumentos testamentarios entre las formas en que se puede practicar el reconocimiento; de donde resulta que el reconocimiento hecho en testamento privado es tan válido, como el que se haga en testamento público.

336. Lo que dijimos en los números 332 y 333, sobre que no es necesario que el reconocimiento conste de un modo formal, cuando se hace en escritura pública, es aplicable en un todo, al reconocimiento hecho en testamento. Según esto, si de los términos empleados por el testador, aparece clara su voluntad de reconocer, aunque no haga uso de palabras formales, el reconocimiento es perfectamente válido; la expresión de «lego a mi hijo natural *fulano de tal* la cantidad de tantos pesos» implica, pues, un reconocimiento. El Señor Licenciado Verdugo no es de esta opinión, pues sostiene, de acuerdo con algunas ejecutorias de nuestros tribunales, que si el reconocimiento hecho en testamento, no es formal y expreso, no produce ningún efecto (1). Por los razonamientos que hicimos en el número 332, creemos que tal teoría es insostenible.

§ V. *Reconocimiento hecho por confesión judicial*

337. La confesión judicial es otra de las maneras que autoriza nuestro Código para hacer el reconocimiento; pero para que se considere válido el reconocimiento hecho en esta forma, es condición indispensable que la confesión sea *directa* y *expresa*, lo que quiere decir que debe tener por objeto la filiación y constar en forma tal, que de las mismas palabras que se empleen, aparezca la comprobación del reconocimiento; de aquí resulta que si la pregunta que motiva

(1) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 184.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

la confesión no tiene por objeto principal la filiación y no se propone de un modo claro y bien expreso obtener una declaración de reconocimiento, la contestación afirmativa que a ella se dé, no podrá interpretarse como una declaración de paternidad o maternidad. Según esto, si en un juicio sobre alimentos, se pregunta que si el absolvente le ha ministrado a su hijo *fulano de tal* determinada cantidad por alimentos, la respuesta afirmativa dada a esta pregunta, no significará un reconocimiento, supuesto que la confesión así hecha, no reúne las condiciónes de ser *directa* y *expresa*, que requiere la ley.

338. ¿Tiene valor, como reconocimiento, la declaración que el padre o madre demandados hagan, al contestar una demanda sobre filiación, de que reconocen expresamente al hijo de cuya paternidad o maternidad se trate? Creemos que si esa declaración es ratificada en una diligencia posterior, que reúna las formalidades propias de la confesión, produce los efectos de tal, y hace, por lo mismo, válido el reconocimiento practicado.

§ VI *Transcripción del reconocimiento en los libros del Registro civil*

339. En el derecho francés, es objeto de discusión si el reconocimiento hecho en otra forma que por acta ante el juez del Registro civil, debe ser inscrito en los libros del registro, predominando la opinión de que no es necesaria tal inscripción, pues, se dice, que al haber autorizado la ley los reconocimientos hechos ante funcionarios distintos de los del estado civil, lo ha hecho con la deliberada intención de que padres que teman el escándalo de la publicidad de un reconocimiento, y por temor a ese escándalo se abstengan de reconocer, puedan hacerlo conservando el secre-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

to del reconocimiento que practiquen; ahora bien, si fuera indispensable transcribir al Registro civil las declaraciones de reconocimiento hechas ante funcionarios distintos de los del estado civil, como las constancias del registro son públicas, no se satisfarían los fines que se propuso la ley. Pero el legislador mexicano, fiel a los principios de publicidad que dominan en materia de estado civil, ha aceptado el sistema contrario, prescribiendo en el artículo 96 que de todo reconocimiento, sin hacer distinciones, se presentará al encargado del Registro civil el original o copia certificada del documento que lo compruebe.

Núm. 4. De los efectos que produce el reconocimento valuntario

340. El reconocimiento es el medio de prueba de la filiación natural; por virtud de él, el hijo adquiere la comprobación de que es hijo de tales padres; pero el reconocimiento no crea la filiación natural; no hace más que declararla; en otros términos, no es *atributivo*, sino *declarativo* de la filiación natural de la persona a quien se aplica: desde el momento en que el hijo viene al mundo, tiene una filiación; pero esta filiación es legalmente desconocida; el reconocimiento viene a revelarla.

341. De los anteriores principios se infiere que los derechos y los deberes que hace nacer la filiación natural no se originan desde el reconocimiento, sino que existen desde el nacimiento del reconocido, y aun, en ciertos casos, desde su concepción. Según esto ¿habrá que decidir que los actos hechos, conforme a la ley, por el hijo, antes del reconocimiento, pueden ser atacados, una vez verificado éste? Seguramente que no; para estimar la validez de un acto, hay que atender a la época en que se hizo; si en esta época,

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

las condiciones de validez fueron llenadas, el acto no podrá ser atacado; el reconocimiento, posteriormente hecho, no puede tener eficacia ninguna para invalidar ese acto. La aplicación de estos principios es, sin embargo, objeto de controversias en el caso en que el hijo, antes de ser reconocido, se casa con persona que, al verificarse el reconocimiento, resulta ser su pariente en grado prohibido por la ley. Nuestra opinión es que en este caso, el matrimonio es nulo, por ser absoluta la causa de nulidad, fundada en el incesto (1).

342. El acta de reconocimiento es para el hijo natural, lo que el acta de nacimiento es para el hijo legítimo: una y otra son el título que acredita la filiación de la persona a que se refieren, y como en el caso del acta de nacimiento, la de reconocimiento prueba la filiación natural del hijo, con respecto a todo el mundo. El hijo natural reconocido puede invocar el título de reconocimiento con relación a cualquier persona, para reclamar los derechos que le da su calidad de hijo natural y cualquier persona puede fundarse en ese mismo título para exigirle al hijo el cumplimiento de las obligaciones, que le impone su estado (2).

343. El padre y la madre del hijo natural tienen, salvo en casos excepcionales, el derecho de reconocer o no, al hijo; pero una vez verificado el reconocimiento, no pueden revocarlo. *El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo*, dice la primera parte del artículo 354. La irrevocabilidad del reconocimiento proviene de su misma naturaleza: constituyendo la confesión de un hecho, que es la prueba de la filiación del hijo, sería injusto e inmoral conceder al autor

(1) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 205.
(2) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 654.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de ella la facultad de retractarse, privando con esto al hijo de la prueba de su filiación (1).

344. Si el reconocimiento se hizo en un acto revocable y éste se revoca ¿debe entenderse, por esto, revocado aquel? La cuestión es discutible en el derecho francés. Si el reconocimiento es hecho en un contrato de matrimonio, sujeto a la condición de que éste llegue a verificarse y no tiene verificativo, todos los autores están conformes en que el reconocimieno subsista, y la razón es clara: el contrato de matrimonio, en que se consigna el reconocimiento, contiene dos clases de declaraciones: unas que se refieren a los arrreglos que deben regir entre los esposos durante su vida matrimonial; otras en las que se consigna el reconocimiento del hijo que se pretende legitimar: las primeras declaraciones están indudablemente sujetas a la condición de que el matrimonio se celebre; no así las segundas, que son en lo absoluto independientes de tal hecho: tenga o no verificativo el matrimonio, es lo cierto que los futuros esposos han hecho una confesión de paternidad: han reconocido a su hijo ¿qué importa que el matrimonio no se celebre? no, por esto, es menos cierto el reconocimiento otorgado (2).

La cuestión es más difícil de resolver en el caso en que el reconocimiento es hecho en un testamento; el testamento expresa el pensamiento íntimo del testador, pensamiento que sólo a él le pertenece, hasta el momento de su muerte; hasta entonces, se dice, el testamento no es más que un proyecto y todo lo que en él se contiene participa de ese carácter; si, pues, el testador revoca su voluntad expresada en el testamento, esta revocación debe comprender aun

(1) Laurent, ob. cit, t. IV núm. 85.

(2) Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1494; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 656; Laurent, ob. cit. t. IV, núm. 85.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

al mismo reconocimiento (1). No, dicen los partidarios de la teoría contraria: el testamento es un proyecto sujeto a revocación, pero sólo en la parte de él, que se refiere a la disposición de los bienes; si contiene otras cláusulas, no participan del carácter de revocabilidad del testamento, pues poco lógico es considerar que la circunstancia, enteramente accesoria, de estar contenidas en un documento revocable, haga cambiar la naturaleza del acto que consignan (2).

El legislador mexicano ha puesto fin a estas discusiones en nuestro derecho, declarando, en la segunda parte del artículo 354, que si el reconocimiento se ha hecho en testamento, aunque éste se revoque, no se tiene por revocado aquel; pero para que la revocación no se opere, es preciso, dados los términos del artículo 3474, que el testamento que contenga el reconocimiento, sea abierto y otorgado ante notario. De aquí resulta que si el testamento es cerrado o privado, al revocarse, queda por esto revocado el reconocimiento. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? Verdaderamente no hay ninguna satisfactoria, pues si se admite que el reconocimiento es irrevocable independientemente del título en que conste, no hay motivo para que lo sea cuando esté consignado en un testamento público y abierto y deje de serlo cuando conste en un testamento privado o cerrado. Sin embargo, la distinción está hecha por la ley, y hay que atenerse a ella.

345. ¿Desde cuando surte sus efectos el reconocimiento hecho en testamento: desde la fecha del testamento o has-

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 455; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 85; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1494; Huc, ob. cit. t. III. núm 78.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 568; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. num. 656.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ta la muerte del autor de la herencia? El punto es muy controvertido en el derecho francés: los que opinan que el reconocimiento hecho en testamento queda revocado cuando éste se revoca, sostienen que el hijo no puede hacer valer los derechos que le da el reconocimiento, sino a la muerte del padre que lo reconoció, pues sólo hasta ese momento, adquiere el reconocimiento efectuado un carácter definitivo; los que, por el contrario, admiten que el reconocimiento hecho en testamento es irrevocable, aun cuando éste se revoque, aceptando las consecuencias de su doctrina, sostienen que el reconocimiento surte sus efectos desde el día en que se verifica.

Por lo que a nuestro derecho respecta, debemos decir que en vista de que expresamente se sanciona en nuestro código la teoría de la irrevocabilidad del reconocimiento otorgado en testamento, el que en esa forma tenga lugar debe surtir efectos desde su fecha.

Esta consecuencia lógica de los principios admitidos por nuestro legislador es impugnada por el Señor Licenciado Verdugo, quien dice que de aceptarse aquella consecuencia, se cambian las condiciones naturales del testamento, haciéndolo público y accesible a todos, antes de la muerte de su autor (1). La objeción no nos parece fundada: la ley da al testador la facultad de expresar sus últimas voluntades en testamento público y abierto o en testamento público y cerrado; si opta por la primera forma de testar, es porque no tiene interés en que sus disposiciones queden en secreto, pues si tal interés tuviera, ocurriría al testamento cerrado, que, como en su oportunidad veremos, no puede ser conocido más que hasta la muerte del autor de la herencia; ahora bien, si no ha entrado en las intenciones del

(1) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 204.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

testador dejar en secreto sus últimas disposiciones ¿qué inconveniente hay en que se hagan públicas y accesibles a todos, antés de su muerte, si él, que tuvo interés en ocultarlas, no lo hizo?

346. La irrevocabilidad del reconocimiento tiene una excepción, que el artículo 355 consigna en los siguientes términos: *El menor de edad puede revocar el reconocimiento que haya hecho, si prueba que sufrió engaño al hacerlo; y puede intentar la revocación hasta cuatro años después de la mayor edad.*

Dada la poca experiencia que la ley supone en los menores, les permite que revoquen el reconocimiento que hayan hecho, sujetando la revocación a la condición previa de que hayan sufrido engaño; pero aun así, no les permite que puedan ejercitar aquel derecho, después de que hayan transcurridos cuatro años de cumplida su mayoría de edad.

Núm. 5. De las personas que pueden atacar el reconocimiento y de las causas por que pueden atacarlo

347. El reconocimiento es un acto de voluntad sujeto a determinadas formas; de aquí que todas las causas, que en materias en que intervenga la voluntad, constituyan un vicio de ésta, que haga el contrato nulo o anulable, sean motivo también para invalidar el reconocimiento.

Entre las causas que invalidan los contratos, hay unas que los hacen nulos de pleno derecho o inexistentes, y otras que los hacen solamente anulables. Lo mismo sucede en el reconocimiento: hay casos en que no puede producir ningún efecto, por ser radicalmente nulo y hay otros, en que solamente puede ser anulado, si solicitan su nulidad las personas que tienen derecho de atacarlo. Vamos a ocuparnos sucesivamente de ambos casos.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

348. El reconocimiento es nulo de pleno derecho, o inexistente, como dicen los doctrinistas, cuando faltan en él las condiciones indispensables para su existencia. Tal sucederá cuando las personas que reconocen no han tenido calidad para reconocer; sabemos que sólo el padre y la madre de un hijo natural pueden reconocerlo, ya sea obrando por sí o por medio de apoderado; pues bien, si el reconocimiento es hecho por otras personas, que no sean ni el padre ni la madre, y que no hayan tenido facultades de éstos para reconocer, carece de todo valor, es inexistente (1).

Otro tanto sucederá cuando el reconocimiento se haya practicado ante un funcionario incompetente para recibirlo, o en formas distintas de las enumeradas por la ley (2).

En todos estos casos, la nulidad es tan radical, que no se hace necesaria la intervención de los tribunales para pronunciarla.

349. El reconocimiento es solamente anulable, cuando las causas que lo vician no son elementos constitutivos del acto; en tal caso, el reconocimiento subsiste hasta en tanto que una sentencia venga a declararlo nulo; más aún, el reconocimiento viciado por una de aquellas causas puede llegar a ser inatacable, si la acción de nulidad correspondiente no es ejercitada dentro del plazo legal.

350. El Código no habla de las causas que pueden anular el reconocimiento; pero por una justa aplicación de los principios que dominan en materia de contratos en general, la doctrina admite que las causas que vician el consentimiento en los contratos, vician igualmente el reconocimiento (3). Tales causas son el error, el dolo y la violencia. Pero

(1) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núms. 640 y 657.
(2) Demolombe, ob. cit. t. V. núms. 419 y 423.
(3) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. num. 659.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

para que el erro, el dolo y la violencia sean motivos de nulidad del reconocimiento, es preciso que reúnan determinadas condiciones, las que no pueden ser otras, que aquellas que la ley quiere que tengan para viciar el consentimiento en los contratos en general; en otros términos, los principios que dominan en materia de nulidad de contratos por causas de error, dolo y violencia, son aplicables a la nulidad del reconocimiento por las mismas causas.

De acuerdo con lo anterior, el error nulifica el reconocimiento cuando recae sobre un elemento substancial del acto, esto es, cuando recae sobre la persona, cuya consideración es la causa principal del reconocimiento; así, será nulo el reconocimiento, si se aplica a una persona distinta de aquella a quien se quiere reconocer. El dolo nulificará el reconocimiento, cuando las maniobras practicadas por el hijo sean tales, que sin ellas, el padre no lo hubiera reconocido y la violencia, finalmente, será causa de nulidad, cuando se emplée la fuerza física o haya amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del que reconoce, de su cónyuge, o de sus ascendientes o descendientes.

351. Se considera que es también causa de nulidad del reconocimiento el que haya sido recibido por un funcionario público, que aunque teniendo calidad para recibirlo, en razón de sus funciones, era incompetente en el lugar en que el acto tuvo verificativo. Finalmente se considera también nulo el reconocimiento, cuando han faltado en él determinadas formalidades que no sean substanciales al acto, porque si lo son, el reconocimiento es más que nulo; será inexistente, según antes vimos (1).

(1) Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 66.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

352. No debemos pasar adelante, sin decir que el jurisconsulto mexicano Don Agustín Verdugo no admite que el error, el dolo, la violencia y la falta de ciertas formalidades externas, que son causa de nulidad de los contratos, lo sean también del reconocimiento; el principal argumento de su opinión lo funda en el artículos 355, en los términos del cual el menor de edad puede revocar el reconocimiento que haya hecho, si prueba que sufrió engaño al hacerlo «¿El referirse este texto, dice, sólo al menor de edad y para el caso exclusivamente de engaño al practicar el acto del reconocimiento, no demuestra que, atendida la economía del Código, no es su mente conceder la acción de nulidad sino al menor y sólo por causa de engaño? (1). El argumento no es nada convicente: el artículo 355 se refiere a la facultad, aunque condicional, que tiene el menor de edad de *revocar* el reconocimiento hecho; ahora bien, son cosas muy distintas *revocar* y *anular;* en consecuencia, nada prueba en contra de la teoría que, con los doctrinistas franceses, hemos sostenido, la existencia en nuestro Código del expresado artículo 355.

353. ¿Quienes pueden atacar el reconocimiento? El reconocimiento puede ser atacado, bien porque no reúna las condiciones necesarias para su validez, bien porque el individuo reconocido no sea en realidad hijo de la persona que lo reconoció. Nuestro Código no se ocupa, en el capítulo que venimos estudiando, de las personas que pueden atacar el reconocimiento, por el primero de los motivos indicados, refiriéndose solamente al derecho de *contradecirlo*, por el segundo de dichos motivos, y este silencio del legislador, que puede observarse también en el Código de Napoleón, ha hecho que muchos doctrinistas, entre otros, Demolombe

(1) Verdugo, ob. cit. t. IV. núm. 198.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

y Dalloz entre los franceses (1), y el Señor Licenciado Verdugo entre los mexicanos (2), hayan confundido el derecho de atacar el reconocimiento por la acción de nulidad con el de atacarlo por medio de la contradicción, aplicando a los casos de nulidad lo principios que han sido consagrados exclusivamente para el caso de contradicción. La confusión salta a la vista, si se tiene en cuenta el significado de la palabra *contradicción* empleado por la ley. *Contradecir* significa *decir en contra, sostener lo contrario de lo que se dice;* ahora bien, cuando un reconocimiento es nulo por vicios de consentimiento, por falta de forma o por cualquier otro motivo, no puede decirse que la persona que alega alguna de las causas de nulidad, sostenga lo contrario de lo que afirman los padres que han reconocido; sostiene, sí, que el acto llevado a cabo carece de existencia jurídica, por no reunir determinadas condiciones; pero en manera alguna lo *contradice*, en el sentido que tiene esta palabra; más aún: si el reconocimiento es nulo, resulta ocioso contradecirlo, pues no teniendo ninguna eficacia jurídica, carece de objeto sostener que es falsa la declaración que contiene.

354. Siendo dos cosas muy distintas la acción de nulidad y la de contradicción del reconocimiento, debemos distinguir entre los casos de una y otra, para decidir qué personas tienen derecho de pedir la nulidad y qué otras de contradecir el reconocimiento otorgado.

355. Respecto al primer punto, dada la asimilación que la doctrina ha hecho entre el reconocimiento y las obligaciones, por lo que concierne a las causas de nulidad que invalidan ambos actos, asimilación que nosotros hemos aceptado, debemos manifestar que los principios que rigen

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 439; Dalloz, ob. cit. palabra «paternite,» núm. 577.

(2) Lic. Verdugo, ob. cit. t. IV. núms. 201 y 202.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

al primero, en cuanto a las personas que pueden atacarlo, forma y plazos para hacerlo, no son otros que los contenidos en el capítulo II, título V del Libro 3º del Código, que en su oportunidad expondremos con la extensión que se merecen.

356. En cuanto a la acción que podemos llamar de contradicción, regirán las reglas que consagra el capítulo que venimos estudiando. Ahora bien, toda vez que el reconocimiento es un acto voluntario de los padres del hijo, que puede lesionar intereses de terceros que no han sido partes en él, la razón natural indica que tengan derecho a la contradicción, esos mismos terceros a quienes haya perjudicado el reconocimiento otorgado. A este respecto, el artículo 348 expresa que *todo reconocimiento puede ser contradicho por un tercer interesado después de muerto el que lo hizo.*

357. Pero la declaración falsa de reconocimiento no sólo puede perjudicar a terceros; puede, con mucha mayor razón, perjudicar al hijo, y como cuando éste ha sido reconocido durante su minoría de edad, su intervención en el acta no es personal, la ley le concede la facultad de contradecir el reconocimiento, cuando llegue a la mayor edad. *Si el hijo reconocido es menor*, dice el artículo 352, *puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad. El término para deducir esta acción*, agrega el artículo 353, *será el de cuatro años, que comenzarán a correr desde que el hijo sea mayor, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento y si entonces no la tenía, desde la fecha en que la adquirió.*

Atenta nuestra forma de interpretar los artículos 348, 352 y 353, no podemos menos de censurar que la ley fije un plazo al hijo para contradecir el reconocimiento, pues por de contado que si ese plazo transcurre, sin entablarse la acción, el reconocimiento llega ser inatacable, resultando de esto que una declaración falsa de reconocimiento, que

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

en sí no puede tener valor ninguno, llega a convertirse en verdadera, por el sólo hecho de no haberse contradicho en cierto plazo; de ello resulta que el estado del hijo queda sujeto a su voluntad, toda vez que si deja transcurrir aquel plazo, adquiere de un modo firme dicho estado, que en realidad no le pertenece; ahora bien, esto es contrario al principio que domina en materia de estado civil, en virtud del cual el estado de los hombres no puede depender de la voluntad de nadie.

358. La ley establece una diferencia entre el hijo reconocido y los terceros que pueden contradecir el reconocimiento respecto a la forma en que han de ejercitar la acción; tratándose del primero, el Código lo autoriza para contradecir el reconocimiento, aun en vida del padre o madre que reconocieron; tratándose de los segundos, no pueden ejercitar la acción, más que a la muerte de aquellos. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? La razón está en el distinto carácter que tiene la acción, según que se trate del hijo o de los terceros: para el primero, la acción reconoce un interés que es a la vez moral y pecuniario; no así para los terceros, para quienes la acción no tiene más que un interés pecuniario, por lo que carece de objeto para ellos intentarla antes que los padres hayan muerto.

359. El legislador concede también el derecho de contradecir el reconocimiento a la madre del hijo, porque ninguna persona puede estari nteresada más que ella, en el reconocimiento hecho, ni estar mejor enterada de su veracidad; por estas razones, su contradicción tiene una importancia capital, siendo tal la fuerza que la ley le otorga, que basta con que la haga, sin tener necesidad de rendir pruebas, para que el reconocimiento quede invalidado; pero esto siempre que el hijo consienta en reconocerla. *Si la madre,* dice el artículo 349, *contradice el reconocimiento que un hom-*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

bre haya hecho o pretenda hacer, de un hijo que ella reconoce por suyo, bastará su sola contradicción para invalidar aquel reconocimiento, con tal de que el hijo consienta en reconocerla por madre. En este caso no conservará el hijo ninguno de los derechos que le haya dado el referido reconocimiento. Esta última salvedad sale sobrando, pues si el reconocimiento queda invalidado, es claro que su invalidación destruye todos los efectos que fueron consecuencia de él.

360. ¿Pueden el padre que reconoció al hijo contradecir el reconocimiento hecho? El punto es objeto de controversia entre los autores franceses. Los que opinan por la negativa, comentando el artículo 339 del Código civil francés, muy semejante al 348 del nuestro, dicen que los términos de dicho artículo parecen excluir al autor del reconocimiento; además, para contradecir el reconocimiento, los padres de que emana están obligados a sostener que al haberlo hecho, mintieron, y según una máxima romana, «nemo admittitur turpitudinem suam allegans» (1). Los que opinan por la afirmativa, dicen qne los términos del artículo 339 no son lo suficientemente explícitos para que se pueda afirmar que excluyen a los autores del reconocimiento; por el contrario, el mencionado artículo, al establecer que pueden contradecir el reconocimiento *todos aquellos que tienen interés*, abraza, dentro de su generalidad, al padre o madre que hayan reconocido, supuesto que son *interesados* en el acto, y no distinguiendo la ley, no debe distinguirse. Contestan el argumento derivado de la máxima «nemo admittitur turpitudinem suam allegans», diciendo que esa máxima recibe excepciones en las materias que interesan al orden público, el que está interesado en la verdad del reconocimiento de

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 437; Huc, ob. cit. t. III. núm. 103

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

los hijos naturales; finalmente, dicen que los principios que dominan en materia de estado, no permiten que pueda crearse arbitrariamente entre dos individuos un vínculo legal de paternidad que no sea real, lo que podría suceder si a los padres se les quitara la facultad de atacar el reconocimiento falso que hubieren hecho (1).

¿Cuál de estas dos opiniones se adapta mejor a nuestro derecho? No obstante que los argumentos en que se funda la segunda de las opiniones expuestas nos parecen más sólidos y firmes, creemos que, dados los términos de nuestro Código, es la primera dichas opiniones la que debe prevalecer; en efecto, el artículo 348 dice que todo reconocimiento puede ser contradicho por un tercero interesado, *después de muerto el que lo hizo;* ahora bien, esta condición implica el que nunca puede ser el autor del reconocimiento quien contradiga el acto; esta decisión nos parece tanto más fundada, cuando que los artículos 349 y 352 determinan qué personas pueden contradecir el reconocimiento hecho, independientemente de los terceros, sin figurar entre esas personas el autor del reconocimiento; tal omisión indica claramente que el legislador no creyó conveniente conceder a aquel la facultad de contradecir. Ley del art. 348 C.C.

SECCION 2ª

DEL RECONOCIMIENTO FORZADO O JUDICIAL

360. El hijo, por el hecho de haber venido al mundo, tiene derechos naturales que ejercitar en contra de los padres que lo engendraron; pero para poder ejercitar esos

(1) Aubry y Rau, ob. cit. t. VI. § 568; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 78; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1490; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 660.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

derechos, es preciso que su filiación esté determinada, y tratándose de hijos naturales, la ley no admite, como sabemos, otra prueba de la filiación que el reconocimiento de los padres: reconocido el hijo, está en condiciones de hacer valer sus derechos; pero el reconocimiento es un acto voluntario de los autores del hijo: tienen la facultad de reconocer o no: si reconocen, no hay dificultad ninguna: el reconocimiento es el título que acredita la filiación del hijo, permitiéndole hacer uso de sus derechos; pero si no reconocen ¿puede el hijo recurrir a los tribunales para probar su filiación, y como consecuencia de esta prueba, obligar a sus padres a que lo recozcan? Según los principiss de derecho natural, sí; pero los legisladores, por razones que después apuntaremos, se han apartado de estos principios, prohibiendo, en términos casi absolutos, la investigación de la paternidad, y no permitiendo la de la maternidad, sino bajo la concurrencia de muy restringidas circunstancias.

Núm. 1. De la investigación de la paternidad.

361. En el antiguo derecho, la investigación de la paternidad era cosa corriente; todo hijo nacido fuera de matrimonio, que no hubiere sido reconocido, tenía el derecho absoluto de rendir pruebas de su filiación; los procesos que con este motivo surgían eran verdaderamente escandalosos: «La madre escogía demasiado a menudo, dice Laurent, entre los hombres que la habían frecuentado, el más rico, el más considerado, a fin de atribuirle una paternidad más que dudosa» (1); la honorabilidad de la familia, la tranqui-

(1) Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 88.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

lidad de los hogares, estaban expuestas a caer bajo la acusación calumniosa de mujeres desvergonzadas e impúdicas; por otra parte, dado el misterio que envuelve la paternidad, eran siempre inciertas las pruebas que se rendían y reinaban en la jurisprudencia las más extrañas decisiones. El legislador moderno, queriendo poner coto a tantos abusos, y evitar tantas dificultades, adoptó uno teoría enteramente contraria, proclamando el principio prohibitivo de la investigación de la paternidad.

362. ¿Cuál es el verdadero fundamento de este principio? Se ha dicho que prohibiendo la investigación de la paternidad, se evitan procesos escandalosos, en los que hombres honrados se ven expuestos a ser víctimas de la calumnia y la maledicencia de mujeres, con las que, tal vez, nunca han tenido tratos; se ha invocado el interés de las familias legítimas, que exige que sean protegidas contra las reclamaciones de los hijos naturales; pero estos no son los verdaderos motivos que justifican la prohibición de que se trata, pues, por una parte, el legislador no ha retrocedido ante el escándalo, tratándose de otras materias, como las relativas al adulterio, al rapto, a la violación etc. etc., que dan lugar a juicios tanto, o más escandalosos, que los que tienen por objeto la investigación de la paternidad, y por otra parte, si el interés de las familias legítimas exige que no se vean perturbadas por las reclamaciones de los hijos naturales, los derechos que la naturaleza y las leyes les conceden a éstos, en contra de aquellas familias, exige el que se les den los medios de ponerlos en ejercicio; ni uno ni otro motivo justifican, pues, el principio de que se trata; su verdadera razón de ser, la única que puede justificarlo, está en la dificultad de la prueba, en el misterio insondable que rodea la generación, que escapa a toda investigación científica; tal dificultad, es verdad, existe igualmente para

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

los hijos legítimos; pero las condiciones en que se encuentran hacen que pueda haber determinadas presunciones, de las cuales sea posible inferir la prueba de su filiación con bastantes visos de veracidad; pero estas presunciones, por su naturaleza, no pueden en modo alguno aplicarse a los hijos nacidos fuera de matrimonio; el misterio que rodea su paternidad es para ellos más grande que para los hijos legítimos, y antes que permitir que se descorra el velo que envuelve ese misterio, con pruebas equívocas y en sumo grado dudosas, el legislador ha preferido sacrificar los derechos de los hijos naturales, prohibiendo en términos casi absolutos, la investigación de la paternidad.

El principio es, sin embargo, demasiado riguroso y altamente injusto, pues como dice Laurent, «a fuerza de proteger a las personas honradas, se da un premio de estímulo a aquellas que no tienen ni fe ni ley» (1). Esta crítica es incontestable; bien está que el legislador no admita en términos absolutos, como lo hacía el antiguo derecho, la investigación de la paternidad, por los peligros a que se expone a las personas honorables; pero esto no autoriza a sacrificar despiadadamente, los derechos de los hijos que han tenido la desgracia de haber nacido fuera de matrimonio; estos derechos son sagrados, y la ley es arbitraria e injusta, al desatenderse de ellos; la justicia y la razón aconsejan que el legislador, sin olvidarse del interés de la familia, ni del de los hijos, coordine ambos intereses y admita la investigación de la paternidad, rodeándola de determinadas precauciones. Estos principios ganan cada día más campo en el derecho moderno, y día llegará, así lo creemos y lo deseamos, que no haya legislador ninguno que no lo reconozca.

363. Hecha esta ligera exposición, vamos a entrar al

(1) Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 88.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

estudio de nuestra legislación positiva sobre la materia. *Se prohibe absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La prohibición es absoluta, tanto en favor como en contra del hijo*, dice el artículo 343.

364. ¿Cuál es el alcance del principio prohibitivo formulado por el artículo transcrito? Investigar la paternidad es, como las mismas palabras lo indican, averiguar que una persona determinada ha sido concebida por obras de determinado hombre; en otros términos, es averiguar que tal mujer ha llegado a estar encinta por obra de tal hombre; la investigación de la paternidad tiende, pues, a probar el hecho mismo de la concepción, en los casos en que no está demostrado por un acta de reconocimiento. Según esto, cuando se trata de probar la identidad del hijo con el individuo que ha sido objeto de un reconocimiento, o cuando se pretenderendir pruebas, respecto a la identidad de la persona cuya paternidad se reclama, con la del autor del reconocimiento, no puede decirse que se trate de una investigación de paternidad, pues las pruebas sobre identidad, que para el caso habría que rendir, no conciernen en modo alguno al hecho de la concepción, que es lo que la ley prohibe que se investigue; la concepción está demostrada por el acta de reconocimiento, y lo único que surge en el debate es una cuestión de identidad, que no cae bajo el dominio de la prohibición del artículo 343 (1).

Otro tanto habrá que decidir en la hipótesis en que estando perdidas las constancias del Registro civil, se trate de demostrar la paternidad por los medios ordinarios de prueba que autoriza la ley.

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 569; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 86; Demolombe ob. cit. t. V. núm. 484.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Los términos del artículo 343 son tan absolutos, que la prohibición que entrañan comprende aún aquellos casos en que la demanda tenga un objeto ajeno a la filiación. De acuerdo con esto, se ha decidido que la acción entablada por una madre para exigir alimentos a favor del hijo que ha tenido de determinado hombre, es improcedente, pues aun cuando la demanda no tiene por objeto la filiación, la comprende indirectamente, toda vez que la acción así entablada, no podría justificarse, sin rendir pruebas de la paternidad (1). Esto no impide, sin embargo, el que una mujer encinta de un hombre, si ha sido seducida por éste, pueda reclamarle daños y perjuicios (2); pero estos daños y perjuicios no pueden tener por fundamento la paternidad, pues para esto, necesario sería hacer una investigación respecto de ella, que la ley prohibe; el fundamento de tal demanda tiene que ser, en el caso, la seducción de la mujer, independiente, en un todo, del hecho de la preñez; preñada o no, puede la mujer reclamar daños y perjuicios en virtud del principio de que todo acto dañoso obliga a quien lo comete a la correspondiente indemnización; pero entiéndase bien, no es, en este caso, por la preñez, por lo que se causan aquellos daños; es por el hecho mismo de la seducción; de aquí que tales daños y perjuicios no puedan comprender los gastos de preñez y parto, ni los de sostén del niño nacido o por nacer (3).

¿El principio prohibitivo de la investigación de la paternidad tiene aplicación, cuando para probar la existencia

(1) Zachariœ, ob. cit. t. I. § 169; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 91; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 677.

(2) Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1529; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 90.

(3) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 679.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de un delito, es necesario rendir pruebas respecto de la paternidad? Supongamos que una mujer acusa a su marido de adulterio, y para demostrar la existencia del delito, tiene que probar que tuvo un hijo de otra mujer, durante el matrimonio ¿esta prueba cae dentro de la prohibición del artículo 343? El asunto es muy delicado; si nos atenemos al texto legal citado, interpretándolo en todo su rigor, debemos decidir, con fundamento en dicho texto, que la esposa ultrajada no puede probar el adulterio por la prueba de la filiación del hijo; pero si pensamos que en el caso, no se trata de buscar una declaración de paternidad, sino tan sólo de obtener una prueba del adulterio cometido por el esposo infiel, si consideramos que la ley, al haber dado a la mujer el derecho de quejarse del adulterio de su marido, no pudo haberle negado los medios de probarlo, entre los que se encuentra el de haber tenido aquel un hijo fuera de matrimonio, la solución debe ser en sentido contrario, esto es, en el de que sí puede la esposa ofendida probar el adulterio, probando la filiación del hijo tenido por su esposo. La misma dificultad se presenta cuando una mujer estuprada trata de rendir pruebas del estupro, probando que ha tenido un hijo del estuprador. Por de contado que ni para probar el adulterio, ni para probar el estupro, está obligada la mujer a demostrar la paternidad del hijo, pues tanto uno, como otro delito son independientes del hecho consistente en la procreación de un hijo; pero si para probar aquellos hechos, está obligada a hacerlo, por las consecuencias que de ellos han resultado, o sea, el nacimiento de un hijo ¿vá a prohibírsele que rinda estas pruebas? Tales son las razones que se dan para admitir, en los casos expresados, la investigación de la paternidad; no obstante que estas razones nos inclinan en favor de la tesis a que sirven

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de fundamento, creemos que el punto es muy delicado para poder dar una solución en firme.

365. «La prohibición de investigar la paternidad existe tanto en favor como en contra del hijo,» dice la parte final del artículo 343, queriendo dar a entender con esto, que tan improcedente es la demanda formulada por el hijo o por la madre, con el objeto de probar que aquel es obra de determinado hombre, como la que se formulara en contra del hijo, para probar que tiene determinada filiación natural y excluírlo así, de ciertos derechos. En uno y otro caso, los procesos que con este motivo surgieran serían igualmente escandalosos y el resultado de llos igualmente incierto, y si es el escándalo y la incertidumbre lo que quiere evitar la ley, lógico es que la prohibición afecte a ambos casos.

No ha faltado, sin embargo, entre los comentadores del Código de Napoleón, autores, como Delvincourt (1), que sostienen la teoría de que si la demanda sobre investigación de la paternidad es en contra del hijo, no queda comprendida dentro de la prohibición de la ley de hacer aquella investigación; pero esta teoría ha quedado, se puede decir, aislada; por lo que respecta a nuestro derecho, tiene tanta menos aplicación, cuanto que los términos del artículo 343 son, hasta redundantes, para explicar la idea del legislador de prohibir, en lo absoluto, la investigación de la paternidad.

366. El principio que prohibe la investigación de la paternidad no es, sin embargo, del todo, absoluto; tiene una excepción consagrada por el artículo 344, que dice que *el hijo puede reclamar la paternidad en los casos del artículo 358*, el que, a su vez, expresa que *en los casos de rapto o violación, cuando la época del delito coincida con la concepción*,

(1) Delvincourt, ob. cit. t. I ota 6 de la pág. 93.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

podrán los tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad.

367. ¿Cuáles son los motivos de esta excepción? Los motivos son que cuando está comprobado el rapto o la violación y hay coincidencia de la fecha en que se cometieron esos delitos con la época de la concepción, nacen gravísimas presunciones de paternieaden contra del raptor o violador, disminuyendo con estas presunciones, la incertidumbre de la prueba de la paternidad.

368. Dos condiciones son indispensables para que prospere la excepción consagrada por el artículo 344: que se haya cometido un delito de rapto o violación y que la época en que se cometió uno u otro delito coincida con la época de la concepción.

369. ¿En qué sentido deben entenderse las palabras *rapto* y *violación*, empleadas por la ley? Dados los términos en que está redactado el artículo 358, creemos que ese sentido no puede ser otro que el que les da a esas palabras el Código penal, toda vez que dicho artículo, al referirse a aquellos hechos, considerándolos expresamente como delitos, no pudo haber tenido en cuenta otro concepto de las expresadas palabras, que el que consignan las leyes penales.

370. De lo anterior inferimos que para que proceda la demanda de investigación de la paternidad, en los casos de excepción del artículo 358, es preciso que el rapto o la violación en que se funde, estén probados en una sentencia dictada en causa criminal. Es verdad que la ley no exige expresamente esta circunstancia; pero desde el momento en que considera el rapto y la violación, como hechos delictuosos, y esto de un modo formal y expreso, se debe sobreentender exigida dicha circunstancia, toda vez que para que aquellos hechos se reputen delitos, es necesario que

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

una sentencia penal así lo declare. La solución contraria es sin embargo, admitida en el derecho francés (1).

371. ¿A qué reglas debe atenderse para saber si el rapto o la violación coinciden con la época de la concepción del hijo? El punto es controvertido entre los tratadistas franceses: según algunos de ellos, los jueces tienen libertad para apreciar, atentas las circunstancias que en cada caso hayan concurrido, la época en que la concepción haya podido tener lugar, sin poder aplicar para esta apreciación, las presunciones establecidas por el artículo 290, creadas únicamente para el caso de hijos procedentes de matrimonio (2); pero según otros, que son la mayoría, dichas presunciones sí deben aplicarse (3). Nosotros estamos de acuerdo con esta última opinión por las razones que en en otra parte de esta obra hemos dado.

372. De lo anterior resulta que la investigación de la paternidad no puede tener lugar, antes del nacimiento del hijo, pues para poder aplicar las reglas presuncionales del artículo 290, es indispensable conocer de antemano la fecha del nacimiento.

373. Debemos tener presente que el artículo 358 no dice que probado el rapto o la violación y demostrada la coincidencia del delito con la época de la concepción, la paternidad *deberá* declararse; dice que *podrá* ser declarada, lo que significa que no obstante la demostración plena de aquellos hechos, el juez tiene la facultad de declarar no probada la acción del demandante. La razón es obvia: a pesar de estar

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 492; Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 95; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 684.

(2) Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 98; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1534.

(3) Aubry et. Rau, ob. cit. t. VI. § 569; Demolombe, ob. cit. t V. núm. 493; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 585.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

demostrado el delito y su coincidencia con la época de la concepción, el hijo puede no ser obra del padre que se pretende que lo es, y siendo así, justo y lógico es que la ley le conceda una amplitud de criterio al juez, para decidir si ha quedado demostrada o no la paternidad, teniendo, para el caso, en cuenta todas las circunstancias que hayan concurrido. A este propósito, dice Demolombe: «En el primer rango de las circunstancias que los magistrados tendrán que tomar en cuenta en esta delicada apreciación, es preciso colocar las costumbres y la reputación de la mujer raptada; el secuestro más o menos restringido en que el raptor la haya tenido; la constitución física del hijo; la conducta del raptor mismo, cuando tuvo conocimiento de la preñez y la confesión más o menos explícita de paternidad, que uno pueda inducir de su manera de ser, de sus escritos, de sus cartas, y sobre todo, del reconocimiento mismo por acto bajo sello privado, que él hubiese hecho del hijo etc.» (1).

Núm. 2. De la investigación de la maternidad

374. Hemos visto que el fundamento principal del principio prohibitivo de la investigación de la paternidad es el misterio en que está envuelta la generación; tratándose de la maternidad, no puede decirse que exista tal fundamento, supuesto que ésta es susceptible de probarse con el más alto grado de certidumbre; de aquí que la ley, que prohibe la investigación de la paternidad, admita la de la maternidad, aunque sujetándola a ciertas restricciones, que tienen por objeto salvaguardar el derecho de la mujer de la posi-

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 494.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

bilidad de acusaciones calumniosas, y garantizar la tranquilidad de las familias. *Solamente el hijo*, dice el artículo 345, *tiene derecho de investigar la maternidad para obtener el reconocimiento de la madre; y únicamente podrá hacerlo concurriendo las circunstancias siguientes:*

I. *Que tenga en su favor la posesión de estado de hijo natural de aquella;*

II. *Que la persona cuya maternidad se reclame no esté ligada con vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento.*

Con la primera condición, la ley trata de evitar que la madre que quiere ocultar su deshonra, se vea expuesta a la publicidad de un debate en que aquella se haga patente; con la segunda condición, queda garantizada la tranquilidad del hogar. Ambas condiciones son, sin duda alguna, una prueba evidente del poco favor con que el legislador ve a los hijos naturales, cuyos derechos no vacila en sacrificar a un honor mal entendido de la madre, o a la tranquilidad de un matrimonio al que es enteramente extraño el hijo. Sea lo que fuere, siempre es un bien para éste, atento el criterio que domina entre los legisladores en materia de filiación natural, que no se le sacrifique en lo absoluto.

375. Satisfechas las dos condiciones antes mencionadas, el hijo puede rendir pruebas respecto a su filiación, con relación a la madre; ahora bien, la cuestión de maternidad es compleja y comprende dos elementos principales: el parto de la mujer y la identidad del que pretende la filiación con el hijo nacido de ese parto; el individuo, pues, que pretende probar que es el hijo natural de tal mujer, debe probar que esta mujer ha dado a luz un niño y que él mismo es el sér dado a luz. En vista de que el Código no sujeta la prueba de estos hechos a restricción alguna, es claro que

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

el demandante puede probarlos por todos los medios de prueba que establece el derecho común.

376. ¿El acta de nacimiento, cuando en ella se expresa el nombre de la madre, sin que ésta haya concurrido al acto, pueda hacer prueba de que la mujer ahí designada ha dado a luz a un niño? Creemos que no; en los términos del artículo 75, cuando el hijo no es legítimo, no debe asentarse en el acta el nombre de sus padres, más que en el caso de que éstos lo pidan; si contraviniéndose a esta disposición, las personas que declaran el nacimiento asientan el nombre de la madre, su declaración a este respecto es ilegal, y por lo tanto, no debe producir prueba ninguna.

377. ¿En qué consiste la posesión de estado de hijo natural, que la ley requiere, como condición previa, de la investigación de la maternidad? El artículo 346 lo dice en términos tan claros, que no necesita comentario: *La posesión de estado, para los efectos del artículo anterior, se justifica probando el hijo por los medios ordinarios, que la pretendida madre cuidó de su lactancia y educación, y que lo reconoció y trató como a su hijo.*

378. ¿La obligación contraída de dar alimentos a un individuo puede constituir una presunción de paternidad o maternidad, o cuando menos, ser un motivo para investigar éstas? Seguramente que no; un hombre o una mujer pueden obligarse a dar alimentos a otro, con un objeto meramente caritativo, y sería inicuo que este sentimiento piadoso se interpretara en forma de perjudicar los derechos del que lo tiene; por esto, y con el muy plausible objeto de evitar discusiones respecto de un hecho, en sí tan dudoso, el artículo 347 declara que *la obligación contraída de dar alimentos no constituye por sí sola prueba y ni aun presunción de paternidad o maternidad. Tampoco podrá alegarse*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

como razón para investigar éstas. Lo que no quita que aquel hecho, unido a otras pruebas sobre la paternidad o maternidad, pueda ser prueba de éstas.

Núm. 3. De las acciones de investigación de la paternidad y la maternidad

379. En los términos del artículo 358, la investigación de la paternidad, en los casos de rapto y violación, únicos en los que la ley la permite, puede promoverse *a instancia de las partes interesadas.* Se ha pretendido restringir la amplitud de esta frase, que figura también en el artículo 340 del Código civil francés, haciéndola referirse únicamente al hijo y a la madre, únicas partes, se dice, que tienen interés en la investigación de la paternidad (1); pero esta restricción es inadmisible: la ley dice *partes interesadas* y éstas son, en el lenguaje gramatical, todas aquellas que tienen un interés, cualquiera que sea, en probar la paternidad; según esto, los herederos de un hijo natural tienen derecho de investigar la paternidad del autor de la herencia (2).

380. Pero si la acción de investigación de la paternidad pertenece a todo interesado, la de investigación de la maternidad no puede ejercitarse más que por el hijo; los términos de la ley son terminantes: *Solamente el hijo*, dice el artículo 345, *tiene derecho de investigar la maturnidad*..... De aquí resulta que los herederos del hijo no pueden, en ningún caso, ejercitar aquella acción.

(1) Demolombe, ob. cit. t. V. núm. 527; Dalloz, ob. cit. palabra «paternité» núm. 636; Huc. ob, cit. t. III. núm. 88; Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1535.

(2) Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 99; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm. 694.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

¿Cuál es la razón de esta diferencia? La razón que se da es que la investigación de la paternidad constituye un hecho excepcional, que muy pocas veces puede tener lugar, por las muchas restricciones de que la ley lo rodea, en tanto que la investigación de la maternidad puede verificarse con mucha frecuencia, la que aumentaría, con gran escándalo público, si se concediera a cualquiera el derecho de promoverla. La razón no es muy convincente; desde el punto de vista jurídico, no se explica uno que el derecho del hijo para averiguar su filiación no pueda ejercitarse más que por él mismo, tratándose de la maternidad y pueda serlo por otras personas, tratándose de la paternidad. Sin embargo, la distinción está formulada en términos categóricos por la ley, y fundada o no, hay que respetarla.

381. ¿En qué tiempo pueden los hijos ejercitar las acciones de investigación de la paternidad y la maternidad? Los artículos 359 y 360 dan respuesta a esta pregunta, diciendo: *las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos el derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su emancipación o de su mayor edad.*

Núm. 4. De los efectos del reconocimiento forzado

382. Los efectos que produce el reconocimiento forzado o judicial son los mismos que los que produce el reconocimiento voluntario. No hay diferencia ninguna entre ambos: el reconocimiento, ya sea voluntario, ya sea judicial, tiene por objeto comprobar el hecho de la filiación natural; nada, pues, puede influir, en los efectos de esa filiación, su diferente modo de prueba.

383. Existe, sin embargo, una diferencia entre aquellos

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

dos modos de prueba, y es que, en tanto que el reconocimiento voluntario prueba la filiación natural del hijo con respecto a todo el mundo, el forzado o judicial, como proveniente de un juicio, no la prueba más que con respecto a las personas que han sido partes en el litigio (1). De aquí hay que inferir que el hijo que ha logrado probar que determinada mujer es su madre, puede promover una nueva demanda de investigación de maternidad en contra de otra mujer, la que no podrá hacer valer la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia que le asignó al hijo otra filiación, por haber sido extraña al juicio en que se pronunció esa sentencia.

SECCION 3ª

DE LOS EFECTOS DE LA FILIACION NATURAL

384. Se confunden generalmente, por los autores, los efectos de la filiación con los efectos del reconocimiento, siendo que ambas cosas son muy distintas: la filiación es uno de los elementos del estado de las personas; el reconocimiento no es más que un modo de prueba de ese estado. Esta distinción que hemos anotado, explica el que ahora consagremos una sección especial a los efectos de la filiación natural, después de habernos ocupado, en otras secciones, de los efectos que producen el reconocimiento voluntario y el judicial.

385. La filiación natural, según ya lo hemos dicho, produce efectos mucho menos extensos que la filiación legítima. Los legisladores nunca han visto con buenos ojos a los hijos procedentes de uniones ilícitas, y de aquí que hayan

(1) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. IV. núm 704.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

establecido distinciones entre estos hijos y los legítimos, colocando a los primeros en un grado de inferioridad bastante grande, con respecto a los segundos.

386. Estas diferencias, sin embargo, no afectan a los derechos civiles de los hijos naturales; éstos, al igual que los legítimos, son aptos para trasmitir su sucesión a sus descendientes y para heredarlos, así como para celebrar toda clase de contratos, sea a título oneroso, sea a título gratuito.

387. En donde se nota la gran diferencia que hay entre los hijos legítimos y los naturales es en lo que concierne a las relaciones de parentesco que crean una y otra filiación; en este particular, la posición de los hijos naturales es muy inferior a la de los hijos legítimos: en efecto, éstos entran en la familia de sus padres, créandose entre ellos y los parientes de sus progenitores relaciones de parentesco que engendran derechos y obligaciones recíprocas: los hijos naturales, por el contrario, permanecen extraños a la familia de sus padres: no tienen otros parientes, aparte de sus descendientes, que el padre o la madre que los han reconocido; entre los parientes del autor del reconocimiento y el hijo reconocido no existe vínculo ninguno de parentesco; por lo tanto, no hay entre unos y otros, derechos ni obligaciones de ningún género. *El reconocimiento no produce efectos legales sino respecto del que lo hace*, dice el artículo 239, para expresar los anteriores conceptos. Sin embargo, como lo veremos en su oportunidad, la ley parece reconocer la existencia de cierto parentesco entre los hijos naturales y los legítimos, procedentes de un mismo padre, pues establece entre ellos, derechos de sucesibilidad recíprocos y además, como ya lo hemos visto, por razones de moralidad, hace del parentesco natural un impedimento para el matrimonio.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

383. ¿La filiación natural crea relaciones de parentesco entre los padres del hijo reconocido y los descendientes de este último? Por lo que se refiere a los descendientes naturales, no cabe la menor duda en que su parentesco se limita a la persona del padre o los padres que los hayan reconocido, toda vez que el reconocimiento no produce efectos legales, sino respecto del que lo hace; pero tratándose de descendientes legítimos, por más que existen opiniones en contra, somos de parecer que sí existen vínculos de parentesco entre estos descendientes y sus abuelos; en efecto, la ley no admite el parentesco entre el hijo natural reconocido y los parientes del autor del reconocimiento, porque considera que tal hijo es el fruto de una falta, cuyas consecuencias no ha creído que sea razonable que trasciendan a los parientes del que la cometió, creando entre esos parientes y el hijo, un parentesco, en cierto modo, vergonzoso; pero tratándose de relaciones de parentesco entre los descendientes legítimos del hijo natural y los padres que lo reconocieron, no cabe alegar aquella razón, pues para dichos padres no puede, en modo alguno, ser vergonzoso tener vínculos de parentesco con los miembros de la nueva familia, a los cuales, propiamente, ha dado nacimiento su misma falta. Por lo demás, basta leer las artículos 365 y 366 y las disposiciones relativas á la sucesión legítima para convencerse de que en nuestro Código se reconoce, de modo indubitable, el parentesco entre los decendientes legítimos del hijo natural y los padres de este hijo.

389. La filiación natural crea relaciones de parentesco entre el hijo y el padre o los padres que lo hayan reconocido ¿cuáles son los derechos y las obligaciones que derivan de tal parentesco? Estos derechos y obligaciones son semejantes á los que existen entre el hijo legítimo y sus padres. El padre de un hijo natural ejerce sobre éste la patria po-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

testad con todas las facultades y deberes inherentes a este ejercicio: puede corregirlo y castigarlo templada y mesuradamente, tiene la obligación de educarlo en forma adecuada a su sexo y circunstancias, es su legítimo representante y administrador de sus bienes, teniendo sobre éstos la parte que en los frutos le señala la ley, y tiene, en fin, el derecho de consentir o no, en su matrimonio, cuando no ha llegado a la mayor edad. Además, la filiación natural crea entre el padre y el hijo una obligación recíproca alimenticia y un derecho de sucesibilidad también recíproco; finalmente, el hijo natural tiene el derecho de llevar el apellido del padre que lo reconoció. El artículo 357 se refiere a estos efectos diciendo 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 señala la ley en caso de intestado y la pensión alimenticia que establece el artículo 3,324.*

390. Naturalmente, para que la filiación natural produzca estos efectos, es preciso que esté legalmente establecida, lo que es lo mismo, que el hijo haya sido reconocido; esto no quiere decir que el reconocimiento sea el que produce les mencionados efectos; es la filiación misma la que los produce; si no hay reconocimiento, es verdad que no se producirán tales efectos; pero esto es porque el reconocimiento es la prueba de la filiación, sin el cual, esta misma no existe a los ojos de la ley, por no estar comprobada.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

SECCION 4ª

DE LA FILIACION ESPURIA

391. Por filiación espuria se entiende aquella que procede del adulterio o del incesto. La ley no admite el reconocimiento de los hijos adultérinos e incestuosos; pero como quiera que estos hijos, por el solo hecho de venir al mundo, tienen derechos naturales con relación a sus padres, y sería inicuo que no pudieran ejercitarlos, el legislador mexicano ha permitido que puedan ser *designados*, a fin de que, determinada por esta manera su filiación, estén en aptitud de reclamar los derechos que les pertenecen.

En este particular, la legislación mexicana marca un gran progreso con respecto a otras legislaciones que, como la francesa, no admiten, en lo absoluto, ninguna clase de reconocimiento de los hijos espurios; para los legisladares en general, estos hijos no tienen filiación, carecen de estado; apenas si se les concede el derecho de vivir; ya hemos visto cuán injusto, cruel e inhumano es este modo de sentir; la nota de infamia que la sociedad hace recaer sobre esos seres desgraciados, fruto del crimen, no es sobre ellos sobre quienes debe recaer, sino sobre los autorees del crimen, sobre los padres que los engendraron; se quiere castigar la infamia cometida ¡qué el castigo pese sobre los padres, que son los culpables; no sobre los hijos, que son inocentes! Muy digno es, pues, de alabanza el legislador mexicano, que ha roto, aunque sólo sea en parte, con aquellos injustos e inhumanos principios, concediendo a los hijos espurios algunos derechos, cuando menos; no los equipara a los hijos naturales, como en rigor de justicia, debería ser; no permite que se les reconozca; pero al menos admite que se les designe, y esto, por sí solo, no deja de ser un gran adelanto.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

392. ¿En qué forma puede hacerse la designación de los hijos espurios? *La designación de hijos espurios*, dice el artículo 361, *además del medio establecido en el artículo 100, puede hacerse por testamento, observándose lo dispuesto en los artículos 78, 79, 80 y 96. Son aplicables a la designación*, agrega dicho artículo, *las disposiciones de los artículos 336, 339, 341, 342 y 349 a 356.*

El reconocimiento, según vimos al comentar el artículo 340, puede hacerse en la partida de nacimiento ante el juez del Registro civil, por acta especial ante el mismo juez, por escritura pública, en testamento y por confesión judicial directa y expresa; en los términos del artículo 361, la designación solamente puede hacerse en la partida de nacimiento y en testamento; la razón de esta diferencia verdaderamente no la percibimos.

393. La parte final del artículo 361 hace aplicables a la designación, como acabamos de verlo, las disposiciones de los artículos 336, 341, 342 y 349 a 356, que se refieren al reconocimiento. Es de notarse que entre los artículos citados, no están comprendidos los 343, 344 y 345, que prohiben la investigación de la paternidad y maternidad ¿tal omisión deberá interpretarse en el sentido de que los hijos adulterinos e incestuosos tienen derecho de hacer aquellas investigaciones? Evidentemente que no, pues sería absurdo considerar que lo que la ley prohibe para los hijos naturales simples, cuya condición, en el criterio legal, es muy superior a la de los hijos espurios, lo permitiera para éstos.

394. Por muchos que sean los derechos que el legislador ha querido conceder a los hijos procedentes de uniones adulterinas e incestuosas, no ha llegado al grado de equipararlos con los hijos naturales simples, y de aquí que para evitar toda clase de dudas, aun para el caso de que el hijo sea reconocido en lugar de ser designado, haya, dispues-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

to, en el artículo 357, que *siempre que en virtud de sentencia ejecutoriada resultare que el hijo reconocido procede de unión adulterina o de incestuosa no dispensable, el hijo no tendrá más derechos que los que la ley concede a los espurios.* La razón es obvia: no porque el hijo haya sido reconocido, en vez de ser designado, deja de ser un hijo espurio, si este estado le resulta probado de una sentencia; ahora bien, siendo así, no habría motivo para concederle otros derechos distintos de aquellos que, según su verdadero estado, le corresponden.

TITULO SEPTIMO

DE LA MENOR EDAD

395. *Las personas de ambos sexos que no hayan cumplido veintiún años, son menores de edad*, dice el artículo 362. Decir que una persona es menor de edad, es decir que es incapaz de ejercitar sus derechos civiles. El legislador mexicano ha fijado la minoría de edad hasta los veintiun años, porque ha considerado que, dado nuestro clima, nuestras costumbres y nuestras instituciones sociales y políticas, antes de esa edad, el individuo carece de la madurez de espíritu y de la experiencia, que son necesarias para que pueda conducirse por sí mismo.

396. ¿Cómo deben contarse los veintiún años que constituyen la minoría de edad: por días o por horas? No habiendo formulada regla ninguna a este respecto, debe uno resolver la cuestión de acuerdo con los principios generales: la ley fija la mayoría de edad en los veintiún años, porque considera que antes de esa edad, el individuo no es apto para conducirse por sí mismo; es, pues, el transcurso de

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

determinado tiempo, el que, en el concepto de la ley, da la capacidad; no hay, pues, motivo ninguno para que ese tiempo no se cuente de momento a momento; en efecto, si un individuo alcanza el pleno desarrollo de sus facultades mentales, cuando han transcurrido veintiún años a contar de su nacimiento, no hay razón para que ese plazo se alargue, no tomando en consideración, para computarlo, el día del nacimiento, lo que forzosamente tendría que suceder si dicho plazo se contara por días, como sucede tratándose de la prescripción. Hacer esto, sería crear una ficción que no se explicaría, sino en presencia de un texto legal, y no habiéndolo, la razón y la lógica aconsejan atenerse a los principios generales. Por otra parte, en materia de prescripción se explica que los términos se cuenten por días, porque no es posible, después del transcurso de los años, conocer el momento preciso en que la prescripción comenzó; pero tratándose del nacimiento de una persona, no hay esta dificultad, toda vez que las actas de nacimiento, por mandato expreso de la ley, deben contener la hora en que el niño presentado nació, y en último resultado, el nacimiento es un hecho notable, cuyo recuerdo, por lo mismo que tiene radical importancia, es de suponerse que quede gravado en la memoria de las personas que lo presenciaron.

Pero ¿qué sucederá en el caso raro en que el acta de nacimiento no contenga la enunciación de la hora en que tuvo verificativo? Como en cualquier caso de omisión de algún dato en el acta, nada impedirá el que se rindan pruebas respecto al punto omitido.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

TITULO OCTAVO

DE LA PATRIA POTESTAD

397. La patria potestad, como todas las instituciones jurídicas, ha estado sometida al proceso evolutivo de los tiempos. En el derecho romano primivo, la patria potestad era el poner absoluto, omnímodo, que tenía el padre sobre la persona y bienes de sus hijos, poder que llegaba hasta el grado de permitir que un padre se deshiciera de su hijo. vendiéndolo y hasta matándolo; el rigor excesivo de esta legislación se templó a la caída de de la República, dulcificándose más aún, bajo la influencia de las costumbres germanas; pero no ha sido sino hasta las épocas actuales, cuando se ha venido a comprender el verdadero papel que, como institución protectora de la persona y bienes de los hijos, representa, en la sociedad, la patria potestad.

398. Conforme al criterio moderno, las relaciones jurídicas entre padres e hijos, ya no son, como en el derecho primitivo, un conjunto de derechos ilimitados de los primeros sobre los segundos, y ni siquiera un conjunto de derechos y deberes recíprocos, como más tarde se consideraron; dichas relaciones son un conflicto de deberes que, por el hecho mismo de la generación, tienen los padres respecto de los seres que han engendrado; verdad es que aquellos ejercen determinadas facultades sobre los hijos; pero tales facultades no son, propiamente, sino medios que la ley les otorga a los padres para llenar el cumplimiento de los deberes que la naturaleza les ha impuesto.

399. Este criterio sobre la patria potestad nos da la norma para interpretar las disposiciones del Código sobre

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

la materia, cuando de su aplicación resultan conflictos entre el padre y el hijo, o, para hablar más propiamente, entre el poder del padre y los derechos del hijo: considerada la patria potestad en la forma en que la hemos considerado, es evidente que todo conflicto que surja entre quien la ejerce y quien está sometido a ella, por razón de cualquier disposición dudosa, debe interpretarse a favor de este último (1).

400. Siendo la patria potestad una institución tutelar y protectora del hijo, no debe durar más tiempo que aquel en que el sometido a su dominio, por la poca experiencia que resulta de su edad, no puede conducirse por sí mismo; consecuencia de lo cual es que el poder paterno no puede ejercerse más que respecto de los menores de edad. Por otra parte, siendo la patria potestad un atributo de la paternidad, sus efectos no pueden sobrevivir á la extinción de ésta; de manera que debe considerarse que termina, cuando el hijo no tiene padres o ascendientes que la ejerzan; esto es lo que expresa el artículo 364, diciendo que *los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de los ascendientes a quienes corresponde aquella según la ley.*

401. Consecuencia del carácter tutelar que tiene la patria potestad, es el artículo 373, en cuyos términos *el que está sujeto al poder paterno no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho.*

402. La patria potestad forma parte del régimen familiar, base de la sociedad; de aquí que los preceptos que la reglamentan interesen, en alto grado, al orden público y no puedan, por lo mismo, modificarse por virtud de convenios

(1) Laurent, ob. cit, t. IV núm. 260.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

privados. De acuerdo con esto, si en unas capitulaciones matrimoniales, se conviene en que será la madre, y no el padre, la que tendrá el ejercicio del poder paterno, o bien, que los hijos varones serán educados en la religión del padre, y las hijas, en la de la madre, tales estipulacianes serán totalmente nulas: la primera, por contravenir al principio de que la madre tiene el ejercicio de la patria potestad sólo a falta del padre, y la segunda, porque quita al padre uno de los atributos del poder paterno, cual es el de educar a los hijos en la forma que le parezca más conveniente (1).

403. La patria potestad se ejerce respecto de la persona y bienes de los hijos. Siguiendo la clasificación aceptada por nuestro Código, estudiaremos, en capítulos separados, los efectos que aquella produce, ya con relación a la persona, ya con relación a los bienes del menor.

CAPITULO PRIMERO

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LAS PERSONAS DE LOS HIJOS

404. Bajo el anterior rubro, se ocupa nuestro Código, no solamente de los efectos que produce la patria potestad sobre las personas de los hijos, sino también de los padres que tienen el ejercicio del poder paterno y de los hijos sobre quienes se ejerce. Por razón de método, estudiaremos estas tres materias por separado.

(2) Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. V. núm. 222.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

I

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LAS PERSONAS DE LOS HIJOS

405. El artículo 360 del Código, reproduciendo en términos muy semejantes el artículo 371 del Código de Napoleón, expresa que *los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes*. Mucho se ha discutido sobre el alcance del anterior principio, que para algunos autores no tiene más valor que el de una máxima moral, desprovista de toda sanción jurídica, y por lo mismo, impropia de figurar en el Código civil; más no así para otros, para quienes el mencionado principio es un verdadero precepto legal, del que hacen derivar consecuencias, de más o menos importancia.

Dicho precepto, dicen los que profesan esta última opinión, servirá de norma al juez para dirimir las contiendas que surjan entre los padres y los hijos, rechazando cualesquiera pretensiones de éstos, que ofendan la dignidad y honra de aquellos; por aplicación de esta teoría, sostienen que toda acción del hijo que tenga por objeto una reclamación en contra del padre, por haber dilapidado sus bienes, toda queja por malos tratamientos recibidos, deben ser repelidas, como contrarias al sentimiento de respeto y piedad filiales (1). Estas consecuencias, a que conduce la anterior opinión, son la mejor refutación que de ella puede hacerse, pues si se prohibe al hijo ejercitar toda acción vindicatoria de los derechos conculcados por su padre, bajo el pretexto de que se ofende la dignidad de éste, ¿a qué vienen a redu

(1) Prouhdon, ob. cit. t. II. pág. 238.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

cirse aquellos pretendidos derechos? No; seguramente que en la mente del legislador no pudo haber estado el dar al principio de que se trata tal alcance; no puede, ni remotamente, suponerse que el legislador, que tanto se preocupó, al reglamentar la patria potestad, de salvaguardar los intereses del hijo, que modificó el criterio de aquella institución considerándola, no ya como un conjunto de derechos de los padres sobre los hijos, sino como un conjunto de deberes de aquellos respectos de éstos, hubiera sacrificado tales intereses, haciendo ineficaz e ilusoria la protección que quiso otorgarles. La interpretación que quiere darse al artículo 371 del Código de Napoleón, concordante del 363 de nuestro código, pugna resueltamente con el espíritu de la ley, y desde cualquier punto de vista que se le considere, es inadmisible.

Pero, entonces, se dirá ¿qué objeto tiene aquel artículo? Como dice Laurent (2), muy embarazados se ven los autores para encontrarle alguna significación jurídica a la disposición de que se trata, y a fuerza de querer dar con alguna, torturando el espíritude la ley, han dicho que es como la premisa de que derivan los demás textos legales que reglamentan las relaciones entre los padres y los hijos; pero esto es también inadmisible, pues los derechcs y los deberes a que se refieren aquellos textos son una consecuencia de la patria potestad, y el respeto filial es debido por los hijos a los padres, aun terminado aquel poder, o como dice el propio precepto, *cualesquiera que sean el estado, edad y condición del hijo*.

La dificultad no queda, pues, resuelta con la anterior explicación; pero ¿a qué buscarle un significado a aquello que no lo tiene? ¿no es más sencillo admitir, como es la

(2) Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 270.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

realidad, que los artículos citados constituyen una máxima moral, como otras muchas que figuran indebidamente en los Códigos, sin sanción ninguna y sin alcances de ningún género? (1).

406. De acuerdo con la idea que hemos dado de la patria potestad, ésta representa un conflicto de deberes, que tienen los padres respecto de los hijos que han engendrado; pero como estos deberes no podrían cumplirlos, sin ejercer ciertas facultades sobre los mismos hijos, la ley les proporciona a los padres tales facultades, como medios para llenar el cumplimiento de sus deberes. Estas facultades pueden reducirse a tres, que son: el derecho de vigilancia, el derecho de educación y el derecho de corrección. Vamos a estudiar, por separado, estos tres derechos.

Núm. 1. Del derecho de vigilancia

407. El derecho de vigilancia es el derecho que tiene el padre para cuidar de todos y cada uno de los actos de sus hijos; el artículo 368 fija el medio de ejercitar este derecho, estableciendo que *mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa del que la ejerce, sin permiso de éste o decreto de la autoridad pública competente.* Malamente podría el padre cumplir la obligación que tiene de educar al hijo y conducirlo durante su menor edad, si no se le concediera la facultad de obligarlo a vivir a su lado.

408. Solamente en dos casos puede el hijo dejar la casa paterna: con permiso del padre, o por decreto de la autoridad pública competente Si fuera de éstos casos, el hijo

(1) Huc, ob. cit. t. III. núms. 164; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. V. núm. 132.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

abandona el hogar, el padre tiene el derecho de hacerlo regresar a él, con el auxilio de la fuerza pública.

¿Puede el hijo separarse de la casa paterna, sin consentimiento del padre, ni orden de la autoridad, cuando recibe malos tratamientos? Se ha dicho que permitir al hijo ausentarse del hogar sin autorización legal, es permitirle que se haga justicia por sí mismo, pues que si recibe malos tratamientos de su padre, su obligación es ocurrir a los tribunales, solicitando su separación de la casa paterna. Tal es también nuestra opinión, atentos los términos suficientemente explícitos del artículo antes transcrito.

409. El derecho de vigilancia que tiene el padre sobre el hijo lo autoriza para revisar sus papeles, correspondencia y cuanto más sea necesario, para el debido ejercicio de aquel derecho (1).

Núm. 2. Del derecho de educación

410. El padre no solamente tiene la obligación de velar por la conservación y desarrollo físico del hijo, sino también la de atender a su educación moral e intelectual. *Al que tiene al hijo bajo su patria potestad*, dice el artículo 369, *incumbe la obligación de educarle convenientemente.*

411. De acuerdo con el anterior artículo, el padre tiene el derecho de escoger el género de educación que debe recibir su hijo. Pero ¿este derecho es absoluto? ¿el hijo está obligado a seguir la carrera que le imponga la persona que ejerce sobre él la patria potestad, aunque esa carrera sea contraria a sus aspiraciones e inclinaciones naturales? Nosotros no lo creemos. El artículo transcrito dice que la edu-

(1) Demolombe, ob. cit. t. VI. núm. 301 bis; Aubry et Rau, ob. cit. t. VI. § 550.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

cación que el padre ha de dar al hijo debe ser *conveniente*. Ahora bien, dentro de la amplitud de este concepto, cabe decir que no es una educación *conveniente* aquella que no se aviene con las inclinaciones del menor. Si, pues, se pretende dedicar a éste al ejercicio de una profesión para la que no tiene aptitudes, contrariando sus inclinaciones que lo llaman a otra parte, juzgamos que tiene el derecho de ocurrir a los tribunales, en contra de la decisión de sus padres.

Esta interpretación del texto legal transcrito nos parece tanto más jurídica, cuanto que pone a dicho texto en armonía con los más sanos principios de la razón, pues si lógico es que los padres ejerzan una poderosa influencia sobre el porvenir intelectual de sus hijos, no lo es menos que éstos tengan también una gran intervención en la decisión de ese porvenir, que les es propio; si, pues, existe conflicto entre la voluntad del padre y el interés del hijo, lo racional es que los tribunales lo resuelvan; dejar al padre en la más amplia libertad para dedicar al hijo a determinada carrera, aunque no le convenga, es sacrificar el interés del hijo al capricho del padre, lo que evidentemente no es justo.

Núm. 3. Del derecho de corrección

412. El derecho de corrección es una consecuencia del deber que tienen los padres de educar a sus hijos; para que puedan llenar este deber, es preciso que puedan emplear ciertas medidas correctivas en contra del hijo; pero estas medidas no han de ser por ningún motivo rigurosas; el derecho moderno no concede ya al padre, como el primitivo derecho romano, facultades de vida o muerte sobre sus hijos; ni siquiera le permite imponerles castigos que lleven perturbaciones a su salud; nada de eso; el padre puede castigar al hijo, porque sin esta facultad carecería de medios

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

para llenar el deber de educación que la naturaleza y la ley le imponen; pero el castigo debe ser templado y mesurado. Los anteriores conceptos se desprenden claramente del artículo 370, que dice que *el padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada* y *mesuradamente*. Si excediéndose en estas facultades, el padre impone al hijo castigos que atenten a su salud y a su vida, las autoridades tendrán el derecho de intervenir para reprimir estos abusos.

413. Puede suceder que las faltas cometidas por los hijos revistan una gravedad tal, que los simples castigos domésticos no puedan considerarse bastantes para corregirlas; en este caso, justo es que el padre o ascendiente que ejerza la patria potestad, ocurra a las autoridades para solicitar de ellas ayuda. *Las autoridades*, dice el artículo 371, *auxiliarán a los padres en el ejercicio de esta* (la facultad de corrección) *y las demás facultades que le concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas para ello.*

Es digno de todo elogio el legislador mexicano por haberse separado en esta materia, de los principios consagrados por el Código de Napoleón. En este código en el que, al igual del nuestro, se consigna la obligación que tienen las autoridades de auxiliar a los padres o ascendientes en el ejercicio de la patria potestad, cuando para ello son requeridas, es tal la amplitud de facultades que la ley concede a aquellos, que basta que soliciten la detención del hijo menor de diez y seis años, para que el tribunal la decrete, sin poder ni siquiera averiguar los motivos que hayan servido de fundamento a la resolución de los padres; en esta legislación, el tribunal se convierte, por decirlo así, en un simple ejecutor de la orden del que ejerce la patria potestad; no interviene más que para legalizar dicha orden y prestarle el concurso de la fuerza pública.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

El Código mexicano no ha aceptado, en modo alguno, estos principios que, además de otros muchos inconvenientes, tienen el de confundir la autoridad punitiva, que sólo al Poder público debe corresponder, con la autoridad correctiva, única que puede corresponder a los padres. El artículo 371 impone a las autoridades el deber de auxiliar a los padres en el ejercicio de todas las facultades que les concede la ley; pero al mismo tiempo, les prescribe que al prestar dicho auxilio, obren de una manera prudente, lo que, en nuestro concepto, quiere decir que no deben convertirse en instrumento ciego de los padres, sino pesar la gravedad de las faltas cometidas por el hijo, y en vista de esa gravedad, decidir, arreglado a las condiciones del hijo, la forma en que han de prestar el auxilio para que son requeridas (1).

II

DE LAS PERSONAS QUE TIENEN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

414. Nuestro Código, queriendo evitar las discusiones que, por falta de textos expresos, han surgido en otras legislaciones, respecto de las personas que tienen el ejercicio de la patria potestad y de la forma en que han de ser suplidas en este ejercicio, ha tenido cuidado de definir claramente estos puntos en los artículos 366 y 367 que dicen:

Art. 366. La patria potestad se ejerce:
I. Por el padre;
II. Por la madre;
III. Por el abuelo paterno;
IV. Por el abuelo materno;

(1) Verdugo, ob. cit. t. V. núm. 17.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

V. Por la abuela paterna;

VI. Por la abuela materna.

Art. 367. Sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercio de la patria potestad el que el siga en el orden establecido en el artículo anterior. Esto mismo se observará en caso de renuncia hecha conforme a lo dispuesto en el artículo 397.

Como se ve por la lectura de estos artículos, la ley ha dado la preferencia, en el ejercicio de la patria potestad, al padre sobre la madre, porque teniendo aquel el poder marital, lógico era que se le concediera también el paterno, a fin de conservar la unidad de mando en el jefe de la familia. Faltando el padre y la madre, la ley llama al ejercicio de la patria potestad, a los abuelos paternos y maternos, de preferencia a las abuelas, porque supone en los primeros, por razón de su sexo, mayores condiciones de capacidad para dicho ejercicio, que en las segundas.

415. La patria potestad nunca puede estar, a la vez, en manos de dos personas; así lo expresa terminantemente el artículo 367: *sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga* etc. La razón de esto es facil de adivinar: se haría muy embarazoso el ejercicio del poder paterno, redundando esto en perjuicio del hijo, si estuviera sujeto a la voluntad de varias personas, cuyas opiniones, en la mayoría de los casos, estarían en desacuerdo; tal es, al menos, el criterio del legislador.

416. Todos los comentadores están conformes en que para que el ejercicio de la patria potestad pase de una persona a otra, en los casos de interdicción o ausencia, es necesario que tanto aquella como ésta, hayan sido judicialmente declaradas, no bastando, para el efecto, ni una locura, no seguida de interdicción judicial, ni un simple alejamiento del

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

lugar, por grande que sea, de la persona en ejercicio del poder paterno. Consideramos que en este mismo sentido debe entenderse nuestro artículo 367, corroborándonos en nuestra opinión con la lectura de las fracciones I y II del artículo 391 que, refiriéndose a los casos de suspensión de la patria potestad, dicen que ésta tiene lugar por incapacidad *declarada judicialmente* y por ausencia *declarada en forma*.

417. El artículo 367 no enumera todos los casos en que el ejercicio de la patria potestad pasa de la persona que lo tenía, a la que le corresponde, en el orden establecido por la ley, pues a los de muerte, interdicción, ausencia o renuncia que expresa, hay que agregar los de divorcio de los padres, y aquel en que la madre o abuela contrae segundas nupcias, casos en los que, por disposiciones expresas, la patria potestad se substituye en la forma que ya conocemos. De desear sería que se modificara la redacción del artículo mencionado, para evitar discusiones que pueden surgir, en virtud de los términos restrictivos que emplea.

418. El ascendiente que ejerce la patria potestad, faltando el padre, representa a éste; tiene respecto del hijo los mismos deberes que cumplir que el padre; lógico es que se le concedan también las mismas facultades; consecuente con estos principios, el artículo 372, para evitar toda clase de dudas en lo que concierne al derecho de corrección, establece que *en defecto del padre, el ascendiente a quien corresponde la patria potestad ejerce la facultad a que se refiere el artículo 370*.

419. En los términos del artículo 365, la patria potestad se ejerce, tanto sobre los hijos legítimos, como sobre los naturales legitimados o reconocidos ¿Quiénes son los llamados a ejercer el poder paterno sobre los hijos naturales? La cuestión no presenta ninguna dificultad, cuando uno sólo de los padres ha reconocido al hijo; evidentemente que él

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

será el que ejerza aquel poder; pero cuando ambos padres han practicado el reconocimiento ¿a cuál de ellos deberá darse la preferencia? El Código de Napoleón prevé esta dificultad que resuelve en el sentido de que si el padre y la madre han reconocido al hijo simultaneamente, la patria potestad corresponderá al primero, pero que si el reconocimiento se ha verificado sucesivamente, el ejercicio del poder paterno tocará a aquel de los padres, que primeramente hubiere reconocido.

En nuestro derecho no tenemos texto ninguno que, de un modo formal y expreso, como lo hace el código civil francés, resuelva el punto; pero dada la relación de continuidad que existe entre los artículos 365, 366 y 367 que expresan: el primero, que la patria potestad se ejerce, tanto sobre los hijos legítimos, como sobre los naturales legitimados o *reconocidos*, y los dos últimos, las personas que ejercitan el poder paterno y el orden en que son llamadas a él, creemos que en el caso supuesto de que ambos padres hubieren reconocido al hijo, la patria potestad deberá corresponder, de preferencia, al padre sobre la madre, sea cual fuere la época en que cada uno de ellos hubiere verificado el reconocimiento.

DE LAS PERSONAS SUJETAS A LA PATRIA POTESTAD

420 En el antiguo derecho, sólo los hijos legítimos estaban sujetos al poder paterno; sólo ellos tenían derecho a recibir protección de sus padres; los hijos naturales estaban privados de esa protección. Los legisladores modernos, inspirándose en principios más sanos, siguiendo la corriente evolutiva de la ciencia jurídica, han comprendido la enorme

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

injusticia que encerraban aquellas ideas, y considerando que los hijos naturales no son menos acreedores que los legítimos, al amparo de las leyes, han reconocido a aquellos el derecho que tienen, proveniente de la misma naturaleza, a recibir protección y ayuda de los padres que les han dado la vida. Inspirándose en tales principios, el artículo 365, que venimos comentando, declara, como ya vimos, que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los *naturales* legitimados o *reconocidos*. De acuerdo con este artículo, los hijos naturales, al igual que los legítimos, tienen el derecho de exigir de sus padres el cumplimiento de todos los deberes que son consecuencia de la paternidad.

421. ¿Los hijos espurios gozan de los beneficios de la patria potestad? en otros términos ¿la patria potestad se ejerce sobre los hijos espurios? Si nos atenemos al texto literal del artículo 365, debemos decir que el poder paterno es ajeno a aquellos hijos, pues de la redacción de dicho artículo aparece que tal poder tan sólo se ejerce sobre los hijos legítimos y sobre los naturales legitimados o reconocidos; pero si atendemos al sistema adoptado por el legislador mexicano en materia de filiación espuria, si consideramos que para el criterio de nuestras leyes, no hay en realidad entre los hijos espurios y los naturales, en cuanto al derecho que tienen de recibir de sus padres protección y ayuda, más que una diferencia de palabras, consistente en llamar *designación* al reconocimiento de aquellos, tendremos que convencernos de que la patria potestad se ejerce sobre los hijos espurios *designados*, al igual que sobre los naturales *reconocidos*. Como dice muy bien el Señor Licenciada Don Agustín Verdugo «llámese *reconocimiento* o *designación* el medio de prueba autorizado por la ley para la filiación espuria, la verdad es que los hijos a que nos referimos pueden

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

lograr, observadas ciertas precauciones, la demostración más perfecta de la paternidad o maternidad naturales. Y como con no revelarse en el acta de nacimiento ni en el testamento, que son los dos únicos medios permitidos por el Código actual del Distrito Federal para la designación de los hijos espurios, el nombre del padre casado en el caso de adulterio, y sí sólo el de uno de ellos en el de incesto, se consigue que el sér de cuya filiación se trate, aparezca ni más ni menos que como hijo natural, se sigue por necesaria consecuencia que el reconocimiento de la filiación espuria sólo deja de ser una verdad en cuanto al nombre, pero que lo es completa, si se le da el de *designación* con que se le conoce en el mencionado Código» (1).

CAPITULO SEGUNDO

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL HIJO

422. Los deberes que la patria potestad impone al padre a favor de los hijos, no se refieren solamente a la persona de éstos, sino también a sus bienes. La falta de experiencia del hijo durante su menor edad, su incapacidad para manejar sus intereses, exigen que haya alguna persona que cuide de éstos, y nada más racional que cuando el hijo tenga padres o ascendientes que ejerzan el poder paterno, sean aquellos, o en su defecto, éstos, los escogidos para cuidar aquellos intereses. Inspirado en principios tan justos y verdaderos, el artículo 374 expresa que *el que ejer-*

(1) Verdugo, ob. cit. t. V. núm. 13.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ce la patria potestad es legítimo representante de los que están bajo de ella, y administrador legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este código

423. Dos clases de derechos concede la ley al padre o ascendiente, que ejerce la patria potestad, sobre los bienes de los hijos o descendientes sujetos a ella: el derecho de administración y el derecho de usufructo; conforme al primer derecho, administra los bienes de los hijos, sin más limitación que la que fijan las leyes; conforme al segundo, es, en cierto modo, copropietario de dicho bienes.

424. Pero los expresados derechos no se ejercen por igual sobre los bienes de los hijos sujetos al poder paterno, y de aquí la necesidad de clasificarlos, que el artículo 375 ha llenado, dividiendo aquellos bienes, según su procedencia, en seis clases: *Los bienes del hijo, mientras está sujeto a la patria potestad*, dice aquel artículo, *se dividen en seis clases:*

I. *Bienes que proceden de donación del padre;*

II. *Bienes que proceden de herencia o legado del padre;*

III. *Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aun cuando aquella o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad;*

IV. *Bienes que proceden de donación, herencia o legado de los parientes colaterales, o de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre;*

V. *Bienes debidos a don de la fortuna;*

VI. *Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere.*

La anterior clasificación tiene por objeto fijar los derechos que, en la administración y en el usufructo, tienen los que ejercen la patria potestad sobre cada uno de los bienes clasificados. Respecto de los que proceden de donación del padre, la propiedad pertenece al hijo y la administración y

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

el usufructo al padre, quien puede conceder a aquel la administración y la parte que estime conveniente en los frutos, entendiéndose que esa parte es la mitad, si no ha habido declaración expresa; en los bienes que el hijo ha adquirido por su trabajo, corresponden a él, con exclusión del padre, la propiedad, la administración y el usufructo, y en los demás bienes enumerados, son del hijo la propiedad y una mitad del usufructo, perteneciendo la otra mitad y la administración a los que ejercen la patria potestad, quienes pueden ceder una y otra a favor del hijo, si lo estiman conveniente. Todo lo anterior resulta de la lectura de los artículos 376, 377 y 378 que dicen así:

Art. 376 En la primera clase la propiedad pertenece al hijo y la administración al padre. Este podrá conceder a aquel la administración, y señalarle en los frutos la porción que estime conveniente. Si el padre no hace esta designación, ten-

Art. 377. En la segunda, tercera, cuarta y quinta clase, la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo son siempre del hijo; la administración y la otra mitad del usufructo del que ejerce la patria potestad. Este podrá, sin embargo, ceder al hijo la administración o la mitad del usufructo que le corresponde, o una y otra,

Art. 378. Los bienes de la sexta clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Por separado vamos a estudiar los dos derechos que los que ejercen el poder paterno tienen sobre los bienes de los hijos o descendientes.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

I

DEL DERECHO DE ADMINISTRACION LEGAL

425. Vimos ya que el artículo 374 declara que el que ejerce la patria potestad es el representante legítimo de los que están sujetos a ella y administrador legal de sus bienes; vimos también que respecto de todos los bienes del hijo, con excepción de los que proceden de su trabajo, tiene el padre la administración legal. Tócanos ahora estudiar cuáles son las facultades que tienen los padres o ascendientes que ejercen el poder paterno, como administradores legales de los bienes de sus hijos o descendientes.

A este respecto tenemos que hacer una distinción entre los bienes muebles y los inmuebles. Con relación a los primeros, la ley no restringe, en lo absoluto, las facultades de los padres, quienes tienen la más amplia libertad para enajenarlos, darlos en prenda y celebrar, en fin, con ellos toda clase de contratos que, en su concepto, sean favorables a los intereses de sus representados; más no así por lo que hace a los inmuebles, los que, bajo pena de nulidad, no pueden ser gravados, ni enajenados, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad y previa la correspondiente autorización judicial. *El padre*, dice el artículo 382, *no puede enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles en que, conforme a los artículos 376 y 377, le corresponde el usufructo y la administración, o esta sola, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la autorización del juez competente.* La gran importancia dada por los legisladores a la propiedad inmobiliaria sobre la mobiliaria, explica, la anterior distinción, que en los tiempos actuales carece de razón de ser, atento el desarrollo, cada día más grande, que adquiere la riqueza mobiliaria.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

426. La administración legal, como consecuencia que es del poder paterno, concluye cuando este poder ya no existe, lo que acontece, entre otros casos, cuando el hijo llega a la mayor edad, o cuando adquiere la condición de emancipado; ahora bien, como en cualquiera de estos casos, cesan las funciones del padre administrador, es claro que está en la obligación de hacer entrega al hijo de los bienes y frutos que le pertenecen. Esto, por evidente, no necesitaba ser materia de un texto legal; el legislador mexicano pensó, sin embargo, de otro modo, pues condensó aquellos principios en el artículo 386, que expresa que *los padres deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan.*

427. ¿Tienen los padres o ascendientes que ejercen la patria potestad, la obligación de rendir cuentas de su gerencia, como administradores de los bienes de sus hijos? *Los padres no tienen obligación de dar cuenta de su gerencia más que respecto de los bienes de que fueron meros administradores,* dice el artículo 385.

La redacción de este artículo da lugar a confusiones. La ley divide los bienes de los hijos sujetos a patria potestad, en seis clases, atribuyendo al padre el carácter de administrador legal y usufructuario, respecto de los bienes correspondientes a las cinco primeras clases, y no dándole carácter ninguno, respecto de los correspondientes a la sexta clase; de aquí resulta que no existen bienes del hijo, con relación a los cuales, los padres sean meros administradores, y en consecuencia, parece no tener materia de aplicación el artículo 385 Pero la confusión desaparece, si se tiene en cuenta que el legislador previó el caso en que el hijo, a quien corresponde por la ley la administración de los bienes que ha adquirido por su trabajo, le cede al padre espontaneamente esta administración; en tal caso, ya no se

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

trata de la administración legal que, independientemente de la voluntad de nadie, tienen los padres sobre los bienes de sus hijos, sino de una administración ordinaria que, a diferencia de aquella, no está regida por preceptos especiales, sino por las reglas generales del mandato: ahora bien, según estas reglas, todo administrador de bienes ajenos tiene la obligación de rendir cuentas de su administración. Interpretando en esta forma el artículo 385, desaparecen los motivos de obscuridad y confusión que hemos apuntado.

428. ¿La administración legal puede ser modificada o derogada por convenios particulares? Concretando el caso ¿puede un donador o un testador quitar al padre, para confiarla a un tercero, la administración de los bienes que dona o lega al hijo? El punto es muy controvertido en el derecho francés, originándose principalmente la controversia del hecho de que el artículo 387 del Código de Napoleón admite que se pueda hacer una donación o legado al hijo con la condición de que el padre no tenga el goce legal de los bienesdonadoso legados. Si dicho artículo, dicen los tratadistas que opinan por la afirmativa, no es inconveniente para que se retire al padre el goce legal de los bienes que se donen o leguen al hijo ¿cuál puede haber en que se le retire la administración de dichos bienes? Verdad es, siguen diciendo estos mismos tratadistas, que la administración legal es una consecuencia de la patria potestad, cuyas disposiciones son de orden público; pero entre los atributos del poder paterno, hay unos que no pueden modificarse por la voluntad de los particulares, porque afectan a la esencia misma de ese poder. y hay otros, que sí pueden modificarse, sin alterar aquella esencia, como son los que se refieren a los intereses pecuniarios del hijo; tal distinción la consagra el

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

es un atributo de la patria potestad, puede ser retirado al padre; ahora bien, si la distinción existe en la ley misma, ¿por qué no admitirla tratándose del derecho de administración que, como el de goce, afecta a los intereses pecuniarios del hijo, y por lo mismo, no forma parte de los atributos esenciales de la patria potestad? (1) No, dicen los contrarios; de que la ley, separándose de los principios que rigen en materia de orden público, admita que por un convenio privado pueda quitarse al padre el goce legal que le corresponde en los bienes de sus hijos, no puede inferirse que establesca lo mismo, tratándose del derecho de administración; el artículo 387 determina una excepción que no puede extenderse más que al caso previsto por dicho artículo; el derecho de administración legal queda fuera de sus términos; en consecuencia, deben aplicarse a él los principios del derecho común, según los cuales, las disposiciones que afectan al orden público, entre las que se encuentran las que reglamentan la administración legal por afectar al poder paterno, no pueden alterarse ni derogarse por convenios celebrados entre particulares; por otra parte, la administración de los bienes del hijo constituye para el padre un deber, y no se concibe que un particular pueda eximirlo de su cumplimiento (2). No obstante la fuerza de estas razones, la primera opinión es la que tiene más adeptos en la doctrina y en la jurisprudencia extranjeras.

Por lo que toca a nuestro derecho, debemos decir que la cuestión no puede, ni siquiera discutirse, toda vez que los que pretendieran sostener la opinión de que la administración legal no es un atributo esencial de la patria potestad,

(1) Demolombe, ob. cit. t. VI. núms. 458 y 458 *bis;* Planiol, ob. cit. t. I. núm. 1709; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. V. núm. 212.

(2) Laurent, ob. cit. t. IV. núms. 297 y siguientes.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

y por lo mismo, que es modificable por la voluntad de los particulares, no podrían invocan en favor de su tesis, ningún texto del que pudieran sacar algún fundamento; en consecuencia, el argumento derivado de que la administración legal, como atributo que es del poder paterno, forma parte del orden público, cuyas disposiciones no son derogables, ni modificables, por la voluntad particular, adquiere una fuerza incontrastable, que no permite dudar de que la cláusula por la que un donador o testador retirara al padre la administración de los bienes donados o legados al hijo, es totalmente nula. A mayor abundamiento, ahí están: el texto del artículo 374, que expresa que el padre es el administrador legal de los bienes de los que están sujetos a su patria potestad, sin otra excepción que la que consagra el artículo 378 respecto de los bienes adquiridos por el menor en un trabajo honrado, y el texto también del artículo 429 que, refiriéndose a la tutela testamentaria, no permite que nigún testador le nombre tutor al incapaz para la administración de los bienes que le deja, cuando aquel se encuentra en la patria potestad de alguno de sus padres o ascendientes.

429. En la administración de los bienes del hijo pueden surgir conflictos entre los intereses de éste y los del padre, ya porque los bienes sean comunes de ambos, ya por cualquiera otro motivo. Temerosa la ley de que en cualquiera de estos casos, el padre se deje llevar de su propio interés, sacrificando el de su hijo, ha tomado ciertas precauciones, tendentes a evitar cualquier abuso que se pudiera cometer, como son las de quitar al padre, para el negocio en que exista la oposición de intereses, la representación del hijo, concediéndosela a un tutor provisional. *En todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores*, dice el artículo 387, *serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

430. La cuestión de saber cuando hay conflicto entre los intereses del padre y los del hijo es una cuestión de hecho, cuya apreciación queda al prudente arbitrio judicial.

431. El nombramiento de un tutor especial que represente los intereses del menor, cuando están en conflicto con los del padre, debe ser siempre hecho por el juez, aun cuando el menor tenga más de catorce años. La disposición del artículo 458, que autoriza a los mayores de catorce años para nombrarse por sí mismos a su tutor dativo, sujetando el nombramiento al solo requisito de la confirmación por el juez, del nombramiento hecho, no tiene aplicación al caso de que se trata. La razón es fácil de adivinar: está en el espíritu del artículo 387: el fin de este artículo es proteger al menor contra los abusos que pudiera cometer el padre o ascendiente, cuando sus intereses son contrarios a los de sus hijos o descendientes; ahora bien, no se llenarían los fines de la ley, si se le dejara al menor la facultad de hacer el nombramiento del tutor, pues, dado que está bajo la potestad del padre, podría ser influenciado por éste para hacer aquel nombramiento, con lo que la protección que ha querido otorgarle el legislador se haría ilusoria.

432. ¿Puede el padre celebrar un contrato de venta con su hijo, estando éste representodo en el acto por un tutor especial nombrado por el juez? El punto es muy controvertido en nuestro derecho, existiendo, como lo hace observar el Señor Licenciado Verdugo, razones de peso en pro y en contra (1). Por el pro, se puede decir que no existe prohibición ninguna para que, llenándose los requisitos legales, pueda el padre comprar los bienes de sus hijos. Por el contra, se puede invocar el artículo 2842, que expresa que *los hijos de familia pueden vender a sus padres cualesquiera bienes de*

(1) Verdugo, ob. cit. t. V. núm 25.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

los comprendidos en la sexta clase de las mencionadas en el artículo 375. Ahora bien, se podría decir: el hecho de que el legislador haya designado formalmente los bienes que pueden ser objeto del contrato de compra venta, entre los padres y los hijos ¿no es la prueba más evidente de que en la intención de aquel haya estado el excluir, de la posibilidad de que se celebre ese contrato, los demás bienes de los menores?.

Nosotros nos adherimos a la opinión del pro, porque, dadas las garantías de que la ley rodea la venta de los bienes inmuebles de menores, como son la intervención judicial y la de un tutor especial que represente los intereses de aquellos, no vemos la posibilidad de que el padre pueda cometer un abuso, ni encontramos, por lo tanto, motivo fundado para que lo que pueden hacer extraños, le esté vedado hacer al padre, con tanta menos razón cuanto que el afecto natural que tienen los padres hacia sus hijos hace presumir que no harán aquellos nada que pueda ocasionarles un perjuicio a éstos. En cuanto al argumento que se podría hacer derivar del artículo 2842, no nos parece decisivo, y sí, en cambio, creemos que lo es a favor de la opinión que sostenemos, el hecho de que el artículo 2845, que enumera las personas que no pueden comprar los bienes de cuya administración están encargados, no hace figurar en esa enumeración, ni a los padres, ni a los ascendientes.

433. Dijimos antes que el hijo tiene la administración de los bienes que ha adquirido por su trabajo. La ley le concede al hijo la administración, de esos bienes, porque supone que si fue capaz para adquirirlos, con mayor razón debe serlo para administrarlos. Sin embargo, como de cualquier modo que sea, no es posible considerar que el menor de edad tenga la experiencia suficiente para conducirse al igual que un mayor, las facultades que la ley le concede para ad-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ministrar sus bienes están sujetas a determinadas restricciones. *Cuando el hijo*, dice el artículo 380, *tenga la administración de los bienes por la ley o por la voluntad del padre se le considerará respecto de la administración como emancipado, con las restricciones que establece el artículo 593.*

Las restricciones a que se refiere el artículo citado son relativas a la prohibición impuesta al menor podra enajenar, gravar o hipotecar los bienes inmuebles, sin autorización judicial, y para comparecer en juicio por sí solo.

Lo que acabamos de decir se refiere tanto a los hijos que han formado un capital por su propio esfuerzo, como a los que el padre, por su voluntad, ha conferido la administración de los bienes que le pertenecen.

ARSE

II

DEL DERECHO DE USUFRUCTO LEGAL

434. Se define generalmente el usufructo legal, diciendo que es la parte de las rentas de los bienes del hijo que la ley asigna a los padres o ascendientes que ejercen la patria potestad, en compensación de los cuidados que se toman por aquellos.

Esta definiación no da un concepto exacto de lo que es el usufructo legal, pues de sus términos parece que no representa otra cosa, que el pago de los servicios prestados por lo padres; ahora bien, repugna pensar que el alto y noble deber que tienen éstos de educar a sus hijos, tenga por recompensa una remuneración pecuniaria. «Una patria potestad valuada en metálico, dice Ricci, perdería todo su prestigio, y el más poderoso de los efectos que alberga el corazón humano, se convertiría en objeto de lucro. No podemos, en manera alguna, atribuir al legislador tan bajo

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

concepto de la patria potestad. El cumplimiento de un deber exclusivamente moral no puede tener sino una compensación moral; una recompensa material, cualquiera que fuese, desmoralizaría este deber» (1).

El usufructo legal es un atributo de la patria potestad; teniendo ésta, por objeto exclusivo, el interés del hijo, el usufructo, que es su derivado, debe tener por objeto ese mismo interés. De acuerdo con estos principios, debemos considerar el usufructo legal como una ayuda concedida por la ley a los padres o ascendientes que ejercen la patria potestad, para el mejor cumplimiento del deber que tienen de mantener y educar a la prole.

Basándose en este concepto jurídico del usufructo legal, el artículo 381 establece que *el usufructo de los bienes concedido al padre, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo IV del Título V de este Libro, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la de afianzar.*

435. El artículo anterior marca los puntos de contacto y de diferencia que hay entre el usufructo legal y el usufructo ordinario: por un lado, establece analogías entre ambos usufructos, sometiéndolos, en términos generales, a las mismas obligaciones; por otro lado, distingue la diversa naturaleza de ellos, eximiendo al usufructuario legal de la obligación de afianzar e imponiéndole, la que no corresponde al usufructuario ordinario, de dar alimentos al propietario. De aquí resulta que las reglas sobre el usufructo ordinario serán aplicables al usufructo legal, en tanto que no estén en pugna con la naturaleza jurídica de este último usufructo.

De conformidad con lo anterior, se ha decidido que las reglas sobre el usufructo ordinario relativas a lo que debe

(1) Ricci, ob. cit. t. III núm. 166.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

entenderse por frutos, a la clasificación que de éllos se hace, y la forma de percibirlos, son aplicables en un todo, al usufructo legal; por el contrario, se ha decidido también que el usufructo legal, a diferencia del ordinario, que es cedible, hipotecable y embargable, no puede ser materia de ninguno de estos contratos o actos. Además, ya lo dijimos antes, el usufructuario legal no tiene, como el usufructuario ordinario, la obligación de dar fianza.

436. ¿Cuál es la razón por la que el usufructuario legal está exento de la obligación de dar fianza? La razón está en la naturaleza misma de este usufructo: teniendo por fin el interés del hijo, debiendo emplearse en provecho de éste, sería injusto que se impusiera al usufructuario, que no goza del usufructo, sino para emplearlo en beneficio del propietario, la obligación de otorgar fianza; el usufructo es, por sí mismo, una carga: justo es que no se aumente su peso con una carga más.

437. Pero si el usufructo legal exime al usufructuario de la obligación de afianzar, no por esto lo dispensa de la de hacer a sus expensas, inventario de los bienes del hijo, haciendo tasar los muebles y constar el estado en que se encuentran los inmuebles; esta obligación corresponde al usufructuario legal, por los mismos títulos que al usufructuario ordinario; el artículo 381 es claro y terminante a este respecto: el usufructo de los bienes concedido al padre, dice, lleva consigo las obligaciones impuestas a los usufructuarios, *con excepción de la de afianzar:* siendo la de hacer el inventario de los bienes usufructuados una de las obligaciones que impone el usufructo ordinario, y no haciéndose excepción de ella, por lo que toca al usufructo legal, es claro que los padres o ascendientes, que gozan de este usufructo, deben cumplirla. Por otra parte, no hay motivo para

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que no sea así, supuesto que con dicha obligación en nada se afecta la naturaleza de aquel usufructo.

438. Pero sí se afecta dicha naturaleza, cuando se trata de equiparar el usufructo legal al usufructo ordinario, desde el punto de vista de su enajenabilidad. Este último puede ser objeto de una cesión, una hipoteca, un arrendamiento, un embargo; no así el primero que, por ser un derecho moral, no puede ser materia de ninguno de aquellos contratos: los padres o ascendientes no tienen el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos o descendientes, sino como un atributo de la patria potestad, que ejercen sobre ellos; no poseen dicho usufructo por sí mismos, sino en interés de los hijos ¿cómo, pues, concebir que puedan enajenar una cosa que no les pertenece?

Sin embargo, si como derecho fundamental, el usufructo de que venimos tratando, no es susceptible de enajenación, nada impide que los productos que de él se obtengan, sí sean enajenables, pues una vez obtenidos y cubiertas las cargas que su percepción impone, son de la exclusiva propiedad de los padres, que pueden hacer de ellos lo que mejor les convenga (1).

No hay que perder de vista esta distinción entre el usufructo legal, considerado como derecho fundamental, y los productos pecuniarios que de él se obtengan, pues ella nos dará la clave para resolver muchos problemas que, sin tal distinción, nos parecerían muy confusos.

439. En efecto, de los principios formulados, es consecuencia lógica que el usufructo legal no es, en manera alguna, renunciable, y sin embargo, los artículos 376, 377 y 383 admiten que los padres pueden renunciar, en favor

(1) Aubry et. Rau, ob. cit. t. VI. § 550 *bis;* Demolombe, ob. cit. t VI. núms. 528 y 529; Baudry Lacantinerie, ob. cit. t. V. núm. 156.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de sus hijos, el usufructo que les corresponde. Admitiendo la distinción que hemos hecho, nos explicamos esta disparidad de conceptos, pues indudablemente que los expresados artículos, al hablar de renuncia del usufructo, no han considerado éste en sí mismo, como una carga que es, sino que se han querido referir a los productos de él, respecto de los cuáles no puede haber inconveniente en que los padres los cedan a sus hijos, si cuentan con otros medios para llenar los deberes que la patria potestad les impone.

440. Si un testador instituye por herederos de la nuda propiedad de sus bienes a unos menores, y del usufructo, al padre o ascendiente que ejerce la patria potestad ¿este usufructo se rige por las reglas del usufructo legal o por las del usufructo ordinario? Tomando en consideración que el padre o abuelo, que ejerce el poder paterno, no goza del usufructo legal, sino en tanto que los bienes pertenecen en plena propiedad a sus hijos, y que en el caso en cuestión, el usufructo dejado no forma parte del patrimonio de aquellos, somos de opinión que el usufructo, así instituído, es un usufructo ordinario, que debe normarse por las disposiciones relativas a este usufructo.

441. ¿Cómo debe cumplir el padre o ascendiente usufructuario, la obligación que le impone la ley de dar alimentos al hijo? ¿Esta prestación de alimentos está sujeta a los mismos principios á que lo está la prestación de alimentos en general? Seamos más explícitos: el artículo 214 fija, como criterio para la prestación de alimentos, que deben ser proporcionados a la posibilidad del que tiene que darlos y a la necesidad del que tiene que recibirlos ¿rige este mismo criterio respecto de los alimentos que están obligados a dar el padre o ascendiente, usufructuarios, de los bienes de sus hijos o descendientes? Debemos distinguir: si la fortuna del hijo es inferior a la del padre usufructuario, si el usufructo

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de que goza éste no alcanza, por sí solo, a cubrir los alimentos del hijo, debe aplicarse el principio consagrado por el artículo 214, teniendo el padre la obligación de completar el exceso de los gastos del alimentista; pero si la fortuna del hijo es superior a la del padre, todos los autores están conformes en que no se seguirá el criterio fijado por el artículo citado, sino que se arreglarán los alimentos proporcionalmente a la fortuna del acreedor alimentario.

442. El usufructo legal, como ya hemos visto, no tiene lugar respecto de todos los bienes del hijo; la ley expresamente exceptúa de dicho usufructo los bienes que el hijo ha adquirido por un trabajo honesto, sea cual fuere (art. 378).

¿Cuál es el motivo de esta exención? No puede ser otro que el estímulo que la ley quiere dar al hijo trabajador, que por su propio esfuerzo, ha logrado conquistar un capital; concediéndole todo el usufructo del capital ganado, el legislador premia sus esfuerzos, lo alienta en la lucha. Además, vimos antes que los bienes así adquiridos por el hijo le pertenecen en plena administración, considerándosele, respecto de ellos, como emancipado; ahora bien, en los párrafos siguientes, veremos que la emancipación produce la extinción del derecho de usufructo.

443. ¿Desde cuando pertenece al padre el derecho de usufructo de los bienes de sus hijos? Siendo el usufructo una especie de ayuda que la ley concede al padre, para el cumplimiento de los deberes que le impone la patria potestad, y, en cierto modo, un premio por los cuidados que se toma, como administrador de los bienes de sus hijos, es claro que el usufructo debe pertenecerle, desde que entra en posesión de dichos bienes. De aquí que el artículo 379 establesca que *los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que el padre entre en posesión de los bienes cuya propiedad, conforme a los artículos anteriores, pertenece al hijo, forman*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

parte del capital de éste y no son frutos de que debe gozar el padre.

444. ¿Cuándo se extingue el usufructo legal y por qué causas? *El derecho de usufructo concedido al padre se extingue*, dice el artículo 383:

I. *Por emancipación o mayor edad de los hijos;*

II. *Por la pérdida de la patria potestad;*

III. *Por renuncia.*

En los casos de las fracciones I y II del artículo transcrito, el derecho de usufructo se extingue, como consecuencia de la extinción de lapatria potestad, y por la razón de que el efecto no puede sobrevivir a la causa.

En el caso de la fracción III, la misma renuncia del usufructo viene a ser la causa de su extinción. Como antes lo dijimos, el usufructo legal, como derecho fundamental, está fuera del comercio; es, por lo mismo, irrenunciable; pero visto en cuanto a sus rendimientos, constituye un derecho de orden privado del usufructuario y nada impide el que, como tal, pueda ser objeto de renuncia; en este caso, la renuncia hecha es estimada por la ley, como una donación: *la renuncia del usufructo hecha a favor del hijo, será considerada como donación*, dice el artículo 384.

En el capítulo siguiente veremos si existen algunas otras causas de extinción del derecho de usufructo.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

CAPITULO TERCERO

DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD

GENERALIDADES

445. El capítulo que vamos a estudiar se ocupa de la extinción, de la pérdida y de la suspensión de la patria potestad. El título que lo encabeza es incompleto, pues contiene únicamente dos de esos conceptos: el de extinción y el de suspensión del poder paterno; estaría más de acuerdo con su contenido, si dijera: «De los modos de acabarse, perderse y suspenderse la patria potestad».

Las palabras *extinción*, *pérdida* y *suspención* implican, en la mente del legislador, tres ideas muy distintas: la patria potestad se *extingue*, o se acaba, cuando carece en lo absoluto de razón de ser; se *pierde*, cuando de un modo definitivo deja de pertenecer a una persona, sin que esta pérdida implique una extinción de aquel derecho, más que con relación a la persona que lo ha perdido y se *suspende*, cuando de un modo temporal es privado de su ejercicio el que la tenía. Para ser metódicos, estudiaremos separadamente estos tres conceptos, con las consecuencias que cada uno de ellos produce.

I

DE LA EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

446. *La patria potestad se acaba*, dice el artículo 388:

I. *Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;*

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

II. *Por la emancipación;*

III. *Por la mayor edad del hijo.*

La patria potestad no puede ser ejercitada más que por los padres o ascendientes del menor; es una consecuencia de la paternidad; si, pues, muere el que tenía el ejercicio del poder paterno y no hay otra persona que lo reemplace en ese ejercicio, queda extinguido dicho poder. El hijo podrá necesitar, por su poca experiencia, de persona que lo represente, dirija y atienda; pero, supuesto que ya no tiene ni padres ni ascendientes, habrá que darle un tutor. Si muerta la persona que ejercía la patria potestad, hubiere algún otro ascendiente, no podrá decirse que aquella haya terminado; lo único que sucede es que su ejercicio pasa de unas manos a otras; por eso el artículo transcrito, en su fracción I, somete la extinción de la patria potestad, por muerte del que le ejercía, a la circunstancia de que no haya otra persona en quien recaiga.

La emancipación y la mayor edad del hijo ponen fin también a la patria potestad, porque teniendo ésta por objeto la guarda de la persona y bienes del menor en virtud de su incapacidad, deja de tener razón de ser, cuando por consecuencia de la emancipación o mayoría de edad del hijo, la ley supone en él la experiencia suficiente para atender por sí solo a sus intereses; el efecto no puede sobrevivir a la causa.

447. En el derecho francés, en que se admite que la emancipación del menor, por voluntad del padre, es revocable, se discute si la revocación produce el efecto de hacer caer al menor en la patria potestad. Tal discusión no cabe en nuestro derecho: primero, porque el artículo 388 es terminante, y segundo, porque, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 594, la emancipación, una vez hecha, es irrevocable.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

448. Existe otra causa de extinción de la patria potestad, que tiene lugar cuando el hijo muere. Es tan evidente dicha causa de extinción, que al legislador seguramente no le pareció serio consignarla en un texto de ley.

449. Está por demás decir que la extinción de la patria petestad trae consigo la extinción de todos los derechos, que son consecuencia de ella. En esa virtud, el hijo mayor de edad o emancipado recobra la administración y el usufructo íntegro de los bienes que le pertenecen. Cuando estudiemos la emancipación, veremos, sin embargo, que los emancipados quedan sujetos, en sus actos, a ciertas restricciones.

II

DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

450. La extinción de la patria potestad hace relación al hijo sujeto a ella, en el sentido de que una vez verificada, no puede ser cuestión para él, de verse ya nunca sometido al poder de un padre o ascendiente, que ejerza sobre su persona aquel poder; podrá quedar sometido a la vigilancia de un tutor, en el caso de la fracción I del artículo 338, si es menor de edad; pero nunca a la patria potestad. Es distinto en el caso de pérdida del poder paterno: la pérdida hace relación a la persona que tenía el ejercicio de ese poder, en el sentido de que ya nunca podrá ejercitarlo; más no por esto, queda extinguida la patria potestad, sino que pasa de manos del que la perdió a manos del otro padre o ascendiente, si es que existe, salvo en ciertos casos en que, como luego veremos, la ley, por razones especiales, pone al hijo al cuidado de un tutor.

La anterior explicación da una idea de la diferencia que

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

separa la extinción, de la pérdida de la patria potestad, diferencia que puede expresarse en términos más concisos, diciendo que la primera afecta a la patria potestad en sí misma, en tanto que la segunda afecta solamente al ejercicio.

451. ¿En qué casos se pierde la patria potestad? *La patria potestad se pierde*, dice el artículo 389:

I. *Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho;*

II. *En los casos señalados por los artículos 245 y 248.*

452. *Pérdida de la patria potestad por causa de pena impuesta.* Hay delitos que afectan de tal modo a la constitución y moralidad de la familia, que cuando es un padre o ascendiente, el que lo comete, respecto de sus hijos o descendientes, la ley lo considera indigno de ejercer la patria potestad, y por vía de pena, lo priva de este derecho: Tales son los delitos de exposición, abandono, corrupción de menores y violación, a que se refieren los artículos 616, 618, 625, 795, 801 y 806 del Código penal.

453. ¿La pérdida de la patria potestad abarca a todos los hijos o descendientes del delicuente, o solamente a aquel o a aquellos que fueron víctimas del acto delictuoso? ¿dicha pérdida comprende todos los derechos inherentes a la patria potestad, o solamente algunos de ellos? No siendo la fracción I del artículo 389, sino una aplicación de los artículos del Código penal, que imponen al padre o ascendiente delicuente, como castigo por el delito cometido, la privación de la patria potestad, para resolver las anteriores preguntas, habrá que atender a los términos de dichos artículos, dándoles, por el carácter de leyes represivas que tienen, una interpretación restrictiva. Ahora pien, por lo que hace a la primera pregunta, debemos manifestar que hay delitos, como los de exposición o abandono de meno-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

res, que ameritan para el padre, o ascendiente, delicuente, la pérdida de la patria potestad sólo con relación al hijo expuesto o abandonado (artículos 616, 618 y 625 del Código penal), en tanto que hay otros, como el de corrupción de menores y el de violación, que la ley castiga, haciendo perder al delicuente la patria potestad, respecto de todos sus descendientes (artículos 806 fracción II y 801 del Código penal). Por lo que respecta a los derechos que se pierden, objeto de la segunda pregunta formulada, le ley hace distinciones también: en los casos de los artículos 616, 618 y 625 del Código penal, el padre o ascendiente pierde la patria potestad sobre el hijo y todo derecho a sus bienes; en el caso del artículo 806 del mismo código, pierde sus derechos a los bienes del ofendido y la patria potestad sobre todos sus descendientes; finalmente, cuando el delito cometido por el padre o ascendiente es el de lesiones inferidas al menor, se le priva solamente del derecho de corrección (inciso segundo del artículo 531 del Código penal).

454. Cuando la pérdida de la patria potestad abarca a todos los descendientes, se entienden comprendidos en la pérdida, no sólo los descendientes actuales, sino también los que nacieron posteriormente al delito, aunque sean hijos de un segundo matrimonio.

455. *Pérdida de la patria potestad en los casos de los artículos 245 y 248.* Estos artículos se refieren a las modificaciones que el divorcio impone, en cuanto al ejercicio de la patria po estad, sobre los hijos de los esposos divorciados. El cónyuge culpable del divorcio pierde todo derecho sobre la persona y bienes de los hijos, recayendo la patria potestad sobre la persona del cónyuge inocente. Esta pérdida, sin embargo, no es, siempre, definitiva, pues en los casos en que el divorcio ha sido decretado por alguna de las causas consignadas en las fracciones VII, VIII y XII del ar-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

tículo 227, el cónyuge que dió causa a aquel, recobra la patria potestad a la muerte del cónyuge inocente; en los otros casos de divorcio, la pérdida del poder paterno para el esposo culpable, sí es definitiva.

456. Además de las causas de pérdida de la patria potestad que hemos señalado, existen otras que el mismo Código consigna; tales son: la falta de cumplimiento de sus deberes, por parte de la persona que ejerce el poder paterno; la desobediencia de la madre o abuela, a oír el dictamen de los consultores que el padre le hubiere nombrado en su testamento; la renuncia; la mala conducta de la madre o abuela viudas y su posterior matrimonio. Vamos a estudiar estas diversas causas por el orden en que las hemos enunciado.

457. *Falta de cumplimiento de sus dederes, de la persona que ejerce el poder paterno.* La ley, acabamos de verlo, considera, como motivo para la pérdida de la patria potestad, la comisión de ciertos delitos; pero hay hechos que, sin ser delictuosos, revelan en la persona que los ejecuta, cierta perversidad que la hace indigna de ejercer el poder paterno, y el legislador, atento, antes que nada, al interés del hijo, en cuyo exclusivo provecho tiene su fundamento aquel poder, faculta a los jueces para privar de él a los padres o ascendientes, que tienen su ejercicio, cuando abusan de su autoridad, no educan a los hijos, les imponen preceptos inmorales o les dan ejemplos o consejos corruptores. *Los tribunales*, dice el artículo 380, *pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificar su ejercicio, si tratan a los que están en ella con excesiva severidad, no los educan, o les imponen preceptos inmorales, o les dan ejemplos o consejos corruptores.*

¿La enumeración hecha por el artículo anterior de los casos en que se puede decretar la pérdida de la patria po-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

testad, es *limitativa* o *enunciativa?* Dada la forma en que está redactado dicho artículo, creemos que la enumeración que hace es enunciativa; de acuerdo con esto, cualquier hecho de los padres o ascendientes, que se asemeje a los enumerados, puede ser fundamento de la pérdida del poder paterno.

458. *Perdida de la patria potestad por desobediencia de la madre o abuelas, a oir el dictámen de los consultores nombrados por el padre en su testamento.* Más adelante veremos que la ley faculta al padre para nombrar a la madre y a las abuelas, en su caso, uno o más consultores, cuyo dictámen hayan de oir para los actos que aquel detetmine expresamente. La falta de obediencia de la madre o la abuela a estas disposiciones del padre, no da lugar a la nulidad del acto ejecutado; pero es motivo suficiente para que los tribunales puedan privar a aquella de toda su autoridad y derechos, sobre sus hijos o nietos. *La madre o abuela*, dice el artículo 306, *que dejare de oir el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privada, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio público, de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos, a instancia de aquellos; pero el acto ejercido no se anulará por este solo motivo.*

Téngase presente que el artículo transcrito no dice que la madre o abuela etc. *será privada*, sino dice que *podrá ser privada*, lo que evidentemente significa que no en todos los casos en que no oiga a los consultores nombrados por el padre, perderá la patria potestad, sino que el juez decidirá, según la gravedad e importancia del negocio, si debe o no, decretarse dicha pérdida.

459. *Pérdida de la patria potestad por renuncia.* La patria potestad, como parte integrante que es del régimen familiar, base de la sociedad, es esencialmente de orden público; por lo mismo, es irrenunciable; esto es claro y evi-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

dente; se puede renunciar aquello que nos pertenece, aquello que está exclusivamente establecido en nuestro favor; pero la patria potestad no está establecida en favor de los padres, sino en el de los hijos; no es un derecho el que el poder paterno proporciona a los padres, sino un conjunto de deberes, y de los más sagrados que existen; ahora bien, no se concibe que nadie pueda renunciar al cumplimiento de aquello a que está obligado; es irrisorio pensar en la renuncia eficaz de un deber.

Pero estos principios, evidentes para todo el mundo, no lo son para el legislador mexicano, quien, si no permite la renuncia del padre, sí admite la de la madre y los ascendientes. *La madre, abuelos y abuelas*, dice el artículo 397, *pueden siempre renunciar su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta; la cual en ambos casos recaerá sobre el ascendiente a quien corresponda según la ley. Si no lo hay, se proveerá de tutor al menor, conforme a derecho.*

El precepto sancionado por el artículo transcrito, seanos permitido decirlo con perdón del legislador mexicano, es una verdadera herejía jurídica. Por lo demás ¿qué fundamento tiene la distinción que hace entre el padre y la madre y demás ascendientes del menor, para no permitir al primero la renuncia del poder paterno y sí permitírsela a los segundos? En el sistema seguido por nuestro código, la patria potestad es la misma, ya sea que se ejerza por el padre, ya sea que se ejerza por la madre o los abuelos del menor ¿a qué viene, pues, la distinción que se hace entre uno y otros? El legislador debió haber sido consecuente con sus ideas, y ya que admitió la renunciabilidad de la patria potestad, tratándose de la madre y abuelos, debió haberla admitido también, tratándose del padre.

Como complemento de la herejía consagrada por el an-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

terior artículo, el 368 declara que *el ascendiente que renuncia la patria potestad no puede recobrarla.*

Nótese que este artículo habla solamente del ascendiente y no de la madre; de aquí podría conjeturarse que la madre renunciante del poder paterno, tiene la facultad, por virtud de su retracción, de recobrarlo.

460. *Pérdida de la patria potestad por mala conducta de la madre o abuela viudas. La madre o abuela viuda que vive en mancebía o da a la luz un hijo legítimo, pierde los derechos que le concede el artículo 366*, dice el 399. Este artículo es una aplicación del precepto contenido en el artículo 390, en el que se concede a los tribunales la facultad de privar de la patria potestad a los padres o ascendientes, que les dan ejemplos corruptores a sus hijos. Hay, sin embargo, una diferencia capital entre ambos preceptos, pues en tanto que en el último, el 390, la pérdida de la patria potestad es facultativa para los jueces, quienes pueden decretarla o no, en el primero, el 399, no se les concede esta libertad de acción, sino que basta que se demuestre que la madre vive en mancebía o dio a la luz un hijo ilegítimo, para que, sin más discusiones, estén en el deber de decretar la pérdida.

El artículo 399 da lugar a una dificultad: según él, es causa suficiente para la pérdida de la patria potestad el hecho de que la madre o abuela, que tiene su ejercicio, dé a luz un hijo ilegítimo; pero ¿cómo probar que el sér dado a luz es ilegítimo? Si ha sido reconocido, no hay dificultad ninguna, porque el reconocimiento prueba la filiación ilegítima; si no ha sido reconocido ¿cómo probar esa filiación, atento el precepto del artículo 345, que en términos generales, prohibe la investigación de la maternidad, no admitiéndola sino mediante requisitos determinados? El conflicto que se presenta no podrá resolverse, sino poniendo en armonía los artículos 399 y 345, y decidiendo que el primero

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

no tiene aplicación, más que en aquellos casos en que la madre o abuela, hubiere reconocido al hijo o que éste hubiere obtenido su reconocimiento judicial.

461. *Pérdida de la patria potestad por causa de posterior matrimonio de la madre o abuela, que tiene su ejercicio.* Por virtud del nuevo matrimonio, la madre o abuela que lo contrae cae bajo la potestad marital del nuevo esposo, y temerosa la ley de que la influencia de éste se haga sentir en la educación del hijo y en la administración de sus bienes y que con tal motivo, reciba el menor un perjuicio, priva a aquella del ejercicio del poder paterno. *La madre o abuela que pasa a segundas nupcias*, dice el artículo 400, *pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá a la tutela conforme a la ley.*

La parte final de este artículo no hace más que reproducir los principios que, en otra parte, hemos expuesto, respecto al sistema adoptado por el legislador en orden a la forma de suplir la patria potestad; cuando no hay persona en quien pueda recaer, dado que el hijo guarda las mismas condiciones de incapacidad para regirse por sí mismo, se le provée de un tutor, que, como más adelante veremos, representa en cierto modo a la persona del padre.

Como el espíritu del artículo 400, al hacer perder la patria potestad a la madre o abuela que contrae segundas nupcias, es poner al hijo fuera de la influencia del nuevo marido, consecuente con tales miras, el artículo 401 declara que *la tutela en ningún caso podrá recaer sobre el segundo marido.*

La prohibición de la patria potestad, en el caso que venimos tratando, no es siempre definitiva; puede suceder que la madre o abuela que contrajere el segundo matrimonio, vuelva a enviudar, y en tal caso, como desaparece el motivo por el que fue privada del poder paterno, no habría razón para que no lo recobrara. En este sentido se expre-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

el artículo, 402 que dice que *la madre o abuela que volviese a enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.*

¿Es aplicable el artículo transcrito al caso en que la madre o abuela que contrajo el nuevo matrimonio, se divorcie del esposo? Tomando en consideración que militan las mismas razones en este caso que en el de viudez, no vacilamos en resolver la cuestión afirmativamente.

462. Privado de la patria potestad el padre o ascendiente que la ejerce ¿en qué forma provée la ley a la guarda de la persona y bienes del menor? La pregunta hecha supone la existencia de otros ascendientes, en quienes pueda recaer aquel poder, pues claro está que si no los hay, los hijos deben ser puestos al cuidado de un tutor. Hecha esta aclaración, ocupémonos de dar contestación a aquella pregunta.

Cuando se trata de pérdida de la patria potestad por muerte del que la ejerce, divorcio, renuncia y subsecuente matrimonio de la madre o abuela, los hijos quedan sometidos a la potestad del ascendiente que sigue en grado, al que fué privado de aquel derecho, lo que es lógico, pues nada más natural que a falta de los padres o abuelos más próximos, sean los abuelos en grado subsecuente, los que tengan bajo su cuidado al menor; pero cuando la patria potestad se pierde como consecuencia de la condenación a una pena que importe la pérdida de dicho derecho, hay un inconveniente para que las cosas se pasen de aquel modo, y es que en dichos casos, la condenación resultaría ilusoria; supongamos, en efecto, que un padre es condenado a perder la patria potestad sobre sus hijos; si ella se transfiere a la madre, según el orden establecido por el artículo 366, como ésta queda sometida al poder marital, viene a ser ilusoria la pena impuesta al padre, pues los hijos, en virtud de la influencia que tendrá éste sobre la madre, como con-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

secuencia del poder marital, le quedarían indirectamente sometidos.

¿Cómo ha resuelto este inconveniente nuestro código? Si examinamos atentamente los artículos relativos a la materia, veremos, por una parte, que el 367 dice que *sólo* por *muerte*, interdicción, ausencia o *renuncia* del que ejerce la patria potestad, lo suplirá en su ejercicio, el padre o ascendiente que le siga en el orden establecido por el artículo 366, y por otra parte, que el artículo 445 establece que hay lugar a la tutela legítima en los casos de suspensión o *pérdida* de la patria potestad o de impedimento del que deba ejercerla. De la combinación de estos dos preceptos resulta que si se trata de muerte o renuncia del que ejerce el poder paterno, éste se trasmite a otro padre o ascendiente; pero que si no se trata de ninguno de esos casos, el hijo debe ser puesto bajo el cuidado de un tutor. Ahora bien, como la pérdida de la patria potestad, por causa de condenación a una pena que importe la pérdida de ese derecho, no está comprendido entre los casos enumerados por el artículo 367, debe hacerse comprender en los términos del 445, que abre la tutela legítima; de manera que, aunque el menor tenga otro padre o ascendiente, la guarda del hijo no es confiada a él, sino a su tutor, con lo que, creemos, ha querido obviar el legislador el inconveniente de que antes hablamos.

El sistema de la ley de confiar el cuidado del hijo a un tutor, en lugar del padre o ascendiente, en el caso de pérdida del poder paterno por causa de delito, está justificado plenamente, cuando por consecuencia de aquella pérdida, la patria potestad tiene que recaer en la esposa del delincuente; pero cuando no es así, cuando, por ejemplo, por faltar la madre, el poder paterno debería pasar al abuelo, no vemos razón ninguna plausible, para que se prefiera la tutela a la patria potestad, pues no existe el peligro de que

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

el abuelo se deje influenciar por el padre a quien se ha privado, por su delito, del mencionado derecho.

También se provee a la tutela del menor, aun cuando el hijo tenga ascendientes, en el caso de pérdida de la patria potestad, por desobediencia de la madre o abuela a oir el dictamen de los consultores nombrados por el padre, así como en el de que aquellas vivan en mancebía o den a luz un hijo ilegítimo, pues no estando comprendidos estos casos entre los enumerados restrictivamente por el artículo 367, deben regirse por el precepto, más general, del artículo 445. Tal modo de reemplazar la patria potestad, en los casos expresados, nos parece, en lo absoluto, injustificado, porque no hay razón ninguna para que, teniendo el menor abuelos, de quienes, por fuerza, debe esperarse mayor celo en el cuidado del incapacitado, se prefiera a un tutor, que, en muchas circunstancias, podrá ser una persona enteramente extraña a la familia.

El caso de pérdida del poder paterno, por causa de subsecuente matrimonio de la madre o abuela, en ejercicio de ese poder, no está comprendido en el artículo 367; sin embargo, el artículo 400, que lo establece, prescribe, en su parte final, que sólo que no hubiere persona en quien pueda recaer la patria potestad, se le nombrará tutor al menor; de manera que si no se llena aquella condición, se verifica la trasmisión del poder paterno, como en los casos de muerte y renuncia.

En resúmen, si la pérdida de la patria potestad es por muerte, renuncia o subsecuente matrimonio de la madre o abuela, se trasmite su ejercicio a otro ascendente; si es por las causas previstas por los artículos 389, 390, y 399, no hay tal trasmisión, sino que se provee a la tutela del menor, sin que sea obstáculo para ello, que éste tenga padres o abuelos.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

III

DE LA SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

463. Se suspende la patria potestad, como antes dijimos, cuando el padre o ascendiente que la tiene es privado temporalmente de su ejercicio. Tres casos de suspensión consigna el artículo 391: *La patria potestad se suspende*, dice:

I. *Por incapacidad declarada judicialmente en los casos 2o. y 3o. del artículo 404;*

II. *Por ausencia declarada en forma;*

III. *Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.*

En el orden expuesto, estudiaremos estos tres casos.

464. *Suspensión por incapacidad del que ejerce la patria potestad.* La incapacidad a que se refiere este precepto es la que tienen los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos, y la que tienen los sordo-mudos que no saben leer ni escribir. Imposibilitadas las personas incapaces para manejar sus propios intereses, con mayor razón lo están para manejar los de los demás; separarlos del poder paterno, mientras dura su incapacidad, es, pues, una medida que no necesita de comentarios para justificarse.

Para que la suspensión por causa de incapacidad proceda, no basta que los padres o ascendientes estén de hecho privados del uso de sus facultades mentales; es necesario que su incapacidad haya sido *declarada judicialmente;* el texto de la ley es terminante a este respecto.

465. *Suspensión por causa de ausencia.* La ausencia, en el sentido técnico de la palabra, que es en el que el legislador la emplea, es el estado que guarda un individuo de quien

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

no se tienen en lo absoluto noticias, ignorándose si vive o ha muerto. En el sistema seguido por el legislador mexicano en materia de ausencia, ésta tiene tres períodos: uno que los doctrinistas llaman de *presunción de ausencia*, que dura cinco años, cuando el ausente no dejó apoderado y diez años, cuando sí lo dejó; otro que se llama propiamente *de ausencia*, que comienza al terminar el anterior y otro, finalmente, que se llama de *presunción de muerte del ausente*, que comienza después de treinta años de haberse hecho la declaración de ausencia. ¿En cuál de estos períodos debe decretarse la suspensión de la patria potestad? Atentos los términos de la fracción II, cuyo comentario venimos haciendo, debemos decidir que en el segundo, esto es, en aquel en que se hace la formal declaración de ausencia. Pero para que el segundo período comience, es preciso esperar a que termine el primero, cuya duración es de cinco años, en unos casos, y de diez, en otros, y aquí ocurre la siguiente dificultad; mientras dura el primer período ¿quién ejerce la patria potestad sobre los hijos del presunto ausente? o bien, ¿durante el largo plazo que comprende aquel período quedan los hijos sin representación? El artículo 601 provee a esta dificultad, estableciendo, desde el primer perído de la ausencia, que *si el ausente tiene hijos menores que estén bajo la patria potestad, y no hay ascendiente que deba ejercerla conforme a la ley, ni tutor testamentario, ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor en los términos prevenidos en el artículo 458*. De la lectura de este artículo, se infiere que desde el primer momento en que hay presunciones de que un individuo está ausente, queda suspendida la patria potestad sobre sus hijos. Francamente, encontramos contradictoria esta disposición con la fracción II del artículo 391, que prescribe la suspensión del poder paterno hasta que la ausencia haya sido declarada, es decir, hasta que pasen cinco o diez años de la desapa-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

rición del padre. Verdad es que la suspensión, en el caso del artículo 601, tiene el carácter de provisional; pero no tiene menos este carácter la que se funda en la fracción II del artículo 391, supuesto que tanto en un caso como en otro, si el ausente se presenta, recobra todos sus derechos sobre la persona y bienes de sus hijos. La contradicción, sin embargo, desaparece si se interpreta la fracción II del artículo 391 por el artículo 601, considerando que dicha fracción, al hablar de ausencia declarada en forma, quiso dar a entender que se refería a la ausencia en el sentido técnico de la palabra, por contraposición a la ausencia, según su acepción vulgar.

466. *Suspensión por causa de pena impuesta.* Cuando tratamos de la pérdida de la patria potestad, dijimos que hay delitos que afectan de tal modo a la constitución y moralidad de la familia, que cuando es un padre o ascendiente el que los comete, respecto de sus hijos o descendientes, la ley lo considera indigno de ejercer la patria potestad y lo hace perder este derecho. Pero cuando los delitos cometidos son menos graves, cuando no significan un peligro tan grande para la familia, cuando no revelan una perversión tan marcada en el delincuente, la ley penal se conforma con castigar tal delito, con sólo la suspensión de la padria potestad por determinado tiempo.

Puede suceder que el padre o ascendiente cometa ciertos hechos que, sin ser delictuosos, revelen en él cierta perversidad, que lo hagan indigno de ejercer el poder paterno, o bien, que no cumpla debidamente con las obligaciones que le impone este poder. En cualquiera de estos casos, la ley autoriza a los jueces para modificar el ejercicio de la patria potestad, dándoles la facultad, aun de decretar la suspensión de este ejercicio. Así se infiere de la lectura del artículo 390 que, como ya vimos, expresa que los tribu-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

nales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce o *modificar su ejercicio*, si trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores.

467. ¿La suspensión de la patria potestad por causa de delito, comprende a todos los hijos del delincuente, o solamente a aquellos que fueron víctimas del delito? ¿abarca todos los derechos inherentes al poder paterno, o solamente algunos de ellos? Siendo los preceptos de la ley civil en esta materia, una aplicación de los preceptos de la ley penal, cabe decir lo que dijimos en el número 453, al dar contestación a aquellas preguntas, refiriéndonos al caso de pérdida de la patria potestad por causa de delito, esto es, que hay que atender a los términos de la ley penal, para saber sobre qué hijos y sobre qué derechos produce efectos la suspensión.

468 ¿Cuáles son los derechos del poder paterno que quedan suspendidos, cuando la suspensión tiene lugar por incapacidad o por ausencia? *Los padres*, dice el artículo 392, *conservan su derecho al usufructo de los bienes del hijo menor, si por demencia han quedado suspensos del ejercicio de la patria potestad*. De la lectura de este artículo se infiere que en cualquiera otro caso que no sea el de *incapacidad por demencia*, la suspensión de la patria potestad comprende la suspensión de todos los derechos inherentes a ella; según esto, los sordo-mudos y los ausentes, al ser suspendidos en el ejercicio del poder paterno, quedan privados del usufructo de los bienes de sus hijos.

Que al padre declarado ausente, al ser suspendido en el ejercicio de la patria potestad, se le prive del usufructo legal, es muy explicable, como lo es también el que, por un espíritu de humanidad, se conserve dicho usufructo en favor del padre demente; pero lo que no se explica es que no se

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

establesca igual prerrogativa, en favor del padre sordo-mudo que no sabe leer ni escribir, pues militan en este caso, para la conservación del derecho de usufructo, las mismas razones que para el del padre, cuya interdicción se ha declarado por causa de demencia.

IV

RESTRICCIONES QUE PUEDEN IMPONERSE AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR LAS MADRES O POR LAS ABUELAS

469. La madre y las abuelas, al igual que el padre y los abuelos, tienen el derecho de patria potestad, y lo ejercitan en los mismos términos que éstos, cuando faltando la persona a quien corresponde aquel derecho, son llamadas a su ejercicio; pero en tanto que el padre y los abuelos no pueden ser restringidos en modo alguno en sus facultades, la madre y las abuelas, sí pueden serlo. A este respecto, el artículo 393 expresa que *el padre podrá nombrar en su testamento, a la madre y a las abuelas, en su caso, uno o más consultores, cuyo dictámen hayan de oir para los actos que aquel determine expresamente.*

La razón de estas restricciones que el padre puede imponer al ejercicio de la patria potestad por la madre o abuelas, está en la poca confianza que el sexo femenino inspira, por su debilidad y poca experiencia, para el desempeño de una función tan delicada, como es la patria potestad, y como se considera que nadie está en mejores condiciones que el padre para conocer de las aptitudes de su consorte y abuelas del menor, la ley le concede la facultad de nombrarles, a una y a otras, en su caso, consultores, cuyo dictámen hayan de oir en determinados circunstancias.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

470. Los actos, para cuya ejecución necesitan la madre o abuelas, oir el dictámen del consultor o consultores nombrados, pueden referirse, tanto a la personana del menor, como a sus bienes; la ley no hace distinciones ningunas; su precepto es general y por lo mismo, comprende toda clase de actos.

471. Pero lo que sí exige la ley es que los actos, respecto de los cuales la madre o abuela tienen la obligación de oir a los consultores nombrados por el padre, deben ser expresamente determinados por éste. Según esto, ¿cuál será el alcance que tenga la restricción impuesta por el padre, cuando se ha limitado a nombrar consultores, sin determinar los actos en que se hará necesaria su intervención? El Señor García Goyena, en cuya obra se inspiraron nuestros legisladores en la materia que nos ocupa, dice en su comentario al artículo 165 de sus Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español: «Puede el padre determinar actos especiales, puede expresar que sea para todos, *y así se entenderá cuando no haya expresado ni uno, ni otro*» Fundándose en la autoridad de este jurisconsulto y en la consideración de que nuestro artículo 363 está tomado del 165 del Proyecto mencionado, el Señor Licenciado Verdugo da a aquel artículo la misma interpretación que el expresado jurisconsultoda al 165 de su proyecto (1). Nosotros, empero, no obstante la fuerza que nos hace la idea de que el legislador mexicano, en la materia de que se trata, se haya inspirado en las doctrinas del Señor García Goyena, y a pesar del respeto que nos merece el Señor Licenciado Verdugo, nos resistimos a aceptar su opinión, y para ello nos basamos en los términos de nuestro artículo 393, en cuya parte final claramente se dice que los actos para los que

(1) Verdugo, ob. cit. t. V. núm. 49.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

deben oir la madre o abuelas el dictámen de los consultores nombrados por el padre, han de ser los que éste *expresamente determine;* de aquí inferimos que si el nombramiento de consultores se ha hecho *sin expresa determinación* de aquellos actos, la madre o abuelas no tienen el deber de consultarlos. Que esta fué la intención del legislador mexicano nos lo revela el hecho de que no se limitó a copiar literalmente el artículo 165 del Proyecto del Señor Goyena, sino que a las palabras que contiene agregó el adverbio *expresamente*, con lo que, en nuestra opinión, quiso demostrar que si admitía restringir la libertad de la madre y abuelas en el ejercicio del poder paterno, tal restricción, sin embargo, no la aceptaba con todos los alcances que le daba el jurisconsulto español.

Por otra parte, nos mueve a aceptar la interpretación que le hemos dado al artículo 393, la consideración de que implica una restricción al ejercicio del poder paterno, y que es principio de buena interpretación que toda disposición limitativa de un derecho debe entenderse restrictivamente. La cuestión, sin embargo, nos parece muy controvertible.

472. Lo que sí no admite controversia en nuestro derecho, es que la facultad del padre, de nombrar consultores a la madre o abuelas, no puede llegar hasta el grado de encargar a aquellos de la administración de los bienes del hijo, con exclusión de la persona que ejerce la patria potestad, pues de los términos de la ley se infiere que las atribuciones de los consultores son, como la misma palabra lo indica, meramente consultivas: admitir otra cosa, sería quebrantar la patria potestad, sería privar a la madre o abuelas de los derechos que les pertenecen con relación a sus hijos o nietos, derechos que tienen, no por voluntad del padre, sino por mandato de la ley.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

473. La obligación que tienen la madre o abuelas, a quienes el padre les ha nombrado consultores para el ejercicio del poder paterno, se limita a *oir* el dictámen de dichos consultores; no tienen el deber de sujetarse a ese dictámen; ni el artículo 393, ni ninguno otro, les impone tal deber. Conviene citar a este respecto las palabras del Señor Goyena, al referirse al artículo 165 de su Proyecto: «No tiene, pues, la madre necesidad u obligación de seguir el dictámen del consultor; en otro caso vendría a quedar privada de parte de sus derechos por un medio indirecto; la ley permite que se ilustre a la madre, pero presume que obrará siempre en el interés de sus hijos» (1).

474. ¿Cuál es la sanción que tiene el artículo 393? ¿Son nulos los actos ejecutados por la madre o abuelas, sin *oir* el dictámen del consultor o consultores nombrados? Para que se admitiera la nulidad, sería necesario un texto que la estableciera, y lejos de ello, la parte final del artículo mencionado prescribe que el acto ejecutado por aquellas, sin haber oído a los consultores, *no se anulará por este solo motivo*. La única sanción que tiene el artículo 393 consiste en que la madre o abuelas, a instancia de los consultores cuyo dictámen no hayan oído, pueden ser privadas, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio público, de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos (art. 396). Habiendo comentado este artículo en el número 458, para no hacer repeticiones inútiles, remitimos al lector a lo que ahí dijimos.

475. Siendo la facultad que tiene el padre, de nombrar consultores, consecuencia del poder paterno, es lógico que no puedan hacer uso de ella, más que cuando estén en el ejercicio de aquel poder. ¿A qué momento deberá atender-

(1) García Goyena, ob. cit. art. 165.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

se, para saber si el padre está en ejercicio de la patria potestad? Dado que la única forma en que el padre puede hacer el nombramiento de consultores es el testamento ¿debe atenderse a la fecha de éste, para la determinación de aquel momento, o a la de la muerte del padre? Si juzgamos según los principios, debemos resolver que el momento a que debe atenderse para juzgar de la aptitud legal del padre, es a aquel en que ejerce la facultad que la ley le concede; ahora bien, como tal facultad no puede ponerla en ejercicio más que por testamento, es la fecha de éste, la que debe tomarse en consideración; de manera que, si el padre, al hacer su testamento, está en el ejercicio de la patria potestad, el nombramiento de consultores que en él haya hecho es válido, por más que posteriormente se vea privado de aquel derecho y en esas condiciones muera.

Esto es lo que dicen los principios; pero nuestro Código se ha separado de ellos, estableciendo que para juzgar de la aptitud legal del padre, para nombrar consultor o consultores a la madre o abuelas, en su caso, hay que atender al momento de su muerte. *No gozarán de esa facultad* (la de nombrar consultores), dice el artículo 394, *el padre, que al tiempo de morir, no se hallare en el ejercicio de la patria potestad, aunque el nombramiento se haya hecho en testamento anterior a la pérdida o suspensión de aquel derecho*. Queriendo buscar alguna justificación a este precepto, se expresa en los siguientes términos el Señor Licenciado Verdugo: «No encontramos otra justificación para esto que el afán del legislador para hacer tan gravosa como es posible la pena de suspensión o pérdida de la patria potestad, pena que se lleva hasta el odioso extremo de nulificar aun los actos practicados antes de haber incurrido en ella. Pero ¿será alguien merecedor de castigo antes de haber delinquido? Quizá también nuestros legisladores hayan querido aprovechar

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

este medio que se les presentaba para restringir aquella facultad del padre testador, que tan poca confianza revela en orden a la madre. De todas suertes, la prescripción de nuestros Códigos nos parece contraria a los más elementales principios de derecho» (1).

El principio consagrado por el artículo 394 tiene una excepción, que el artículo 395 consigna, diciendo que *cuando la suspensión se funde en ausencia o locura, valdrá el nombramiento, si se hizo en testamento anterior a la declaración de ausencia, o a la enajenación mental*. Estos dos casos de excepción, de locura y ausencia, los justifica el Señor García Goyena, diciendo, en cuanto al primero, que no sería justo añadir aflicción al afligido ni agravar la desgracia al desgraciado, y en cuanto al segundo, por ser el nombramiento de consultores, un derecho útil al hijo (2).

476. ¿Tiene el padre la facultad de revocar el nombramiento que haya hecho de consultores? La afirmativa no es dudosa; la única forma que la ley admite para hacer el nombramiento de consultores es el testamento; ahora bien, siendo éste revocable, por la misma razón se debe entender que lo es el nombramiento susodicho (artículo 3472). Además de esta razón, existe otra y es la de que el nombramiento depende de la sola voluntad de quien lo hace. La misma decisión debe darse en el caso en que el testamento sea declarado nulo.

477. ¿En qué forma debe hacerse la revocación? Teniendo en cuenta que el nombramiento sólo puede hacerse en testamento, creemos que la revocación debe hacerse de igual manera, esto es, por la facción de un testamento posterior.

(1) Verdugo, ob. cit. t. V. núm. 60.
(2) García Goyena, ob. cit. art. 165.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

478. Oportunamente veremos que la tutela es un cargo obligatorio, del que nadie puede excusarse sino con motivos fundados; ¿tiene este mismo carácter el nombramiento de consultores a la madre o abuelas, que ejercen la patria potestad? Evidentemente que no, pues son cosas muy distintas los cargos de tutor y de consultor; este último no es más que un mandatario ordinario, cuyas funciones no están, por manera alguna, sometidas a las reglas de la tutela; de aquí que sea para él voluntario el aceptar o no la misión que el padre le confirió. Está por demás decir que en caso de no aceptación, la madre o abuela, queda libre de ejercer la patria potestad, sin restricciones de ningún género.

De lo anterior resulta también que la persona nombrada por el padre para servir de consultor o consejero a la madre o a la abuela, en su caso, puede, después de haber aceptado el nombramiento, renunciar a él.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

APENDICE

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

CAPITULO SEPTIMO

DE LOS MATRIMONIOS NULOS E ILICITOS

Art. 107.—Son causas de nulidad las siguientes:

I.—Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 17 de esta ley;

II.—Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 1º a 5º

Art. 108.—La edad menor de 16 años en el hombre y de 14 en la mujer, dejará de ser causa de nulidad:

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

I.—Cuando haya habido hijos; y

II. Cuando, no habiendo habido hijos, el menor hubiere llegado a los 21 años y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad.

Art. 109.—La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, y dentro de treinta días, contados desde aquel en que se tenga conocimiento del matrimonio.

Art. 110.—Cesa esta causa de nulidad:

I.—Cuando han pasado treinta días sin que se haya pedido aquella;

II.—Cuando, aun durante ese término, el ascendiente ha consentido expresa o tácitamente en el matrimonio, ya dotando a la hija, ya haciendo donación al hijo en consideración al matrimonio, o recibiendo a los consortes a vivir en su casa, o presentando a la prole como legítima al Registro Civil, o practicando otros actos que a juicio del Juez sean tan conducentes al efecto como los expresados.

Art. 111.—La nulidad por falta de consentimiento del tutor o del Juez podrá alegarse en todo tiempo por cualquiera de los cónyuges o del tutor durante la menor edad; pero dicha causa de nulidad cesará si durante ese tiempo, y antes de pedirse o presentarse demanda en forma sobre ella, se obtiene la ratificación del tutor o la autorización judicial confirmando el matrimonio, así como también cesará por el hecho de llegar los cónyuges a la mayor edad sin haberla solicitado.

Art. 112.—El parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio; pero si después se obtuviere la dispensa, y ambos cónyuges, reconocida la nulidad, quisieren espontaneamente reiterar su consentimiento, lo que se hará por medio de una acta ante el Juez del Registro Civil,

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

quedará revalidado el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo.

Art. 113.—La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por cualquiera de los cónyuges y por sus ascendientes, y seguirse a instancia del Ministerio Público.

Art. 114.—El error respecto de la persona anula el matrimonio sólo cuando entendiendo un cónyuge contraerlo con una persona determinada, lo ha contraído con otra.

Art. 115.—La acción que nace de esta causa de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error inmediatamente que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio, a no ser que exista otro de los impedimentos dirimentes.

Art. 116.—El miedo y la violencia serán causas de nulidad si concurren las circunstancias siguientes:

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

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

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

La acción que nace de estas causas de nulidad, sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado y dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación.

Art. 117.—El vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, anula éste, aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por el cónyuge

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

del matrimonio primero, por los hijos y herederos de aquel, y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, el Juez, si tiene conocimiento de dicha causa, podrá proceder a instancia del Ministerio Público.

Art. 118.—La nulidad que se funda en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. También podrá declararse esa nulidad a instancia del Ministerio Público.

Art. 119.—No se admitirá a los cónyuges la demanda de nulidad por falta de solemnidades, contra el acta de matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial.

Art. 120.—La nulidad que se funda en el parentesco de afinidad en línea recta, puede ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público.

Art. 121.—La nulidad que se funda en alguna de las causas de la fracción VIII del artículo 17, sólo puede ser pedida por los cónyuges y por el tutor del incapacitado.

Art. 122.—La nulidad que se funda en la fracción X del artículo 17, solo podrá ser pedida por el cónyuge engañado y dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento del fraude, maquinaciones o artificios empleados para inducirlo en error.

Art. 123.—El matrimonio, una vez contraído, tiene a su favor la presunción de ser válido: sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria.

Art. 124.—Acerca de la nulidad no hay lugar a transacción entre los cónyuges, ni a compromiso en árbitros.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Art. 125.—El Ministerio Público será oído en todo juicio de nulidad de matrimonio,

Art. 126.—El derecho para demandar la nulidad del matrimonio no corresponde sino a aquellos a quienes la ley lo concede expresamente, y no es trasmisible por herencia ni de cualquiera otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel a quien heredan.

Art. 127.—Ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal de oficio enviará copia certificada de ella al Juez del Registro Civil ante quien pasó el matrimonio, para que al margen del acta ponga nota circunstanciada en que conste: el contenido de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marque la copia, que será depositada en el archivo.

Art. 128.—El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges, mientras dura; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de su celebración, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad si no se hubieren separado antes los consortes, o desde la separación de éstos en caso contrario.

Art. 129.—Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

Art. 130.—La buena fe en estos casos se presume; para destruir esta presunción se requiere prueba plena.

Art. 131.—Si la demanda de nulidad fuere instaurada por uno de los cónyuges, se dictarán desde luego las medidas provisionales que establece el artículo 93.

Art. 132.—Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones, mayores de cinco años, quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la ma-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

dre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fe.

Art. 133.—Si sólo uno de los cónyuges ha procedido de buena fe, quedarán todos los hijos bajo su cuidado.

Art. 134.—En todo caso, lo mismo que en el caso de divorcio, los hijos e hijas menores de cinco años, hasta que cumplan esta edad, se mantendrán al cuidado de la madre, a menos que ésta se dedicare públicamente a la prostitución, o a algún otro comercio ilícito, o hubiere contraído el hábito de la embriaguez, o tuviere alguna enfermedad contagiosa, o constituyere por su conducta un peligro grave para la moralidad de sus hijos.

Art. 135.—Declarada la nulidad del matrimonio, se procederá a la división de los bienes comúnes que durante él se hayan adquirido. Si éstos procedieren de frutos de los bienes de uno de los dos consortes y los dos hubieren procedido de buena fe, la divisiónn se hará entre ellos por partes iguales o en los términos que hubieren convenido en las capitulaciones matrimoniales al efecto celebradas; pero si sólo hubiere habido buena fe por parte de uno de los cónyuges, a éste se le aplicarán íntegramente dichos bienes.

Art. 136.—Declarada la nulidad del matrimonio, la dote se restituirá sin sus frutos a la persona que la haya constituído, si hubiere habido buena fe por parte del marido; pero si hubiere habido mala fe por parte de éste los frutos de dicha dote se entregarán íntegros a la mujer si hubiere habido buena fe de parte de ella, y en caso contrario, a la persona que constituyó la dote.

Art. 137.—Declarada la nulidad del matrimonio, las donaciones que se hayan hecho a los dos cónyuges, en atención al matrimonio, se repartirán entre ellos por partes iguales, si los dos hubieren procedido de buena fe; si sólo

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

uno de ellos hubiere tenido buena fe, a éste se aplicarán por entero con todos sus frutos; si los dos cónyuges obraron de mala fe, las donacianes quedarán sin efecto, a no ser que hubiere hijos, en cuyo caso pertenecerán a éstos.

Art. 138.—Si la donación se hubiere hecho por uno de los cónyuges al otro y los dos hubieren procedido de mala fe, la donación con sus frutos quedará en favor de los hijos si los hubiere, y en caso contrario el cónyuge donante no podrá hacer, con motivo de ella, reclamación alguna.

Si la donación fuere hecha por el cónyuge inocente al cónyuge de mala fe, la donación quedará sin efecto y las cosas que fueren objeto de ella se devolverán al donante con todos sus productos.

Si la donación fuere hecha por el cónyuge culpable al cónyuge inocente, quedará subsistente.

Si la donación fuere hecha por un extraño al cónyuge inocente, quedará también subsistente; pero si fuere hecha al cónyuge culpable, quedará en favor de los hijos, si los hubiere, con todos sus frutos, y si no hubiere hijos, se devolverá al donante.

Art. 139.—Si al declararse la nulidad del matrimonio, la mujer estuviere encinta, se dictarán las precauciones a que se refiere la fracción VI del artículo 93, si no se han dictado al tiempo de instaurarse la acción de nulidad.

Art, 140.—La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trecientos días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitacion.

Art. 141.—Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio:

I.—Cuando se ha contraído, pendiente la deción de un impedimento que sea susceptible de dispensa;

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

II.—Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requieren los artículos 24 y 25;

III.—Cuando no ha transcurrido el tiempo que la ley fija a la mujer o al cónyuge que dió causa al divorcio, para contraer nuevo matrimonio.

Art. 142.—Los que infrinjan el artículo anterior, lo mismo que sus cómplices y los que contraigan, siendo mayores de edad, matrimonio con un menor sin la autorización de sus padres, del tutor o del Juez, o que autoricen dicho acto, serán castigados con una pena que no bajará de seis meses ni excederá de dos años de prisión.

Varias reformas hace el capítulo cuyas, disposiciones hemos transcrito, al Código civil. Vamos a estudiarlas en párrafos separados.

El Código civil, partiendo de la idea de que la falta de consentimiento del tutor o del juez para la celebración del matrimonio, no es un hecho verdaderamente grave, que amerite la nulidad de la unión contraída, hace de él tan sólo un motivo de ilicitud del matrimonio, que, como sabemos, da lugar únicamente a la imposición de una pena. La ley que estudiamos, procediendo con criterio distinto, considera aquel hecho como una causa de nulidad de la unión contraída, concediendo la acción respectiva, no sólo a las personas, cuyo consentimiento era necesario para la celebración de aquella, como en el caso de falta de consentimiento de los padres o ascendientes, sino también a cualquiera de los cónyuges.

Esta reforma acusa una verdadera inconsecuencia del

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

legislador con los principios, pues si admite que los cónyuges tienen la acción de nulidad, cuando contraen el matrimonio, sin el consentimiento del tutor o la autorización judicial, debe admitir lo mismo, con mayor razón, cuando el matrimonio lo hubieren contraído, sin voluntad de sus padres o ascendientes. No hay razón, en lo absoluto, para que la acción que da a los esposos en el primer caso, la niegue en el segundo.

Pero no es esto lo único que hay censurable en la nueva ley. Tratándose del consentimiento de los padres o ascendientes, la acción de nulidad prescribe, si no se ejercita en el plazo de treinta días, contados desde que aquellos hayan tenido conocimiento del matrimonio; en cambio, tratándose del consentimiento del tutor o del juez, la acción perdura hasta que los esposos lleguen a la mayor edad, salvo que antes se hubiere obtenido la conformidad del tutor con el matrimonio, o la ratificación judicial. Esta diferencia, que se hace entre un caso y otro, es inexplicable: el motivo por el cual se concede la nulidad, cuando los menores celebran el matrimonio sin el consentimiento de las personas que deberían otorgarlo, es el menosprecio de aquellos hacia estas personas; este menosprecio reviste mayor gravedad cuando el menor se casa sin la voluntad de sus padres o ascendientes, que cuando lo hace sin la de su tutor o del juez; lo lógico, pues, sería que en el primer caso, la acción perdurara más tiempo que en el segundo; pero no es así; para el novísimo legislador, es más importante que el menor menosprecie la voluntad de un tutor o de un juez, que la de sus padres o ascendientes; ahora bien, esto es incomprensible.

El artículo 111 de la nueva ley establece que la causa de nulidad por falta de consentimiento del tutor, o de la correspondiente autorización judicial, cesa si durante la menor edad de los esposos, el primero de los mencionados ratifica el matrimonio; ¿es necesario que la ratificación sea expresa?

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Por lo que respecta a la falta de consentimiento de los padres o ascendientes, la ley se conforma con el consentimiento tácito de éstos, para considerar extinguido el derecho de reclamar la nulidad; en efecto, el artículo 110, en su fracción II, expresa que cuando el ascendiente ha consentido expresa o tácitamente en el matrimonio, ya dotando a la hija, ya haciendo donación al hijo en consideración al matrimonio, o recibiendo a los consortes a vivir en su casa, o presentando a la prole, como legítima, al Registro Civil, o practicando otros actos que a juicio del Juez hagan presumir el consentimiento de aquellos, cesará la causa de nulidad; ahora bien, no hay razón ninguna para que, tratándose del consentimiento del tutor, sea de otro modo; en consecuencia, debe admitirse que cualquier hecho que haga presumir la voluntad del tutor, de ratificar la unión contraída, será bastante para considerar extinguida la acción de nulidad, no sólo en cuanto al tutor, sino en cuanto a los mismos esposos.

Sin embargo, para que esto tenga lugar, es preciso que la ratificación se verifique antes de que se haya promovido la demanda de nulidad; así expresamente lo establece el artículo 111.

Cuando ambos esposos, siendo menores de edad, se casan sin el consentimiento de sus respectivos tutores, es evidente que la acción de nulidad corresponde a cualquiera de ellos; pero ¿qué decidir en el caso en que solamente uno de los cónyuges hubiere contraído el matrimonio, sin contar con aquel consentimiento? ¿la acción de nulidad podrá ser ejercitada por el otro cónyuge? En el terreno de los principios, la decisión debe ser negativa, pues la acción de nulidad, salvo que se trate de nulidades que afecten al orden público, sólo pertenece a la parte a quien perjudica el acto reclamado, que, en el caso, lo sería el menor que se casó sin la debida autorización; sin embargo, atentos los términos del artículo

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

111, que establece que *cualquiera* de los cónyuges podrá entablar laacción de nulidad, sin hacer distinciones de ningún género, debe resolverse que el esposo que contrajo el matrimonio con la autorización de la persona que debería otorgarlo, puede aprovecharse de la falta de autorización con que lo contrajo su consorte, para pedir la nulidad del acto.

¿Los términos del artículo 111 deben entenderse de una manera tan absoluta, que aun en el caso en que el matrimonio se celebre entre un mayor de edad y un menor, sin el consentimiento de su tutor o la correspondiente autorización judicial, puede promover el primero la acción de nulidad? Por más que la redacción del expresado artículo parezca ser favorable a una resolución afirmativa, creemos que no sea así, y para ello nos fundamos en que la ley considera responsable de delito al mayor que se casa con un menor de edad en las condiciones antes mencionadas; en efecto, el artículo 142 dispone que los que siendo mayores de edad contraigan matrimonio con un menor, sin la autorización de sus padres, del tutor o del juez, serán castigados con una pena, que no bajará de seis meses de arresto, ni excederá de dos años de prisión; ahora bien, es inadmisible que el autor de un delito pueda reclamar la nulidad de un acto de que sólo él es responsable; tal cosa no se compadece, ya no con los principios jurídicos, ni siquiera con las reglas del sentido común.

Se nos objetará que el artículo 111, al decir *cualquiera de los cónyuges*, no hace distinciones y que donde la ley no distingue, no es lícito distinguir. Muy cierto es que el artículo mencionado, gramaticalmente interpretado, no distingue entre un consorte y el otro; pero es regla de interpretación que cuando la distinción resulta de los propios fundamentos de la ley, es permitido distinguir, y en el caso, la distinción, no solamente tiene en su apoyo el espíritu de la

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ley, sino que se basa también en el texto expreso del artículo 142; por tales consideraciones, opinamos que cuando un mayor de edad se casa con un menor, sin la debida autorización de su tutor o del juez, no puede reclamar la nulidad de su matrimonio por la falta de esa autorización.

Según el Código civil, la acción de nulidad fundada en el miedo o la violencia, queda extinguida, si no se ejercita en el plazo de sesenta días, contados desde la fecha del matrimonio; en el número 38 de este tomo hicimos la crítica de esta disposición, calificando de absurdo que el plazo para atacar el matrimonio, por aquella causa de nulidad, se contara desde la expresada fecha, toda vez que si le había sido posible a uno de los consortes ejercer violencia sobre el otro para obtener su consentimiento para el matrimonio, antes de verificarse éste, una vez verificado, mayores facilidades tendría para hacer que no cesaran los efectos de la violencia, durante un plazo de sesenta días, y obtener, por este medio, la impunidad de su crimen.

La nueva ley corrige este defecto de la anterior, estableciendo que el plazo de sesenta días para entablar la acción de nulidad comienza a contarse desde la fecha en que hubieren cesado los efectos de la violencia. La reforma hecha, en este particular, al Código no puede ser más digna de elogio.

En el número 45 de este tomo sostuvimos que, según el Código, el matrimonio de un demente, celebrado durante un intervalo lúcido, es válido, aun en el caso de que la celebra-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ción hubiere tenido lugar posteriormente a la fecha en que el demente hubiere sido puesto en estado de interdicción. Fundamos esta opinión en la circunstancia de que la ley exige, para que la locura constituya una causa de nulidad del matrimonio, que sea constante y tal requisito no puede decirse que exista, cuando el demente tiene intervalos lúcidos.

En la ley que comentamos, es insostenible la expresada teoría, pues la fracción VIII de su artículo 17 no requiere, para que la locura sea causa de nulidad del matrimonio, que sea constante; por lo mismo, el matrimonio celebrado por un demente, durante un intervalo lúcido, es nulo, y esto aunque aquel no haya sido puesto en estado de interdicción.

La ley que estudiamos, al igual que el Código civil, hace del atentado contra la vida de uno de los casados para casarse con el que quede libre, una causa de nulidad del matrimonio; pero en tanto que la segunda de las leyes mencionadas concede la acción de nulidad al cónyuge inocente, a los hijos y herederos del primer cónyuge y al Ministerio Público (art. 269), la primera de dichas leyes no concede a nadie la acción; de aquí resulta, atentos los términos del artículo 126, que no permite demandar la nulidad más que a las personas a quienes la ley concede expresamente ese derecho, que la causa de nulidad de que se trata es letra muerta, por falta de acción para hacerla valer. Creemos que la omisión, en la nueva ley, del artículo 269 del Código civil, no obedece a otra cosa que a un descuido del legislador.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

A la inversa de lo que pasa en el caso a que nos acabamos de referir, el Código civil, por lo que respecta a la causa de nulidad fundada en parentesco de afinidad en la línea recta, no concede a nadie la acción para reclamarla, resultando de ahí que tal motivo de nulidad es irreclamable. La nueva ley subsana esta omisión del Código, estableciendo, en el artículo 120, que la nulidad fundada en aquella causa puede ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público.

Según el artículo 107, fracción II, de la ley que venimos estudiando, es causa de nulidad del matrimonio el hecho de haberse celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 1º a 5º. Conviene tener a la vista estos artículos para hacer el debido comentario de ellos. Dicen así:

Art. 1º—Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán personalmente o por medio de apoderado legítimamente constituído, ante el Juez del Estado Civil a que esté sujeto el domicilio de cualquiera de los pretendientes, un escrito en que conste:

I.—El nombre y apellido completos de cada uno de los solicitantes, el lugar de su nacimiento, el de su residencia, su edad, ocupación y si alguno de ellos o los dos han sido casados, expresando, en caso afirmativo, el nombre de la persona con quien se celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha en que ésta se verificó;

II.—El nombre y apellidos completos del padre y la madre de cada uno de los pretendientes, si viven o son ya di-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

funtos, el lugar de su nacimiento, el de su última residencia, su edad y ocupación;

III.—Que no tienen impedimento legal para celebrar el contrato de matrimonio;

IV.—Que es su voluntad unirse en matrimonio legítimo.

Esta solicitud deberá ir firmada por los pretendientes, y si no pudieren o no supieren escribir, firmará, por el que no pudiere o supiere hacerlo, un testigo conocido, mayor de edad y vecinò del lugar.

Firmarán también la solicitud, en caso de que los pretendientes o alguno de ellos sea menor de edad, sus padres o tutores.

Si alguno de los pretendientes fuere menor de edad, y no tuviere su padre o tutor, se aconpañará a la solicitud autorización del Jues de Primera Instancia del lugar de su domicilio, que lo faculte para contraer matrimonio con la persona que en unión de él firma dicha solicitud.

Si alguno de los pretendientes hubiere estado en tutela por causa de demencia o idiotismo, se acompañará igualmente a la solicitud la resolución del Juez que haya declarado la cesación de la tutela por haber desaparecido la causa que la motivó.

Los pretendientes pueden aconpañar a la misma solicitud las constancias expedidas por dos o más médicos titulados, en las que, bajo la protesta de decir verdad, se asegure que dichos pretendiendes no tienen impedimento para celebrar el matrimonio que desean contraer, por estar en el uso expedito de sus facultades mentales, no tener alguna de las enfermedades que menciona la ley, ni defecto físico que les impida entrar en el estado matrimonial.

La solicitud deberá ser autorizada también por dos testigos mayores de edad, vecinos del lugar, que conozcan a

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

los pretendientes cuando menos tres años antes de la fecha de ella, los que lo declararán así bajo la protesta de decir verdad, asegurando, además, que saben y les consta de ciencia cierta que aquellos tienen la edad requerida por la ley para poder contraer matrimonio y que carecen de impedimento legal para celebrarlo.

Si no hubiere dos testigos que conozcan a la vez a los dos pretendientes, deberán presentar dos testigos por cada uno de ellos, que llenen el requisito indicado.

Art. 2º—El Juez del Estado Civil a quien se presentare una solicitud de matrimonio con los requisitos antes mencionados, o haciendo que se subsanen los defectos que tuviere, procederá inmediatamente a hacer que los pretendientes, testigos y demás personas que la subscriben, ratifiquen ante él, separadamente su contenido; y en seguida, a continuación de las mismas diligencias, determinará que se proceda a la celebración del matrimonio por estar satisfechos las requisitos exigidos por la ley para poder contraerlo, señalando, al efecto, dentro de los ocho días siguientes, día, hora y lugar para dicha celebración.

Art. 3º—El día y hora designados para la celebración del matrimonio, deberán estar presentes ante el Juez del Estado Civil, en el lugar que éste hubiera fijado, los contrayentes en persona o por medio de apoderado especial legítimamente constituído, más dos testigos por cada uno de los mismos pretendientes para acreditar su identidad, así como los padres o tutores de éstos, si los tuvieren y quisieren concurrir a la ceremonia.

Acto continuo, el Juez del Estado Civil dará o hará que se dé lectura a la solicitud de matrimonio, a los documentos que con ella se hayan presentado y a las demás diligencias practicadas; en seguida interrogará a los testigos si los pretendientes que están presentes son las mismas

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

personas a que se refiere la solicitud, preguntando después a cada uno de dichos pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y, si cada uno de ellos respondiere afirmativamente, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad, con todos los derechos y prerrogativas que aquella otorga y con las obligaciones que impone. Inmediatamente se levantará el acta en que conste el cumplimiento de las formalidades antes expresadas, acta que firmará el Juez del Estado Civil, los contrayentes, si supieren y pudieren hacerlo, los testigos, y demás personas que intervinieren en el acto.

Las diligencias que precedan a la celebración del matrimonio, se marcarán con el número del acta y se unirán al apéndice que corresponda.

Art. 3º—La celebración del matrimanio se hará en público y en el día, hora y lugar señalados al efecto. Los testigos que firmen una solicitud de matrimonio o que estén presentes al celebrarse éste, podrán ser parientes o extraños a los contrayentes.

Art. 5º—En el acta de matrimonio, además de las formalidades que expresamente exige el artículo 3º, deberán hacerse constar:

I.—Los nombres, apellidos, edad, profesiones, domicilios y lugar del nacimiento de los contrayentes;

II.—Si éstos son mayores o menores de edad;

III.—Los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los padres;

IV.—El consentimiento de los padres, abuelos o tutores, o la habilitación de edad;

V.—Que no hubo impedimento o que se dispensó;

VI.—La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, tomándose y entregándose

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

mutuamente por marido y mujer; y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la sociedad;

VII.—Los nombres, apellidos, edad, estado, profesiones y domicilios de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y, si lo son, en qué grado y en qué línea.

Los requisitos de que hablan los artículos anteriores pueden dividirse en tres clases: unos referentes a los datos que ha de contener el escrito de presentación de los futuros esposos; otros concernientes a los detalles que debe tener el acta de matrimonio y otros que afectan a las formalidades que preceden y acompañan al acto.

Por lo que respecta a estos últimos requisitos, nada es más lógico y de acuerdo con los principios, que pronunciar la nulidad en los casos en que no se hubieren llenado, pues el matrimonio es un acto esencialmente solemne; así, si los futuros esposos no se presentan al juez del Registro civil por medio del escrito de que habla el artículo 1º; si su solicitud no es autorizada por los testigos a que se refiere el mismo artículo, que declaren que conocen a los pretendientes desde una época no menor de tres años, constándoles que tienen la edad requerida para contraer matrimonio y que carecen de impedimento legal para celebrarlo; si aquel escrito no es ratificado ante el propio Juez del Registro; si la unión no se celebra ante el mismo juez con la concurrencia de dos testigos, por cada uno de los pretendientes, que acrediten su identidad; si no se llenan, en el momento de la celebración, los requisitos a que se refiere el inciso segundo del artículo 2º; si, en fin, el matrimonio no tiene lugar en público, y en el día, hora y lugar señalados al efecto, la unión será nula.

Pero ¿cabe decir lo mismo respecto de la omisión en el escrito de presentación y en el acta, de los detalles que enu-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

FOTOCOPIARSE

meran los artículos 1º y 5º? Por más que los términos de la ley parezcan dudosos a este respecto, no creemos que dicha omisión pueda dar lugar a la nulidad del matrimonio; éste es un acto de suma trascendencia para admitir que una formalidad insubstancial pueda acarrear su nulidad; ello es tanto menos admisible, cuanto que las partes, que es a quienes perjudica directamente la nulidad, no son responsables de las omisiones que contengan aquellos documentos, toda vez que si se trata del escrito de presentación, el juez tiene el deber de hacer que se subsanen los defectos de que adolezca y si se trata del acta de matrimonio, su redacción es a cargo exclusivo de aquel funcionario ¿cómo aceptar, pues, que un vicio que no es imputable a los interesados, pueda redundar en perjuicio suyo?

Por lo demás, la ley no es lo suficientemente clara y explícita para que se pueda inferir de ella, que las omisiones de que se trata traigan consigo la nulidad del matrimonio; la redacción del artículo 107, fracción II, más bien parece ser contraria a esta interpretación; tal artículo expresa que es causa de nulidad que el matrimonio *se haya celebrado* en contravención a los dispuesto en los artículos 1º a 5º; de este texto resulta que las contravensiones que produce la nulidad son las relativas a la *celebración* del matrimonio; ahora bien, las omisiones o defectos de que adolezcan el escrito de presentación de los esposos y el acta matrimonial no pueden considerarse como contravenciones a la celebración del matrimonio; son irregularidades de dichos documentos; más no contravenciones a la celebración del acto.

¿Las falsedades en que hubieren incurrido los pretendientes o los testigos, en el escrito de presentación, o en el acta matrimonial, dan lugar a la nulidad del matrimonio? El artículo 6º establece una pena de dos a seis años de prisión en contra de los pretendientes que aseguren, de una manera

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

maliciosa, un hecho falso y de los testigos que, dolosamente, afirmen la exactitud de las declaraciones de aquellos o su identidad; es principio de buena interpretación que cuando la ley señala la sanción que debe tener un precepto, no podrá admitirse otra; por aplicación de este principio, debe resolverse que las falsedades en que hubieren incurrido las partes o los testigos, no pueden dar lugar a la nulidad del matrimonio; esto no obsta para que si dichas falsedades implicaren la existencia de un impedimento, el matrimonio pueda anularse; pero indudablemente que en tal caso, la nulidad procede, no por la falsedad, sino por la existencia del impedimento.

Según el artículo 4º, la celebración del matrimonio debe hacerse en público; esto, en buen derecho, debería significar que el lugar en que se verificara aquel, fuera de libre acceso para todo el mundo; no es así, sin embargo, pues el inciso segundo del artículo 11º admite implicítamente que el matrimonio puede celebrarse en una casa particular; de aquí resulta que el requisito de publicidad a que se refiere el artículo 4º debe entenderse, no de una manera rigurosa, sino en el sentido de que se falta a él, cuando de las circunstancias que rodean a la celebración, aparezca que el matrimonio se verificó clandestinamente, cuestión que deberán apreciar los tribunales, según las circunstancias que concurran en cada caso.

Fuera de las reformas anotadas, no encontramos otra, digna de tomarse en consideración, en el capítulo que hemos estudiado, si no es la que los artículos 132 y 134 hacen a los 282 y 284 del Código civil, modificando la edad hasta la cual los hijos menores deben quedan en poder de la madre, al declararse la nulidad del matrimonio, modificación que

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

consiste en hacer ascender dicha edad hasta cinco años, en vez de tres que fijaba el Código. Está por demás decir que tal reforma, como inspirada que está en el interés de los menores, es digna de todo elogio. También lo es la salvedad que hace la parte final del citado artículo 134, estableciendo que los hijos e hijas menores de cinco años dejarán de estar al cuidado de la madre, cuando ésta se dedicare públicamente a la prostitución o a algún otro comercio ilícito, o cuando hubiere contraído el hábito de la embriaguez, tuviere alguna enfermedad contagiosa o constituyere, por su conducta, un peligro grave para la moralidad de los hijos.

CAPITULO OCTAVO

DE LA PATERNIDAD Y FILIACION DE LOS HIJOS LEGITIMOS

Art. 143.—Se presumen por derechos legítimos:

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, ya de muerte del marido o de divorcio.

Art. 144.—Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Art. 145.—El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare contra la legitimidad, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o haya acaecido durante una ausencia de más de diez meses.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Art. 146.—El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación definitiva por divorcio; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener, en estos casos, la legitimidad.

Art. 147.—El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

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

II.—Si asistió al acta de nacimiento, y si ésta está firmada por él o contiene su declaración de no saber firmar;

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

IV.—Si el hijo no nació capaz de vivir.

Art. 148.—Las cuestiones relativas a la filiación y legitimidad 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 o la legitimidad del hijo,

Art. 149.—En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir la legitimidad del hijo, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el del nacimiento, si está presente; desde el día en que llegue al lugar, si estaba ausente; y desde el día en que descubra el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

Art. 150.—Si el marido está en tutela por causa de demencia, imbecilidad u otro motivo que lo prive de inteligencia, este derecho puede ser ejercido por su tutor. Si éste no lo ejerciere, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela; pero siempre en el plazo antes designa-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

do, que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.

Art. 151.—Cuando el marido, teniendo o no tutor, ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la legitimidad en los casos en que podría hacerlo el padre.

Art. 152.—Los herederos del marido, excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, cuando él no haya comenzado esta demanda. En los demás casos, si el marido ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil para hacerla, los herederos tendrán para proponer la demanda, sesenta días desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del marido, o desde que los herederos se vean turbados por él en la posesión de la herencia.

Ari. 153.—Si la viuda o divorciada o cuyo matrimonio fuere declarado nulo, contrajere segundas nupcias dentro del período prohibido para celebrar un nuevo matrimonio, la filiación del hijo que naciere, contraído aquél, se establecerá conforme a las reglas siguientes:

I.—Se presume que el hijo es del segundo marido si naciere después de doscientos setenta días de contraído el segundo matrimonio;

II.—Se presume que el hijo es del primer marido, si naciere antes de ese término, pero dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio;

III.—Se presume que el hijo es del primer marido, si naciere después de doscientos setenta días de disuelto el primer matrimonio, pero antes de los trescientos días que siguieron a su disolución y antes de ciento ochenta días de cotraído el segundo. El que negare su legitimidad en este

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

caso y en el anterior, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del primer marido;

IV.—Se presume que el hijo es natural, si naciere después de los trescientos días de disuelto el primer matrimonio y dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del segundo.

En los demás casos que puedan presentarse, no comprendidos en las cuatro reglas que preceden, las dificultades que ocurran se resolverán combinando dichas reglas con las que establece el artículo 143.

Art. 154.—El desconocimiento de un hijo, de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda en forma ante el Juez competente. Todo acto de desconocimiento, practicado de otra manera, es nulo.

Art. 155.—En el juicio de contradicción de la legitimidad serán oídos la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se proveerá de un tutor interino.

Art. 156.—Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana, y que o vive veinticuatro horas naturales o es presentado vivo al Registro Civil.

Faltando alguna de estas circunstancias, nunca y por nadie podrá entablarse demanda de legitimidad.

Art. 157.—No puede haber sobre la filiación legítima, ni transacción ni compromiso en árbitros.

Art. 158.—Esta prohibición no quita a los padres la facultad de reconocer a los hijos, ni a los hijos mayores la de consentir en el reconocimiento.

Art. 159.—Puede haber transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación, legalmente declarada, pudieran deducirse, sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de estado de hijo legítimo,

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Las disposiciones transcritas son iguales a sus correlativas del Código civil, con excepción de la contenida en el artículo 153, que fija reglas distintas a las establecidas por aquel Código, para determinar la paternidad, cuando, contrayendo la madre un segundo matrimonio antes de los trescientos días de la disolución del primero, haya duda sobre si el hijo nacido pertenece al primero o al segundo marido.

Los comentarios que hicimos al comentar el artículo 300 del Código civil, en los números 185 y siguientes de este tomo, son aplicables al artículo 153 de la nueva ley; por lo tanto nos abstenemos de repetirlos, haciendo observar solamente que el Código tiene la ventaja de resolver, bien o mal, todas las dudas que pueden presentarse respecto a la filiación del hijo cuya paternidad sea dudosa, en tanto que la nueva ley no resuelve todas esas dudas, lo que ella misma reconoce, al establecer, en el inciso final del citado artículo, que cualquier caso no comprendido en los incisos anteriores, se resolverá, combinando las reglas a que se refieren estos incisos con las que fija el artículo 143.

CAPITULO NOVENO

DE LAS PRUEBAS DE LA FILIACION DE LOS HIJOS LEGITIMOS

Art. 160.—La filiación de los hijos legítimos se prueba por la partida de nacimiento; y en caso de que no hayan existido registros, o se hayan perdido, o estuvieren rotos o borrados, o faltaren las hojas en que se pueda suponer que estaba el acta, se podrá recibir prueba del acto por

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

instrumentos o testigos; pero si uno solo de los registros se ha inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase.

Cuando se cuestione la validez del matrimonio de los padres, debe presentarse además el acta de matrimonio de éstos, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo siguiente.

Art. 161.—Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a los hijos su legitimidad por sólo la falta de presentación del acta de matrimonio, siempre que se pruebe esta legitimidad, por la posesión de estado de hijos legítimos, a la cual no contradiga el acta de nacimiento.

Art. 162.—Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo legítimo de otro por la familia de éste y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo legítimo si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

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

II.—Que el padre le ha tratado como a su hijo legítimo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

Art. 163.—Estando conforme el acta de nacimiento con la posesión actual de estado de hijo legítimo, no se admite acción en contra, a no ser que el matrimonio sea declarado nulo, por mala fe de ambos cónyuges.

Art. 164.—Si el acta de nacimiento fuere judicialmente declarada falsa, o si hubiere en ella omisión en cuanto a los nombres de los padres, puede acreditarse la filiación por los medios ordinarios de prueba que el derecho establece.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

De la sentencia que declare la filiación se remitirá testimonio al Juez de Estado Civil para que levante el acta, insertando en ella la sentencia; esta acta producirá los mismos efectos que las demás actas de nacimiento.

Art. 165.—Las acciones civiles que se intenten contra el hijo por los bienes que ha adquirido durante su estado de hijo legítimo, aunque después resulte no serlo, se sujetarán a las reglas comunes para la prescripción.

Art. 166.—La acción que compete al hijo para reclamar su estado, es imprescriptible para él y sus descendientes legítimos,

Art. 167.—Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que trata el artículo anterior:

I.—Si el hijo ha muerto antes de cumplir 25 años; y

II.—Si el hijo cayó en demencia antes de cumplir 25 años y murió después en el mismo estado.

Art. 168.—Los herederos podrán continuar la acción intentada por el hijo, a no ser que éste hubiere desistido formalmente de ella, o nada hubiere promovido judicialmente durante un año contado desde la última diligencia.

También podrán contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condición de hijo legítimo.

Art. 169.—Los acreedores, legatarios y donatarios tendrán los mismos derechos que a los herederos conceden los artículos 167 y 168, si el hijo dejó bienes suficientes para pagarles.

Art. 170.—Las acciones de que hablan los tres artículos que preceden, prescriben a los cuatro años contados desde el fallecimiento del hijo.

Art. 171.—Siempre que la presunción de legitimidad del hijo fuere impugnada en juicio durante su menor edad, el Juez nombrará un tutor interino que le defienda. En dicho juicio será oída la madre.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Art. 172.—La posesión de la filiación legítima no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada en juicio ordinario, que admitirá los recursos que den las leyes en los juicios de mayor interés.

Art. 173.—La posesión de la filiación legítima no puede adquirirse por el que no la tiene, sino con arreglo a las prescripciones del artículo 164.

Art. 174.—Si el que está en posesión de los derechos de padre o hijo legítimo, fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio sin que preceda sentencia por la que deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión.

Art. 175.—La prueba de la filiación no basta por sí sola para justificar la legitimidad; ésta se rige, además, por las reglas sobre validez de los matrimonios y las establecidas en el capítulo VIII de esta ley.

En el capítulo, cuyas disposiciones acabamos de transcribir, no encontramos otra reforma al Código civil, que la que el artículo 160 hace al 380 de aquel Código, relativa a la manera de comprobar el estado del hijo, cuando no hayan existido registros, o se hayan perdido o estuvieren rotos o borrados o faltaren las hojas en que se pueda suponer que estaba el acta.

Tanto el Código civil, como la ley que comentamos, admiten que en los casos mencionados, el hijo puede comprobar su estado por medios distintos que por la presentación del acta de nacimiento; pero en tanto que aquel exige que esa comprobación se haga por la posesión constante del estado de hijo legítimo, la nueva ley se conforma con una comprobación por instrumentos o testigos.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

La reforma hecha, por más que está inspirada en un espíritu de liberalidad hacia el hijo que no puede comprobar su estado por la partida de nacimiento, no nos parece aceptable, pues, en virtud de ella, cualquier individno, previa comprobación de encontrarse en el caso del artículo 160, podrá atribuirse determinada filiación, con sólo presentar dos o tres testigos. El Código civil admite esta manera de comprobar el estado, cuando el acta de nacimiento hubiere sido declarada falsa o cuando hubiere en ella omisión en cuanto al nombre de los padres: es en presencia de una acta como el legislador de dicho Código se muestra favorable, para aquella forma de comprobación; pero cuando no hay acta ninguna, como en el caso en que no hayan existido los registros, estuvieren rotos o borrados etc. etc., exige que el hijo compruebe su filiación por medio de la prueba de la posesión de estado de hijo legítimo que, como sabemos, requiere la existencia de hechos, que hacen muy verosimil la filiación del hijo a que se refiere esa posesión. Por las anteriores consideraciones, no nos declaramos partidarios de la reforma de que antes hablamos.

CAPITULO DECIMO

DE LA LEGITIMACION

Art. 176.—Pueden ser legitimados todos los hijos habidos fuera de matrimonio.

Art. 177.—El único medio de legitimación es el subsiguiente matrimonio de los padres.

Art. 178.—El subsiguiente matrimonio legitima a los hijos aunque sea declarado nulo, si uno de los cónyuges por lo menos tuvo buena fe al tiempo de celebrarlo.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Art. 179.—Para legitimar a un hijo natural, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, o en el acto mismo de celebrarlo, o durante él; haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente.

Art. 180.—Si el hijo fue reconocido por el padre antes del matrimonio, y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita el reconocimiento expreso de ésta para que la legitimación surta sus efectos legales por el subsiguiente matrimonio.

Art. 181.—Tampoco se necesita el reconocimiento del padre si se expresó el nombre de éste en el acta de nacimiento.

Art. 182.—Los hijos legitimados tienen los mismos derechos que los legítimos; y los adquieren desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento sea posterior.

Art. 183.—Pueden ser legitimados los hijos que, al tiempo de celebrarse el matrimonio, hayan fallecido, dejando descendientes.

Art. 184.—Pueden serlo también los hijos nacidos si el padre, al casarse, declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta o que le reconoce si aquélla estuviere encinta.

Art. 185.—La legitimación de un hijo aprovecha a sus descendientes.

En materia de legitimación, la ley nueva hace una reforma capitalísima al Código civil; según éste, la legitimación sólo puede verificarse respecto de los hijos naturales, entendiéndose que tienen este carácter aquellos que han sido con-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

cebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa; de acuerdo con esto, los hijos adulterinos e incestuosos están excluídos del derecho de la legitimación; la ley que comentamos admite la legitimación respecto de todos los hijos habidos fuera de matrimonio, sin distinguir entre los naturales simples y los espurios.

Consecuentes con las ideas que hemos expuesto en el curso de esta obra, sobre la injusticia que encierra la odiosa distinción, sancionada por las leyes, entre los hijos naturales y los espurios, aplaudimos la reforma hecha por el legislador mexicano a las leyes patrias en el punto de que se trata, reforma que, en nuestro modo de sentir, significa un paso más hacia los principios de igualdad y justicia, en que debe basarse toda legislación, y que pone a la mexicana a una altura considerable respecto de las legislaciones de otros países, que, por un espíritu de respeto mal entendido hacia las viejas instituciones, se han hecho sordas a los clamores de los filósofos y doctrinistas, que no han dejado de predicar contra aquellas odiosas desigualdades, que si disculpables en otras épocas de atraso, no lo son en manera alguna, en los tiempos en que vivimos. (1)

No obstante que la ley establece, en términos absolutos, el principio de que todos los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden ser legitimados, tal principio tropieza con una dificultal inaccesible, respecto de los hijos procedentes de una unión incestuosa, pues siendo el matrimonio el único medio de legitimación que hay, y no pudiendo tener lugar entre los padres del hijo incestuoso, por virtud del impedimento dirimente que crea el parentesco en determinado

(1) *Vease* núms. 145, 146 y 299 de este tomo.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

grado, tales hijos no pueden aprovecharse del beneficio de la legitimación (1).

El artículo 177 de la ley que venimos estudiando, al igual que el 326 del Código civil, establece que el único medio de legitimación es el subsiguiente matrimonio de los padres; pero en tanto que este último artículo prescribe que la legitimación producirá sus efectos, aunque entre el matrimonio y el nacimiento de los hijos, hubiere habido otro matrimonio, el primero no dice nada ¿tal omisión debe interpretarse en el sentido de que no puede tener lugar la legitimación cuando entre el nacimiento de los hijos y el matrimonio de sus padres se hubiere celebrado otro matrimonio? Creemos que no; en el número 281 de este tomo, tachamos de inútil el agregado que hace en su parte final el artículo 326 del Codigo civil, por la razón de que si el matrimonio opera la legitimación de los hijos habidos con anterioridad, es natural que este efecto se produzca, aun cuando hubiere habido un matrimonio intermediario; tal matrimonio, como entonces dijimos «no puede destruir la condición de los hijos nacidos de uno de los esposos, con anterioridad, ni puede tener influencia en los efectos de un matrimonio posterior». De aquí concluímos que la unión intermediaria, dígalo o no la ley, no tiene influencia ninguna en la legitimación qué opera el segundo matrimonio. Por tales razones, creemos que la omisión que se nota en el artículo 177 de la nueva ley no modifica el principio consagrado por el artículo 326 del Código civil.

(1) Pallares, «Ley sobre relaciones familiares,» pág. 319.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

CAPITULO DECIMOPRIMERO

DE LOS HIJOS NATURALES

Art. 186.—Todo hijo, nacido fuera de matrimonio, es natural.

Art. 187.—Queda absolutamente prohibida la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La prohibición es absoluta, tanto en favor como en contra del hijo, salvas las excepciones establecidas en los artículos 197 y 211.

Los Jueces que infrinjan esta disposición, cualquiera que sea la causa que para ello alegaren, serán castigados con la pena de destitución de empleo e inhabilitación para obtener otro por un término que no bajará de dos ni excederá de cinco años.

Dos reformas capitales introduce la nueva ley al Código civil en el capítulo anterior: una referente al nuevo concepto que da aquella de los hijos naturales; otra concerniente a la investigación de la paternidad.

El Código civil define a los hijos naturales, diciendo que son los concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa. Tal definición excluye de la calidad de hijos naturales, a los hijos adulterinos o incestuosos. La ley que estudiamos,

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

borrando de nuestra legislación la odiosa ditinción entre los hijos nacidos fuera de matrimonio, de padres que en la época de la concepción podían casarse, y aquellos procedentes de padres, entre quienes en la misma época, existía un impedimento que hacía imposible su matrimonio; establece que *todo hijo nacido fuera de matrimonio es natural.*

La diferencia entre una y otra legislación es capitalísima, pues de ella resulta que los hijos adulterinos o incestuosos, que según el Código, no pueden ser objeto de reconocimiento, pueden ser reconocidos según la nueva ley. Habiéndonos ocupado de esta reforma en el capítulo anterior, nos consideremos excusados de hablar más respecto de ella.

La otra reforma que antes apuntamos concierne a la investigación de la paternidad. El Código Civil no admite esta investigación, más que en los casos de rapto o violación, cuando coinciden la época del delito y la concepción. La nueva ley admite la investigación de la paternidad, no sólo en el caso mencionado, sino también cuando el hijo tiene la posesión de estado de hijo natural del hombre, caya paternidad reclama, con la única condición de que tal hombre no esté ligado por vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento (art. 197).

Muy plausible nos parece la reforma expresada y a este respecto, no podemos menos de transcribir las siguientes palabras de D'Aguauno, que por los convincentes fundamentos que encierran en favor de la investigación de la paternidad, son el mejor elogio que puede hacerse a la trascendental reforma llvada a cabo, en este particular, por el legislador mexicano «Insistimos, dice, en la necesidad de que se admita

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

la investigación de la paternidad, porque, además de ser exigencia contenida en un concepto verdaderamente civil de la personalidad jurídica; además de ser un principio de justicia distributiva, por cuanto hace recaer las concecuencias de la culpa sobre aquel que la cometió y porque además de elevar la condición jurídica de la mujer seducida, la cual puede de esta manera obtener la indeminización de los daños que le haya causado el seductor, la reclama el interés social; pues haciendo que muchos desgraciados adquieran los medios necesarios para vivir y educarse, se libra de esta carga la sociedad, que es laque tiene la obligación de proveer a la infancia abandonada, si no quiere limitarse a encerrarla en las cárceles y en las prisiones, cuando, por haberla dejado entregada a sus propias fuerzas, se hayan convertido sus miembros en otros tantos delincuentes» (1).

Las anteriores frases del notable jurisconsulto italiano fundan, en términos generales, la necesidad de admitir la investigación de la paternidad; si a tales fundamentos se agrega la consideración de que el legislador mexicano ha rodeado aquella investigación de precaucionestales, que evitan el escándalo, y la posibilidad de que una mujer desvergonzada atribuya una paternidad dudosa al hombre que mejor le convenga, posibilidad que queda excluída con la exigencia de que el hijo de que se trate, goce de la posesión de estado de hijo natural; si se tienen en cuenta aquellos fundamentos y tal consideración, no se podrá menos de confesar, aún los espíritus más retrógrados tendrán que hacerlo, que la reforma implantada por la nueva ley no tiene punto por donde ser atacada.

(1) D'Aguanno, «Génesis y Evolución del Derecho civil», núm. 152.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

CAPITULO DECIMOSEGUNDO

DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES

Art. 188.—El reconocimiento es el medio que la ley otorga para comprobar las relaciones de parentesco entre los padres y los hijos habidos fuera de matrimonio.

Art. 189.—El reconocimiento sólo surtirá efectos legales cuando se haga en los términos y con las formalidades aquí establecidas.

Art. 190.—Toda persona mayor de edad puede reconocer a sus hijos naturales; puede también reconocerlos un menor si tiene un año más de la edad requerida para contraer matrimonio.

Art. 191.—Los padres de un hijo natural pueden reconocerlo de común acuerdo.

Art. 192.—El reconocimiento sólo produce efectos legales respecto del que lo hace.

Art. 193.—El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

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

II.—Por acta especial ante el mismo Juez;

III.—Por escritura pública;

IV.—Por testamento;

V.—Por confesión judicial directa y expresa.

Art. 194.—En los casos de las fracciones III, IV y V del artículo anterior, el reconocimiento no surtirá sus efectos sino hasta que levante el acta respectiva ante el Juez del Registro Civil, a cuyo efecto, a instancia de la parte in-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

teresada, se le pasará copia certificada de las constancias correspondientes.

Art. 195.—Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acta del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquella pueda ser conocida. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles.

Art. 196.—El Juez del Registro Civil, el ordinario en su caso y el notario que consientan en la violación del artículo que precede, serán castigados con la pena de destitución de empleo e inhabilitación para desempeñar otro por un término que no baje de dos ni exceda de cinco años.

Art. 197.—El hijo que está en la posesión de estado de hijo natural de un hombre o de una mujer, podrá obtener el reconocimiento de aquél o ésta o de ambos, siempre que la persona cuya paternidad o maternidad se reclame no esté ligada con vínculo conyugal al tiempo que se pida el reconocimiento, salvo el caso en que el padre y la madre se hayan casado y el hijo quiera que lo reconozcan para quedar legitimado.

Art. 198.—La posesión de estado para los efetos del artículo anterior, se justificará probando el hijo, por los medios ordinarios, todos los hechos que constituyen aquélla; pero no se admitirán esas pruebas si no hubiere un principio de prueba por escrito.

Art. 199.—La obligación contraída de dar alimentos no constituye por sí sola prueba y ni aun presunción de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar ésta.

Art. 200.—Todo reconocimiento puede ser contradicho

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

por un tercero interesado después de muerto el que lo hizo.

Art. 201.—La mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño al que le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, y al que públicamente ha presentado y reconocido como hijo suyo, cuidando de su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de dicho hijo, a cuyo efecto no se le podrá separar de su lado en caso de que viva con ella o esté a su disposición, a menos que consintiere en entregarlo o que fuere obligada a hacer esa entrega por sentencia ejecutoriada.

Art. 202.—Cuando le madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquél sin efecto y el hijo no conservará ninguno de los derechos que le haya dado el referido reconocimiento.

Art. 203.—El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor sin el de su tutor, si lo tiene, o de uno que el Juez le nombrará especialmente para el caso.

Art. 204.—Puede reconocerse al hijo que aun no ha nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia.

Art. 205.—Si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad.

Art. 206.—El término para deducir esta acción será el de cuatro años, que comenzarán a correr desde que el hijo sea mayor, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si entonces no la tenía, desde la fecha en que la adquirió.

Art. 207.—El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo; y si se ha hecho en testamento, aunque éste se revoque, no se tiene por revocado aquél.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Art. 208.—El menor de dad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejercen sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de éste, sin la autorización judicial.

Art. 209.—No obstante esto, el reconocimiento hecho por un menor es revocable si prueba que sufrió engaño al hacerlo; y puede intentar la revocación hasta cuatro años después de la mayor edad.

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

Art. 211.—En los casos de rapto o violación, cuando la época del delito conincida con la concepción, podrán los tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad.

Art. 212.—Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Art. 213.—Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.

Art. 214.—En caso de que las acciones de investigación no hubieren podido intentarse durante la vida de los padres por estar éstos casados, los hijos podrán intentar la acción correspondiente dentro de los cuatro años siguientes a la muerte de aquellos si fueren mayores de edad, o en el término que queda establecido si fueren menores.

Art. 215.—La mujer casada no podrá reconocer, sin el consentimiento de su marido, a un hijo natural habido antes de su matrimonio.

Art. 216.—El marido podrá reconocer a un hijo natural habido antes de su matrimonio o durante éste; pero no tendrá derecho de llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con el consentimiento expreso de la mujer.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Art. 217.—El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo natural por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

Art. 218.—Cuando el padre y la madre reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la patria potestad; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que mejor creyere conveniente a los intereses del menor.

Art. 219.—En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los interesados, o que el Juez de Primera Instancia del lugar creyere necesario modificar esa situación por causa grave y con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

Fuera de las reformas que tienden a poner en armonía las disposiciones del Código civil con el nuevo concepto de la ley, respecto a reconocimiento de los hijos naturales, no encontramos otras dignas de tomarse en consideración, que las que pasamos a anotar.

Tanto el Código civil, como la ley que venimos estudiando, exigen que del reconocimiento hecho en escritura pública, en testamento, o por confesión judicial, se mande copia certificada al juez del Registro civil, para que levante el acta respectiva. La primera de dichas legislaciones no expresa

DR © 1919-La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

si el reconocimiento surte sus efectos desde la fecha de su otorgamiento o desde aquella en que se practica su registro en las oficinas del Registro civil, infiriéndose de tal silencio que dichos efectos tienen lugar desde la fecha del reconocimiento; en la nueva ley no es así; el artículo 194 establece que el reconocimiento hecho en las condiciones indicadas no surte efectos, sino hasta que el juez del Registro, con la copia certificada que de aquel se le remita, levante el acta respectiva.

La reforma mencionada no nos parece aceptable: siendo el reconocimiento una confesión de paternidad o maternidad, no encontramos motivos para hacer depender sus efectos del requisito de que se registre en las oficinas del Registro civil; la confesión existe desde el momento en que se hace; ¿a qué esperar a que se registre para que se tenga por hecha? Esto nos parece que es una exigencia que no se compadece con el espíritu de libertad que anima a la nueva ley, en favor de los hijos naturales.

La lectura del citado artículo 194 da lugar a una duda: se recordará que en los números 340 y 341 de este tomo, enseñamos que el reconocimiento no es *atributivo*, sino *declarativo* de la filiación natural; de donde inferimos que los derechos y los deberes que hace nacer dicha filiación se originan desde la fecha del nacimiento, y aun en ciertos casos, desde la concepción; ¿tales principios están desconocidos por el artículo 194 mencionado, al establecer que el reconocimiento hecho en escritura pública, en testamento o por confesión judicial, *no surtirá sus efectos sino hasta que se levante el acta respectiva ante el juez del Registro civil*, a quien para el efecto habrá de remitírsele copia certificada de las contancias correspondientes? Creemos que no; el expresado precepto, en nuestra opinión, se refiere, no a los efectos que produce el reconocimiento en cuanto a los derechos

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

y obligaciones que hace nacer, sino a la fecha en que debe tenerse por válido para la producción de aquellos efectos; en consecuencia, creemos que la teoría de la nueva ley es la misma del Código, en el particular de que se trata.

El Código civil, en su artículo 349, establece que la sola contradicción de la madre del reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de un hijo que ella reconoce por suyo, será bastante para invalidar aquel reconocimiento, con tal de que los bijos consientan en reconocerla por madre. La ley que comentamos, en sus artículos 201 y 202, modifica este principio, en el sentido de que para que la contradicción de la madre deje sin efecto el reconocimiento hecho sin su consentimiento, es preciso que aquella cuide o haya cuidado de la lactancia del niño de que se trate, al que le haya dado su nombre o permitido que lo lleve y al que públicamente haya presentado y reconocido como hijo suyo, cuidando de su educación y subsistencia; el requisito de que el niño consienta en reconocer por madre a la que pretende que lo es quedó suprimido en la nueva ley.

La reforma hecha nos parece aceptable, porque a la vez que reconoce el valor que tiene el dicho de la madre en lo que concierne a la paternidad de su hijo, tiene en consideración los intereses de la persona cuyo reconocimiento fuere contradicho, sometiendo la contradicción a ciertos requisitos, que son una garantía para dicha persona y a la vez para el hijo de que se trate.

En el Código Civil, el hijo reconocido tiene derecho: primero, a llevar el apellido del que lo reconoce; segundo,

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

a ser alimentado por éste; tercero, a percibir la porción hereditaria que le señala la ley en caso de intestado y la pensión alimenticia que establece el artículo 3324 (art. 356); en la nueva ley, *el reconocimiento solamente confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace.*

Verdaderamente no se explica la existencia de este precepto en uua la ley que está animada del espíritu de más amplia liberalidad hacia los hijos naturales: el novísimo legislador, llevado de tal espíritu, que no nos hemos cansado de elogiar en estos breves comentarios, suprime en la legislación patria, la odiosa distinción entre los hijos naturales simples y los adulterinos y espurios; como consecuencia de esta supresión, permite la legitimación de estos últimos hijos; amplía, en beneficio de los hijos nacidos fuera de matrimonio, los casos en que es posible lai nvestigación de la paternidad, y después, de una plumada, destruye toda la bondad de su obra, estableciendo que el hijo reconocido *sólo* tiene el exiguo, el insignificante derecho de llevar el apellido del padre que lo reconoció. Apenas se explica una inconsecuencia tan grande del legislador, con los principios por él mismo implantados; apenas se comprende un principio tan injusto, en presencia de textos inspirados en las más humanitarias ideas hacia la condición de esos pobres seres, que no tienen más culpa que la de ser producto de un amor desordenado; la magnitud de tal injusticia no necesita de palabras para patentizarse; ¡infelices seres! antes se les prohibía investigar quienes eran sus padres; pero al menos, si eran reconocidos voluntariamente por éstos, se les reconocía el derecho de reclamar alimentos; ahora todo su derecho se reduce a llevar un vano título, que en sí nada significa; no dándoles la facultad de exigir alimentos, se les niega el derecho de vivir; se les condena al hombre; esto es injusto

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

es inhumano, y en nombre de la Justicia, en nombre de la Humanidad, hacemos fervientes votos porque tal cosa se remedie cuanto antes.

En el número 323 de este tomo, enseñamos que en el sistema seguido por el Código, la mujer casada no necesita licencia del marido para reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio. La ley que estudiamos modifica estos principios, estableciendo lo contrario en su artículo 215; nos limitamos a indicar la reforma, porque el precepto que la contiene es tan claro, que no necesita comentarios.

El Código Civil nada establece con relación a la persona a quien corresponde la patria potestad sobre el hijo natural, cuando ambos padres verifican el reconocimiento en un mismo acto o en actos sucesivos. La duda, que con este motivo surge, la resolvimos en el número 419 de este tomo, decidiendo, por aplicación analógica de los principios que dominan en materia de filiación legítima, que cualquiera que sea el orden en que el padre y la madre reconozcan al hijo natural, la patria potestad corresponde al primero. La ley que venimos estudiando suple la deficiencia del Código, en el particular de que se trata, estableciendo que cuando el reconocimiento por ambos padres se verifica en un mismo acto, se convendrá cuál de ellos ejercerá la patria potestad, decidiendo el punto el Juez de Primera Instancia del lugar, en caso de no haber habido convenio y que cuando el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres, ejercerá el poder paterno el que primero hubiere reconocido, salvo

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

que se conviniere otra cosa entre los interesados o que el Juez de Primera Instancia del lugar creyese necesario modificar esta situación por causa grave y con audiencia de los nteresados y del Ministerio Público.

CAPITULO DECIMOTERCERO

DE LA ADOPCION

Art. 220.—Adopción es el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta respecto de la persona de un hijo natural.

Art. 221.—Toda persona mayor de edad, sea hombre o mujer, que no esté unida a otra en legítimo matrimonio, puede adoptar libremente a un menor.

Art. 222.—El hombre y la mujer que estuvieren casados podrán adoptar a un menor cuando los dos estén conformes en tenerlo como hijo de ambos. La mujer sólo podrá hacer una adopción por su exclusiva cuenta cuando el marido lo permita. Este sí podrá verificarla sin consentimiento de la mujer, aunque no tendrá derecho en llevar al hijo adoptivo a vivir en el domicilio conyugal.

Art. 223.—Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella:

I.—El menor, si tuviere doce años cumplidos;

II.—El que ejerza la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar, o la madre, en el caso de que se trate de un menor que viva con ella y la reconozca como madre y no hubiere persona que ejerza sobre él la patria potestad, o tutor que lo represente;

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

III.—El tutor del menor en caso de que éste se encuentre bajo tutela;

IV.—El Juez del lugar de la residencia del menor cuando no tenga padres conocidos y carezca de tutor.

Art. 224.—Si el tutor o el Juez, sin razón justificada, no quisiere consentir en la adopción, podrá suplir su consentimiento el Gobernador del Distrito Federal o el del Territorio en que resida el menor, si encontrare que dicho acto es notoriamente conveniente para los intereses morales y materiales del mismo menor.

Art. 225 —El que quiera verificar una adopción, deberá presentar un escrito ante el Juez de Primera Instancia de la residencia del menor, expresando su propósito de verificar tal acto, adquiriendo todos los derechos y contrayendo todas las responsabilidades de padre.

La solicitud deberá ir suscrita por la persona bajo cuya tutela o guarda se encontrase el menor, así como por el mismo menor si ya tuviere doce años cumplidos.

A dicho escrito se acompañará la constancia en que el Juez haya autorizado la adopción en los casos en que dicha autorización fuere necesaria, o la autorización del Gobernador cuando este funcionario haya suplido el consentimiento del tutor o del Juez.

Art. 226.—El juez de Primera Instancia que reciba un escrito solicitando hacer una adopción, citará inmediatamente a la persona o personas que lo subscriban, y, oyendo a éstas y al Ministerio Público, decretará o no la adopción, según que la considere conveniente o inconveniente a los intereses morales y naturales de la persona del menor.

Art. 227.—La resolución judicial que se dicte negando una adopción, será apelable en ambos efectos.

Con la resolución judicial que se dicte autorizando una

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

adopción, quedará ésta consumada tan luego como aquélla cause ejecutoria.

Art. 228.—El Juez que dictare auto autorizando una adopción, remitirá copia de las diligencias respectivas al Juez del Estado Civil del lugar, para que levante acta en el libro de actas de reconocimiento, en la que inserte literalmente dichas diligencias, las que conservará en el archivo con el número que les corresponda.

Art. 229.—El menor adoptado tendrá las mismas obligaciones para con la persona o personas que lo adopten como si se tratara de un hijo natural.

Art. 230.—El padre o padres de un hijo adoptivo tendrán, respecto de la persona del menor, los mismos derechos y obligaciones que respecto de la persona de los hijos naturales.

Art. 331.—Los derechos y obligaciones que confiere e impone la adopción se limitarán única y exclusivamente a la persona que la hace y aquella respecto de quien se hace, a menos que, al hacer la adopción, el adoptante exprese que el adptado es hijo suyo, pues entonces se considerará como natural reconocido.

Art. 232.—La adopción voluntaria puede dejarse sin efecto siempre que así lo solicite el que la hizo y consientan en ella todas las personas que consintieron en que se efectuase.

El Juez decretará que la adopción quede sin efecto si, satisfecho de la espontaneidad con que se solicita, encuentra que esto es conveniente para los intereses morales y materiales del menor.

Art. 233.—El decreto del Juez aceptando una abrogación deja sin efecto la adopción y restituye las cosas al estado que guardaban antes de verificarse.

Art. 234.—La demanda de abrogación se presentará

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

ante el Juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante y se acompañarán con ella los documentos exigidos para la adopción,

Art. 235.—Si al hacerse la adopción de una persona, el adoptante o los adoptantes declarasen que el adoptado es su hijo natural, la adopción no podrá ser abrogada.

Art. 236.—Las resoluciones que dictaren los Jueces aprobando una abrogación, se comunicarán al Juez del Estado Civil del lugar en que aquella se dicte, para que cancele el acta de adopción.

La adopción desempeñó en los antiguos pueblos de Grecia y de Roma, un papel importantísimo, como que venía a responder a la satisfacción de necesidades religiosas y políticas; por una parte, dada la importancia que aquellos pueblos atribuían a la conservación del culto doméstico, las personas que al morir no dejaban descendencia, aseguraban aquella conservación, adoptando a un individuo, del que esperaban que haría a los antepasados las ceremonias fúnebres que reclamaban sus manes; por otra parte, por medio de la adopción, se impedía la extinción de familias, que se consideraban necesarias para el bien público.

La adopción, como todas las instituciones en general, ha experimentado cambios a través de los tiempos. En la época primitiva del Derecho Romano, la adopción rompía todo lazo de parentesco entre el adoptado y sus parientes naturales: aquel entraba a la familia del adoptante, perdiendo todos sus derechos respecto de sus parientes naturales; más tarde se modificó este carácter de la institución, estableciéndose que el padre natural del hijo adoptado no perdería sus derechos sobre éste; la adopción venía a reducirse

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

a un lazo de mera forma entre el adoptante y el adoptado, que hacía adquirir a éste derechos hereditarios sobre los bienes de aquel. Es con este carácter con el que la adopción pasó a nuestras antiguas leyes.

En el derecho patrio moderno, la adopción nunca ha podido tomar carta de naturaleza, exceptuando a algunos Estados de la República que, como los de Veracruz, México y Tlaxcala, la han aceptado en sus Códigos.

Conocidos estos antecedentes, vamos hacer el estudio de los preceptos de aquella institución, que el novísimo legislador mexicano presenta como una novedad en nuestro derecho, dedicándole un capítulo en la ley que venimos comentando; pero antes de entrar en materia, conveniente es examinar, aunque sea someramente, si la expresada institución responde a una verdadera necesidad social.

El fin de la adopción es suplir la falta de hijos, llenar el vacío que la ausencia de esos seres queridos engendra en el corazón de un hombre a quien la naturaleza ha privado del consuelo de la paternidad: el hijo adoptado representa al hijo natural; los afectos de la paternidad natural se suplen por medio de la adopción. Tales son los fundamentos de esta institución.

Pero ¿es cierto lo anterior? ¿es verdad que el hijo adoptado llena el vacío que produce la falta del hijo natural? Por más que esto se pretenda, ello es imposible; los vínculos de la sangre nunca pueden suplirse por vínculos que no tienen otro orígen que la ley. «¿Cree uno, decía Maleville, que el título de padre dado por la ley, pero siempre tácitamente denegado por la naturaleza, baste para trasmitir con él todos los sentimientos de la paternidad? ¿Un hombre puede decir, viendo a un hijo adoptivo ¡he aquí la sangre de mi sangre y el hueso de mis huesos! Y esta misericordia inagotable que me hace olvidar todos sus yerros a la primera apariencia

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de enmienda, ¿la tendría yo para un hijo adoptivo, cuya conducta me probará cruelmente mi error y hará fracazar todas mis esperanzas?»

No; es inútil pretender que la adopción sea una imitación de la naturaleza; está muy lejos de poder serlo; la adopción no es más que una filiación *ficticia*, y esta ficción, en manera alguna, responde a la realidad de las cosas; las relaciones que hace nacer la sangre no pueden nunca suplirse por relaciones creadas por las leyes. Napoleón, entusiasta defensor de la adopción, no pudo menos de reconocerlo así, confesando, al fín, después de arduas discusiones que sostuvo con los jurisconsultos que formaron el Código que lleva su nombre, que la adopción no puede, en realidad, producir otro resultado, que el de una institución de heredero. Ahora bien, si este, y no otro, es el efecto de la adopción, hay que convenir en que ella es enteramente inútil (1); esta afirmación tiene tanta más fuerza en nuestro derecho, cuanto que, estando aceptado por nuestro Código el principio de libre testamentifacción, no es necesario adoptar a una persona para poder instituírla heredera.

Por las anteriores razones, no creemos que haya estado muy feliz el legislador mexicano, al haber dado entrada en nuestro derecho, a la institución de la adopción, que sobre ser inútil, tiene el inconveniente de estar muy fuera de nuestras costumbres.

El artículo 220 define la adopción diciendo que «es el acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural.»

(1) Laurent, ob. cit. t. IV. núm. 192.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

De la anterior definición resulta que son condiciones indispensables, para que la adopción tenga lugar, que el adoptante sea mayor de edad, y que el adoptado sea menor.

La primera condición es muy razonable, pues haciendo nacer la adopción obligaciones en contra del adoptante, es necesario que éste tenga la capacidad suficiente para contraer dichas obligaciones.

Pero no puede decirse lo mismo respecto de la condición de minoría de edad, que se exige en el adoptado. La adopción reconoce, como fundamento, el afecto del adoptante hacia el adoptado; ahora bien, este afecto lo mismo puede existir con respecto a un menor de edad, que con respecto a un mayor; la distinción hecha por la ley no tiene, pues, razón de ser.

En la mayoríade las legislaciones que aceptan la adopción, se exige que entre la edad del adoptante y la del adoptado haya cierto número de años, que generalmente se fija en diez y ocho. Esta exigencia obedece a que, siendo la adopción una imitación de la naturaleza, las condiciones en que se verifique deben acercarla, en cuanto sea posible, a ésta, y como generalmente sucede que antes de los diez y ocho años, no es posible la procreación de hijos, se requiere que la edad del adoptante exceda, cuando menos en diez y ocho años, de la edad del adoptado.

La ley que comentamos no exige el anterior requisito; de donde resulta que una persona de veintiún años de edad puede considerar como hijo adoptivo a una persona de veinte años.

También se exige, en muchas legislaciones, que el adoptante carezca de descendientes naturales; la razón de esto radica en la misma naturaleza de la adopción: su sobjeto es suplir la falta de hijos; si el adoptante ya los tiene, no hay razón para que recurra a la adopción.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

La ley que estudiamos se separa de los anteriores principios, no exigiendo el requisito de que se trata; esto nos parece muy inconveniente, por el perjuicio que pueden resentir los hijos legítimos o naturales del adoptante con la adopción de un individuo que, con respecto a ellos, no es más que un advenedizo.

De los términos del artículo 221 parece resultar que es condición de la adopción que el adoptante no esté unido, en matrimonio legítimo, a otra persona; no es así, sin embargo, pues el artículo 223 permite, no sólo la adopción hecha por ambos esposos, lo que es muy razonable, sino también la verificada de un modo exclusivo por cualquiera de ellos, aunque con la restricción de que si la mujer es la que adopta, necesita del consentimiento del marido, y de que si es éste el adoptante, no puede llevar al adoptado al domicilio común.

¿Puede ser adoptado un mismo individuo por varias personas? Cuando los adoptantes son dos esposos, no hay dificultad ninguna; nada más natural que un matrimonio que carece de hijos llene el vacío de su hogar con la adopción de un ser querido; pero, ¿qué decidir tratándose de adoptantes que no están unidos por el vínculo del matrimonio? ¿es posible la adopción en tales condiciones? La doctrina y la jurisprudencia de los países que admiten aquella institución están unánimes en decidir que no es posible que un mismo individuo pueda ser adoptado por varias personas, y la razón es bien sencilla: la adopción imita, en lo posible, a la naturaleza; un hijo natural no puede tener más que un solo padre; el hijo adoptivo no podrá tener en consecuencia más que un sólo padre también; la pluralidad de adopciones es, pues inadmisible. Idénticas razones fundan también la inadmisiblidad de una segunda adopción respecto de una persona, cuyo padre adoptivo hubiere muerto.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Tales doctrinas, no obstante los sólidos fundamentos en que descansan, no parecen haber sido aceptadas por el legislador mexicano; en las disposiciones, que forman el capítulo que venimos estudiando, no se vislumbra, en lo más mínimo, la idea de querer hacer de la adopción una imitación de la naturaleza; del sistema seguido por el legislador en esta materia no puede, pues, inferirse que sea imposible la pluralidad de adopciones con respecto a un mismo individuo; antes bien, los artículos 229 y 230 parecen admitir la posibilidad de tales adopciones.

¿Puede una persona casada darse la adopción? Teniendo en cuenta la independencia que la ley que comentamos establece entre el hombre y la mujer en el matrimonio, creemos que no haya inconveniente en que tanto uno, como otro, puedan darse en adopción.

En el derecho francés es cuestión muy controvertida la de si los hijos naturales reconocidos pueden ser adoptados, admitiéndose generalmente la afirmativa, por la razón de que no hay ningún texto que establezca, con respecto a los hijos naturales, incapacidad para ser objeto de la adopción. El legislador mexicano cierra la puerta a toda duda, reconociendo expresamente, en los artículos 231 y 235, la posibilidad de la adopción de aquellos hijos.

¿Qué efectos produce la adopción? Los artículos 220, 229 y 230 dan contestación a la pregunta formulada, infiriéndose de los términos de ellos, que la adopción equivale al reconocimiento de un hijo natural; de aquí que, por aplicación del artículo 210, habrá que decir que el hijo adoptado no tiene derecho más que a llevar el apellido del adoptante.

La ley exige la intervención judicial para que se pueda llevar a efecto la adopción (art. 226). Con tal motivo ocurre la siguiente duda: ¿la adopción produce sus efectos desde que las partes interesadas convienen en ella o hasta que el

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Juez la apruebe? El punto es objeto de discusiones en el derecho francés; en el nuestro, creemos que el texto de los artículos 226 y 227 es suficientemente explícito para fundar en él la decisión de que la adopción no produce efectos, sino hasta que la resolución judicial que la apruebe haya causado ejecutoria.

Siendo la adopción un convenio que interviene entre el adoptante, el adoptado y la persona que lo tiene bajo su guarda o tutela, no puede quedar sin efecto, más que por él acuerdo unánime de todos los interesados; este acuerdo, sin embargo, no es bastante por sí solo, para tal fin; es, además necesario que el Juez intervenga para decidir, tomando en consideración los intereses del adoptado, si es de admitirse que la adopción deje de subsistir; así se infiere de los términos del artículo 232.

La revocación de la adopción no tiene lugar cuando ésta ha recaído sobre un hijo natural, pues en tal caso equivale a un reconocimiento, y los reconocimientos, como sabemos, no son revocables.

CAPITULO DECIMOCUARTO

DE LA MENOR EDAD

Art. 237.—Las personas de ambos sexos que no hayan cumplido ventiún años, son menores de edad.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

El artículo transcrito es igual a su correlativo, el 362 del Código Civil. Por lo tanto, nada tenemos que agregar a lo que dijimos al comentar dicho precepto.

CAPITULO DECIMOQUINTO

DE LA PATRIA POTESTAD

Art. 238.—Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Art. 239.—Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno los ascendientes a quienes corresponde aquélla según la ley.

Art. 240.—La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los hijos legitimados, de los naturales y de los adoptivos.

Art. 241.—La patria potestad se ejerce:

I.—Por el padre y la madre;

II.—Por el abuelo y la abuela paternos;

III.—Por el abuelo y la abuela maternos.

Art. 242.—Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en el artículo anterior.

Si sólo faltare una de las dos personas a que en el orden indicado corresponde la patria potestad, el que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

Art. 243.—Mientras estuviere el hijo en la patria po-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

testad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad judicial competente.

Artr. 244.—A los que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarle convenientemente.

Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente.

Art. 245.—Las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de ésta, y las demás facultades que les concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas para ello.

Art. 246.—El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que o de los que ejercen aquel derecho.

La única reforma que introduce el capítulo que estudiamos al Código Civil, concierne a la manera de ejercerse la patria potestad; en el Código civil, ésta corresponde al padre; en su defecto a la madre; faltando ésta, al abuelo paterno; en su defecto al materno; faltando éste a la abuela paterna, y en su defecto, a la materna (arts. 366 367).

La nueva ley, considerando que ambos esposos tienen iguales derechos en el matrimonio, concede el ejercicio del poder paterno a ambos padres por igual; faltando éstos, al abuelo y a la abuela paternos, y en defecto de ellos, al abuelo y a la abuela maternos.

Al ocuparnos de los derechos y obligaciones que tie-

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

nen los esposos en el matrimonio (1), hablamos, con cierta amplitud, del sistema implantado por el novísimo legislador mexicano con respecto a la organización de la familia. Para no incurrir en repeticiones inútiles, damos aquí por reproducido lo que entonces dijimos.

CAPITULO DECIMOSEXTO

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL HIJO

Art. 247.—Los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de la ley.

Art 248.—Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo; pero consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

El padre, o el abuelo en su caso, representará también a sus hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Art. 249.—Los que ejerzan la patria potestad tendrán sobre los bienes del hijo, mientras dure la administración, la mitad del usufructo de ellos.

(1) Tomo I, pág. 413.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Art. 250.—Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres o abuelos entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecerán a éste, y en ningún caso serán frutos de que deberá gozar el que o los que ejercen la patria potestad.

Art. 251.—El usufructo de los bienes concedidos a los que ejercen la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo V de esta ley, y además las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la de afianzar.

Art. 252.—Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la autorización del Juez competente.

Art. 253.—El derecho de usufructo, concedido a los que ejercen la patria potestad, se extingue:

I.—Por la mayor edad de los hijos;

II.—Por la pérdida de la patria potestad;

III.—Por renuncia.

Art. 254.—La renuncia del usufructo, hecha a favor del hijo, será considerada como donación.

Art. 255.—Los que ejercen la patria potestad no tienen obligación de dar cuenta de su gerencia más que respecto de los bienes y frutos que no les pertenezcan.

Art. 256.—En todos los casos en que los que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de sus hijos menores, serán éstos representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

Art. 257.—Siempre que el Juez conceda licencia a los que ejerzan la patria potestad para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para asegurar que el producto

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

de la venta se dedique al objeto a que se destina, y para que el resto se invierta adquiriendo un inmueble, o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Art. 258.—Los Jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para asegurar los bienes del hijo, siempre que el que ejerce la patria potestad los administre mal, derrochándolos o haciéndole sufrir pérdidas de consideración.

Estas medidas se tomarán a instancia de la madre o de la abuela, cuando fuere el padre o el abuelo el que administre, o del abuelo cuando fuere la madre la que estuviere administrando, o de los hermanos mayores del menor, o de éste mismo cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público.

Siendo el derecho de administración legal de los bienes del hijo, una consecuencia del ejercicio de la patria potestad, la ley nueva, consecuente con el principio de que en ambos padres radica ese poder, concede dicha administración, tanto al padre, como a la madre. Sin embargo, considerando el legislador que sería un inconveniente que la administración material de los bienes estuviera en manos de los dos esposos, establece que el padre tendrá esa administración, con la obligación de consultar en todos los negocios a su consorte y de requerir su expreso consentimiento para los actos más importantes de administración.

De lo anterior resulta que respecto de actos de administración de poca importancia, el padre sólo tiene la obligación de consultar a su esposa, pudiendo seguir o no su consejo, y respecto de actos de importancia, no puede hacer nada, sin el expreso consentimiento de aquella. La distinción

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

entre actos importantes y actos no importantes es una cuestión de hecho, que los tribunales tendrán que decidir, según las circunstancias que concurran en cada caso que se presente.

La nueva ley suprime la clasificación que hace el Código civil respecto de los bienes del hijo. La razón que da el legislador para haber suprimido dicha clasificación es que ella «no es sino una reminiscencia de los peculios que establecía el derecho romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre». La supresión hecha nos parece que está justificada por ser enteramente inútil.

El artículo 253 de la nueva ley modifica el 383 del Código civil, en el sentido de qne no hace comprender la emancipación entre las causas que extinguen el usufructo que tienen los padres respecto de los bienes de los hijos. La reforma obedece a que en el sistema adoptado por el novísimo legislador en materia de emancipación, ésta no produce efectos respecto de los bienes del emancipado, los que continúan bajo la administración del que ejerza la patria potestad, o del tutor, hasta que aquel llegue a la mayor edad; ahora bien, como el usufructo legal del padre representa, en cierto modo, una compensación por los servicios que presta al hijo, como administrador de sus bienes, es lógico que subsista ese usufructo a pesar de la emancipación. Al comentar el capítulo vigésimo quinto de la nueva ley, nos ocuparemos del sistema que implanta en materia de emancipación.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

En el Código civil, la facultad de los padres para enajenar los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad sólo está restringida por lo que respecta a los inmuebles; la ley que comentamos amplía dicha restricción a los muebles *preciosos*; la reforma es digna de elogio porque tiende a la mejor protección de los intereses de los menores; por el mismo motivo, merecen también nuestra aprobación los artículos 257 y 258 de dicha ley.

CAPITULO DECIMOSEPTIMO

DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD

Art. 259.—La patria potestad se acaba:

I.—Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

II.—Por la mayor edad del hijo;

III.—Por la emancipación en los términos del artículo 479.

Art. 260.—La patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado a algnna pena que importe la pérdida de este derecho, y en los casos señalados por los artículos 94 y 99.

Art. 261.—Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificar su ejercicio si trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa o les impone preceptos inmorales o les da ejemplos o consejos corruptores.

DR© 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Art. 262.—La patria potestad se suspende:

I.—Por incapacidad declarada judicialmente en los casos II, III y IV del artículo 299;

II.—Por la ausencia declarada en forma;

III.—Por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión.

Art. 263.—Los que ejerzan la patria potestad conservan su derecho al usufructo de los bienes del hijo menor, si por demencia han quedado suspensos en el ejercicio de ella.

Art. 264.—Los abuelos y abuelas pueden siempre renunciar su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta; la cual, en ambos casos, recaerá en el ascendiente o ascendientes a que corresponda según la ley. Si no los hubiere, se proveerá a la tutela del menor conforme a derecho.

Art. 265.—El ascendiente que renuncie a la patria potestad no puede recobrarla.

Art. 266.—La madre o abuela viuda que ejerza la patria potestad perderá el derecho a ella si viven en mancebía o da a luz un hijo ílegítimo. La abuela no tendrá derecho a entrar en el ejercicio de la patria potestad si viviere en mancebía o diere a luz un hijo ilegítimo antes de que recaiga en ella ese derecho.

Art. 267.—La madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá a la tutela conforme a la ley.

Art. 268.—La tutela en ningún caso podrá recaer en el segundo marido.

Art. 269.—La madre o abuela que volviese a enviudar, recobrará las derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.

DR © 1919. La Vasconia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/tKxCxy

Una reforma capital al Código civil, encontramos en el capítulo anterior: es la supresión del derecho que tenía el padre, de nombrar consultores a la madre y a las abuelas, para el ejercicio del poder paterno. Este derecho que el Código civil concedía al padre tenía su razón de ser en la creencia tradicional de la inferioridad del sexo femenino. El novísimo legislador, partiendo de la idea de que ambos esposos son iguales en el matrimonio, le quita al padre el mencionado derecho.

Otra reforma debemos anotar en el expresado capítulo. El Código civil, desconociendo la naturaleza de la patria potestad, admite la renuncia de ella por *la madre*, los abuelos y las abuelas. La ley que comentamos, corrige, en parte, este error del anterior legislador, concediendo sólo a los abuelos y a las abuelas la facultad de renuncia a aquel poder; es de lamentarse que aun con respecto a los abuelos y a las abuelas no se hubiera reconocido el principio de que la patria potestad es irrenunciable. (1)

FIN DEL TOMO SEGUNDO

(1) Vease el núm. 459 de este tomo

DR © 1919. La Vasconia