

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

DE LOS HIJOS NATURALES

TESIS PRESENTADA POR

OSCAR ANTONIO RODRIGUEZ

PREVIA OPCION AL TITULO DE DOCTOR EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



SAN SALVADOR, EL SALVADOR, C. A.

ENERO 1970

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR: DR. JOSE MARIA MENDEZ
 SECRETARIO GENERAL: DR. JOSE RICARDO MARTINEZ

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y

CIENCIAS SOCIALES.

DECANO: DR. RENE FORTIN MAGAÑA
 SECRETARIO: DR. FABIO HERCULES PINEDA

TRIBUNALES EXAMINADORESCiencias Sociales, Constitución y Leyes Laborales

Presidente: Dr. Pablo Mauricio Alvergue
 1er. Vocal: Dr. Ronoldy Valencia Uribe
 2o. Vocal: Dr. Carlos Rodríguez

Ciencias Civiles, Penales y Mercantiles

Presidente: Dr. Salvador Samayoa
 1er. Vocal: Dr. Gabriel Gallegos Valdez
 2o. Vocal: Dr. José Romeo Flores

Materias Procesales y Leyeas Administrativas

Presidente: Dr. Francisco Arrieta Gallegos
 1er. Vocal: Dr. Francisco Callejas Pérez
 2o. Vocal: Dr. Gustavo Noyola

Asecor de Tesis: Dra. Virginia del Pilar Minero

Tribunal Calificador de Tesis

Presidente: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz
 1er. Vocal: Dr. Luis Ernesto Criollo
 2o. Vocal: Dr. Vicente de Jesús Palencia.



I N D I C E

INTRODUCCION.

PARTE PRIMERA

Capítulo I. La Familia. Nacimiento y Evolución Histórica

Capítulo II. La Familia en El Salvador

a) Desarrollo Histórico de la Familia en
El Salvador.

b) Situación Actual

Capítulo III. Principios Constitucionales sobre la Familia.

Legislación Comparada.

PARTE SEGUNDA

Capítulo I. La Filiación Ilegítima

Capítulo II. Formas de Reconocimiento de los Hijos
Naturales

1) Voluntario

2) Forzoso

3) Análisis crítico de la Jurisprudencia Patria

Capítulo III. Derechos de los Hijos Naturales.

Capítulo IV. Aspecto Procesal de la Acción de Reconoci-
miento Forzoso de los Hijos Naturales.

INTRODUCCION

El presente trabajo consta de dos partes, la primera plagada de puntos de vista, de aspiraciones que nacen precisamente de la observación; la segunda, con fundamento en las disposiciones legales y la interpretación que se ha dado a las mismas. No es fecundo en cita de los grandes expositores del derecho, no por negar la existencia de los principios generales de dicha ciencia que contienen sus obras y los cuales en todo momento se han mencionado, ni mucho menos por pretender ser original, sino por considerar que la institución familiar es algo propio del territorio, determinante por las circunstancias climatológicas, topográficas, raciales y más que todo económicas de un país, y si nuestras leyes no son propias sino que imitadas de legislaciones extranjeras o atendiendo lo dicho por juristas u otras personalidades ajenas por completo a nuestra situación, jamás se tendrán leyes justas.

Se relacionará en el trabajo el esfuerzo de los juzgadores en adaptar las relaciones de los hombres a la norma legal, precisamente porque la legisla

ción actual no está acorde con las mismas; las pequeñas reformas no son suficientes para enmarcar la evolución constante de la familia.

La promulgación de disposiciones legales que se aparten completamente de todo interés individual y que no miren más que el bienestar de la comunidad es la suprema necesidad porque sólo así se solucionarían los problemas que ahora aquejan a los pueblos, principalmente lo que se refiere a pobreza y desamparo, siendo imperativo tener presente que sólo la superación del hombre, trae como consecuencia el engrandecimiento de la Patria.

PARTE PRIMERA

CAPITULO I

LA FAMILIA

Su nacimiento y Evolución Histórica

El hombre, por la naturaleza de sus fines y actividades esenciales que desarrolla, necesariamente tiene que relacionarse con sus semejantes; estas actividades, que son la reproducción de la especie y la producción de los medios necesarios para su subsistencia, sujetos actualmente a estudios e instituciones diferentes, han marcado a través de la historia las distintas etapas de progreso o decadencia de la humanidad.

Desde el apareamiento del hombre sobre la faz de la tierra su lucha constante ha sido la de sobrevivir y con la ayuda del elemento distintivo de los demás animales: la razón, tratar de colocarse en una situación preponderante.

Entendiendo que el hombre no es sino el resultado de la evolución de una especie, lógico es pen

sar que en un principio. ayudado únicamente de la razón, siguiera los mismos instintos de las otras especies animales, es decir, ayudado por sus genitores únicamente cuando no podía desenvolverse por sí mismo y después abandonado a sus propios medios; la unión de los hombres no era entonces con el objeto de establecer una unidad que tenía como base la sangre o - - cualquier otro elemento afectivo, sino simplemente una asociación de protección y sobrevivencia. En esta asociación primitiva que se conoce con el nombre de horda, en la cual no existía ningún parentesco, la reproducción era el resultado del llamado fisiológico - de multiplicarse.

Este primitivo estadio de la humanidad es - superado cuando el hombre, conociendo el fuego y los utensilios para la caza, se dedica a esta actividad y aún cuando continúa siendo nómada, la hembra se asienta en un lugar determinado, aunque sea en forma temporal, para mientras se desarrolla la prole. Si el hombre, movido únicamente por el instinto de la reproducción, en épocas determinadas invadía estas asociaciones de mujeres que tenían un relativo sedentarismo, - su estadía dentro del grupo no ocupaba más tiempo que

el necesario para la satisfacción de la necesidad fisiológica, de manera que los hijos así concebidos no conocían un padre; en esta etapa de promiscuidad sexual, en donde podían existir relaciones entre hermanos, padre e hijos, ya que se desconoce completamente el parentesco, cuando nace el matriarcado, cuya característica esencial es que el vínculo familiar entre madre e hijo tenían su límite hasta que el hijo, pudiéndose valer por sí mismo, se retiraba del grupo para luchar por su propia subsistencia.

El paso del hombre de la caza al pastoreo y al cultivo de la tierra, trae como consecuencia una modificación en sus relaciones sexuales; ya no se producen las invasiones a las comunidades de mujeres con el objeto de satisfacer un instinto sexual, sino que existe una convivencia más estable, que aunque indeterminada, se circunscribe a los individuos que pertenecen a una misma generación; todas las personas que se encuentran en un mismo grado de parentesco pueden ser marido y mujer indistintamente, de ahí que los hijos no reconocen un sólo padre, sino que como tal, llaman a todos los individuos pertenecientes a esa generación; es esta etapa la que se ha llamado Familia Consanguínea.

Por razones que los autores aducen a la -- constante evolución en el hombre, aún dentro de la -- misma indeterminación del padre, se llega al grupo fa-- miliar conocido como Punalúa, en el que es caracterís-- tico el matrimonio por grupos, de donde se excluyen -- los hermanos; los hijos tenían como madre a todas las mujeres dentro de ese matrimonio y como padre a todos los hombres, manifestándose que esta clase de familia es la que ha dado origen a la gens, que constituye la más elemental forma de sociedad en la historia de la humanidad. Preciso es notar, que ya sea debido a ob-- servación o a cualquier otra causa, entre las distin-- tas tribus que practicaron esta clase de unión, exis-- tía en unas la obligación de que el matrimonio no fue-- ra con personas dentro del mismo grupo, sino que con el de otros, a lo que se le ha llamado exogamia, y -- cuando se practicaba con personas dentro del mismo -- grupo, endogamia.

La preferencia del hombre por una mujer de-- terminada, el egoísmo natural que produce el afecto, o bien lo manifestado por don Mariano H. Cornejo, -- "que la mujer conquistada hubo de hallarse en posición distinta a la de la mujer libre dentro del grupo; --

aquella sometida a su captor, dueño de su vida, persona y actos, y con derecho a obligarla a que no se relacionara con los demás," 1/, llevaron al hombre a formar la familia con una sola mujer; la unión de esta clase tenía una duración más o menos larga, según la voluntad de ambos cónyuges, o cuando terminaban las circunstancias que los unían; la disolución tenía la misma facilidad que su constitución, pero una vez deshecho el vínculo, la descendencia siempre quedaba al cuidado y autoridad de la madre, siendo el hombre quien tenía que salir del grupo familiar.

4 Constituye la anterior, la última etapa que los autores han clasificado como barbarie dentro de la humanidad; sus características, como he hecho notar, son la indeterminación del padre, salvo en la última clase de unión conocida como sindiásmica; la preponderancia y autoridad de la mujer, por ser la única que permanecía estacionaria dentro del grupo y la determinación para establecer el parentesco; de ahí su nombre de matriarcado.

1/ Cornejo, Mariano h. Sociología General, Tomo Segundo, Pág. 295.

El afán de superación hace que las asociaciones formadas por el hombre sean cada vez más grandes y que, ya sea por causas como extensión de territorio donde cazar, o proteger los ya conocidos, entra en conflicto con las demás asociaciones; las luchas primitivas excesivamente crueles y sin ninguna restricción, tenían por objeto el exterminio total de los vencidos ante la dificultad o imposibilidad de mantenerlo; pero siendo cada vez mayor las poblaciones formadas, y viendo en los vencidos mano de obra disponible para el engrandecimiento de las ciudades y un medio de obtener riquezas con el producto de su venta o intercambio, ya no les dá muerte, sino que los toma en calidad de esclavos; si bien es cierto que en un principio se respetó a la mujer, la verdad es que con el tiempo no hizo ningún distingo para la esclavitud y personas de ambos sexos fueron tomadas de las ciudades que caían bajo los ejércitos vencedores; la mujer que conservaba autoridad, al ser conquistada, tiene que hacer lo que su captor ordena, no sólo participa en la verificación de trabajos materiales a la par del hombre, sino que también dentro de la casa y sin dejar su calidad de esclava tiene que convivir con el

amo; la autoridad del hombre se hace sentir, los esclavos reconocen un dueño, los hijos de los esclavos tienen un padre que es el amo, y como consecuencia de lo anterior, la autoridad y parentesco cambia de la - la mujer al hombre.

Este cambio estructural de la organización familiar, el predominio de la autoridad del hombre sobre la mujer y el constituirse en el eje del parentesco, marca el nacimiento de una nueva etapa la que es conocida como civilización.

El conjunto de personas, mujeres, hijos y esclavos que giran alrededor de un sólo hombre, en un - principio, es cerrado; la mujer y descendientes no tenían ninguna autoridad o derecho; los romanos, que tomaron esta institución de los griegos, es cierto que le otorgaron ciertos privilegios y consideraciones a la mujer, pero al jefe, conocido como Pater Familias, le concedieron un poder ilimitado dentro del grupo, - el poder de vida o muerte sobre todos; la constitución de la familia romana, como dice Petit, "está caracte- rizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal, la soberanía del padre o del abuelo paterno, dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, -

arregla a su manera la constitución de las mismas, ya que puede excluir descendientes por la emancipación y hacer ingresar extranjeros por la adopción; cumple como sacerdote en las ceremonias del culto privado que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos" 2/.

La estructura de estas asociaciones familiares, en principio, eran monogámicas, por cuanto el hombre no reconocía una sólo mujer como su esposa, pero tanto entre griegos como romanos el hombre mantenía aún dentro de la misma casa conyugal, más mujeres con quienes convivía, no gozando éstas de ningún privilegio, pues en su mayoría no eran sino esclavas.

La grandeza y extensión del imperio romano traen como consecuencia la disminución de la rigidez de las costumbres, el poder absoluto y autoritario del pater familias es menguado cuando desaparece el poder de vida o muerte que tenía sobre sus descendientes; aceptan como lícitas otras clases de uniones que no nacen del matrimonio, pero que existen fuera de él, tales como el concubinato, que se caracterizaba por ser un vínculo duradero, pero de orden inferior, no teniendo allí ninguna autoridad el ciudadano romano, ni so-

bre la mujer, ni sobre la descendencia, pues a los hijos no se les reconocía parentesco civil con el padre, sólo natural.

El advenimiento del cristianismo influye grandemente en todas las instituciones hasta entonces conocidas, más que todo en la que constituye la base de toda forma de asociación, como es la familia; la predica del matrimonio como un sacramento, y que todas las uniones, para poder vivir dentro de la religión tienen que ser bendecidas por él, lo hacen que tome auge; la fidelidad mutua y la imposibilidad de disolverlo por ser obra de un ser superior, van a constituir los pilares fundamentales, sin dejar otros principios que ya son consecuencia de los anteriores, como el auxilio y la colaboración mutuos. Con estos ideales nace la Edad Media y no van a desaparecer durante el transcurso de la misma, al contrario, habiéndose adentrado en la conciencia de los hombres, se inspira también en estos principios y los protege estrictamente, desconociendo toda forma de unión que esté fuera de él; no solo castiga a sus transgresores, sino que también a la descendencia negándoles todo reconocimiento por parte del medio. desamparándolos en los derechos más elementales frente al padre, dándoles deni-

grantes calificaciones según la clase de relación en que hayan sido concebidos. Ya a finales de la Edad Media, no obstante que aún continuávigente el derecho canónico, los matrimonios, salvo sus excepciones, ya no son el producto de un afecto o simpatía entre las personas, sino que según el núcleo donde se desenvuelven, son el producto de una conveniencia; en las clases desposeídas, el hombre al unirse a la mujer, no ve en ella sino una ayuda para el trabajo, alguien con quien poder compartir un esfuerzo para hacer más fácil la subsistencia; entre las familias de medianos ingresos, los matrimonios de los hijos no constituyen sino una forma de fusionar las riquezas de ambas familias y tener la posibilidad de un aumento de las mismas; y en las clases privilegiadas o preponderantes, que pretendían emular las costumbres de los nobles, los matrimonios son el medio de conseguir una posición más elevada, ya sea en lo económico como en lo político; la consecuencia necesaria de todo esto, no importa los distintos nombres con que se le haya dado, es que el hombre posee fuera del hogar alguien con quien convive maritalmente, si bien es cierto que con reserva, pero si con más intimidad, ocupando a la

esposa unicamente para presentarla dentro del medio; la situación no sólo es exclusiva del hombre, se da también dentro de la mujer, siendo notable que, según afirma Engels, "como un reconocimiento a tal estado de cosas y con el fin de evitar escándalos, el Código de Napoleón en uno de sus artículos prescribió: " el hijo concebido dentro del matrimonio de sus pa-----dres es legítimo"3.

En nuestros días, la familia ya no presenta la misma estructura que antes, la situación actual de la mujer ya no es la de dependencia y sujeción a una autoridad; ha logrado su equiparación con el hombre, no sólo en lo intelectual, cuando obtiene títulos profesionales y desempeña cargos públicos destinados al sexo masculino, sino que también en lo material cuando acompaña al hombre en el trabajo de talleres y fábricas; consecuencia de lo anterior es que la institución familiar ha dejado de constituir la unidad económica de los tiempos antiguos; el hombre al tener bajo su dependencia económica a la mujer e hijos podía imponerse y dirigir la conducta de todos, pero ahora no, cuando comparte la carga de un hogar la mujer.

Por otra parte, aún cuando la sociedad moderna es de estructura monógama, la poligamia como -- costumbre extralegal subsiste y, con ello, el decrecimiento del papel de la familia en la educación de los hijos. Estado situación debe evitarse en una sociedad jurídicamente organizada.

Sin embargo el hecho de que existan como -- reales todos los problemas aludidos, no debe tomarse como un presagio de desaparición cercana o remota de la institución, sino que por el contrario, deben hacerse todos los esfuerzos para conseguir que la misma se adapte a la situación actual y así asegurar su supervivencia.

La familia, tal como lo he hecho notar y -- repitiendo a Morgan, "es un elemento activo, jamás permanece estacionaria; al contrario, los sistemas de parentesco son pasivos, sólo registran cambios al cabo de largos intervalos o al modificarse radicalmente la familia".⁴ Estas palabras encierran una gran verdad, -- las clasificaciones de hijos hechas en el derecho romano y derecho canónico, continúan vigentes en nuestra ley secundaria, aún cuando la institución familiar de nuestro medio no ha permanecido estática, sino que ha seguido los cambios sustanciales de la familia en

general.

Si la situación real de nuestra sociedad es que los hijos ilegítimos constituyen la gran mayoría, y que éstos por no tener ningún parentesco con el padre, que aunque conocido éste, se los niega por ser desventajoso para él, estos hijos representan una carga para el Estado, quien a través de instituciones tiene - que estar exigiendo o suplicando a veces la aceptación de una paternidad. Me pregunto ante tal situación: ¿Habrá razón para seguir manteniendo vigente una legislación que ya no se adapta a la realidad? Por qué se trata de mantener clasificaciones que fueron buenas para una época en que comenzaban a formarse estas instituciones, pero que aquí y ahora han cambiado completamente de fondo y forma?. Con una legislación nacida en - el derecho romano y desarrollada en una época individualista, se quieren regular situaciones que dejaron - de ser privadas para convertirse de orden público y - de interés para toda la sociedad.

Si se continua legislando con ese sentido liberalista en que se inspiró y no en función social- como debe ser lo correcto, lejos de solucionar los problemas de pobreza y desamparo en que se vive, se está estimulando tales situaciones, por cuanto el juicio -
4-Engels Federico. Ob. Cit. Pag. 26

difícil y dispendioso que es ahora la investigación - de la paternidad, corre a cargo de un necesitado contra alguien que, por una mal entendida posición social o por conveniencia económica, niega a todas luces la cierta relación de parentesco.

El hecho de que la institución familiar haya sufrido cambios a través del tiempo, es indicativo de su constante actividad, no obstante lo anterior,-- las circunstancias no estables son producto del medio ambiente, de las ideas de los pueblos y de los distintos sistemas jurídicos, porque lo que constituye en sí la familia cual es la unión del hombre y la mujer que genera un grupo de personas unidos por consanguinidad ha permanecido estático durante las distintas épocas, precisamente por pertenecer a la naturaleza misma de la especie humana.

Puede variar el número de personas unidas por este vínculo, la forma en que debe verificarse es ta unión o la protección que el derecho le da a la mis ma, pero lo que no puede dejar de existir para que haya familia, es el conjunto de personas unidas por la sangre.

He considerado necesario dejar sentado el elemento característico de la institución familiar y

por consiguiente su naturaleza y los distintos cambios sufridos, para poder fundamentar las ideas que inspiran este trabajo, en sentido de que los hijos no son sino la resultante de este elemento característico de la familia y por tal motivo los derechos de éstos frente a los padres tienen que ser los mismos cualesquiera que sea la forma de esta unión y la circunstancia de que esté o no protegida por el derecho.

PARTE PRIMERA

CAPITULO II

LA FAMILIA EN EL SALVADOR

a) Desarrollo Histórico de la Familia en El Salvador.

La condición misma del hombre, la identidad de sus fines y actividades hacen presumir que, no obstante los distintos lugares de la tierra en que apareció, el proceso de su evolución se desarrolló en circunstancias análogas; baso esta aseveración en vista - de las conclusiones de Morgan, que han sido aceptadas con pocas objeciones, las cuales nacieron del estudio que éste hizo de algunas tribus de Norteamérica, especialmente de los Iroqueses y de los datos obtenidos de otros grupos humanos en lugares distantes, tales como Australia.

No obstante lo anterior, por ser América - un continente desconocido hasta hace pocos siglos, el estudio de su historia y de la formación de sus grupos humanos anteriores a su descubrimiento, no han tenido conclusiones aceptadas en forma definitiva, ya - que según lo dicho por los mismos estudiosos, no pasan de ser meras conjeturas; son los documentos o cartas de los colonizadores de donde se han sacado datos

por los cuales tenemos conocimiento de las costumbres de nuestros aborígenes, pero que no se remontan a mucho tiempo antes de la conquista.

Centro América, especialmente el señorío de Cuscatlán, según don Santiago I. Barberena, estaba poblado por los pipiles cuya ascendencia la hace remontar a los aztecas; asentados en comunidades y siendo eminentemente agrícolas, habían alcanzado un cierto grado de cultura y organización política.¹

La base de su estructura familiar era el matrimonio, el cual lo revestían con grandes solemnidades, pero en el fondo—según el doctor Napoleón Rodríguez Ruiz— no era más que un contrato de naturaleza especial; la voluntad de los contrayentes no intervenía en esta unión, pues el vínculo era concertado entre los padres y los cónyuges no se conocían, sino hasta el momento de celebrarse el rito, explicando que el objeto de tal proceder era el de evitar la prostitución, la cual castigaban severamente. El parentesco no se contaba como impedimento para el matrimonio, ya que podían contraerlo entre hermanos y ascendientes. ²

Existía igualdad entre el hombre y la mu-

1-Barberena, Santiago I. Historia de El Salvador. Tomo I. pag. 43.

2-Rodríguez Ruiz, Dr. Napoleón. Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas. Tomo II. Pag. 20

jer, pero como era obligatorio que antes del matrimonio el hombre debía hacer regalos a los padres de la mujer, los cuales representaban un pago por la mujer, ésta al entrar en la familia, no gozaba de tales igualdades y privilegios pues ahí era vista como una cosa, subordinada completamente a su marido. Aunque el matrimonio contraído era indisoluble, la comunidad aceptaba que los cónyuges se separaran, pero la mujer que entraba en el grupo familiar de su marido no podía salir de él, y a la muerte del hombre tenía que casarse con un hermano, o si este ya estaba casado con un pariente más cercano.

A la venida de los españoles, la crueldad y servilismo a que fueron sometidos los indios, no hicieron que estos perdieran sus tradiciones, las que aún en nuestros días se practican en muchos pueblos, tales como la de hacerse acompañar el hombre de dos o tres de las personas más honorables de la población para pedir la mano de la futura cónyuge y acompañar tal petición con regalos. La condición de la mujer en los primeros tiempos de la colonización no fué menos degradante que la del hombre, no sólo acompañaba a éste en las labores materiales, sino que en la condición de esclavitud en que se encontraba, tenía que -

yacer con el español, sin que ella ni su descendencia tuvieran algún derecho; de ahí que según don Santiago I. Barberena, las mujeres preferían matar a sus hijos para que éstos no padecieran las crueldades y sufrimientos a que ellas estaban sometidas. 3

Ya sea por las constantes quejas o por la venida de religiosos, España trató de suavizar la situación de los indios y corregir los abusos que con ellos se cometían. Las características propias de las relaciones que se verificaban en las colonias, tales como la convivencia de dos aborígenes hermanos o ascendientes uno del otro, pues como he dicho no había para el matrimonio impedimento alguno en razón del parentesco y, las relaciones que tenía un español, que no obstante estar casado en su patria, no podía hacerse acompañar de su esposa y recogía concubina entre los indios, dieron lugar a que se emitieran leyes que conciliaran la realidad con los principios del derecho de los colonizadores; se pregonoó la igualdad entre todas las personas, hombre, mujer, español e india; se estimuló el matrimonio entre ambas razas en igualdad de condiciones y derechos, teniendo como base la libre voluntad de los contrayentes.

El derecho que rigió al pueblo español -
3-Barberena Santiago I. Ob. Cit. pag. 262

comenzó a tener vigencia en América, y con base al mismo, se reguló todas las situaciones planteadas.

No fué desventajoso para nuestro pueblo - la aplicación de tales normas; se trató de formar una institución como la familia basada en el matrimonio, con los mismos ideales que existían en el viejo mundo, los que, según he dicho anteriormente, caracterizaban la edad media.

Al lado de toda institución, no obstante la perfección de su regulación jurídica e ideales que la inspiran, la misma naturaleza del hombre crea otras situaciones que por ser anómalas y contrarias - al derecho y conciencia del conglomerado, tienen que ser repudiadas; esto sucede con las relaciones extramatrimoniales. Como fué posible evitarlas, se castigaron sus consecuencias, negando derechos a la mujer y a la descendencia, al igual que lo hacía el derecho canónico en España, no sólo se dejó sin amparo, pues no reconoció ningún parentesco con el padre, sino que se le denigró con las mismas calificaciones.

Con uno de los pasos más positivos de nuestra legislación, cual es la separación entre Estado e Iglesia, la institución familiar experimentó cambios; se introdujo la disolución del vínculo matri--

monial por causa de divorcio y, lo que es más importante, se reconoció que los hijos habidos de personas que no han contraído matrimonio, pero que han nacido en condiciones análogas a un hogar, tienen derechos frente al padre. El legislador comprendió que la norma jurídica debe regular las relaciones en un lugar y época determinados, inspirada siempre en el valor justicia y no en posiciones utópicas; que era y es real, que siempre han existido grupos familiares que aún cuando hacen vida en común, no han sido ligadas por el derecho, y que la descendencia de éstos necesita de acciones frente al padre, cuando este incumple sus obligaciones que naturalmente le corresponden; esta innovación que se produce, con grandes reservas y formalidades, permite la investigación de la paternidad y la declaratoria de hijos naturales con derechos especiales y rigurosamente determinados.

Las continuas reformas han dado lugar a que más hijos puedan ser reconocidos por sus padres o ser declarados hijos naturales, culminando tal avance con los principios que contiene la constitución de mil novecientos cincuenta, en cuanto a la igualdad que tienen todos los hijos nacidos dentro o fue-

ra del matrimonio, en lo que respecta a la educación, asistencia y protección del padre.

b) Situación Actual. La estructura monogámica de la familia ha perdurado en nuestro país desde antes de la colonia hasta nuestros días; la unión de un hombre y una mujer bajo el vínculo matrimonial ha sido la base de nuestra estructura social, caracterizándose este vínculo por la unidad, el auxilio y ayuda mutuos y hasta donde sea posible la permanencia, dando ya la ley las causales específicas por las cuales se puede romper dicha relación.

Esta unión que tiene como fin esencial la procreación y educación de la prole, constituía también una unidad económica, pues siendo la agricultura y ganadería el principal factor económico, cada familia producía sus propios bienes de consumo.

El auge del industrialismo en los países avanzados no dejó de ser imitado por el nuestro y este cambio dentro del aspecto económico, repercute hondamente dentro del sistema familiar; el hogar que se había caracterizado por satisfacerse con sus propios medios se vuelve hacia la fábrica; la mujer, cuya función especial habían sido las tareas caseras y ayuda en las labores del marido, toma ahora -

su propia iniciativa en igualdad de condiciones con el hombre, y éste deja de ser el único proveedor de medios de subsistencia dentro del hogar.

El movimiento a que me he referido en el párrafo anterior, al influir dentro de la familia— que es la base del conglomerado, produce también en éste repercusiones de gran alcance; el hombre que ha bía vivido y trabajado dentro de los sectores agrícolas, al ver que en las ciudades, al trabajar en — las fábricas el salario es mucho mayor, se desplaza hacia éstas, abandona el hogar paterno, en donde su trabajo era factor importante para la subsistencia— de los demás miembros de la familia.

La .fluencia de grandes masas de campesinos hacia las ciudades en busca de mejores condiciones de vida, produce el ensanchamiento de aquéllas y hace que el Estado inicie una nueva actividad hasta entonces desconocida, cual es la de proporcionar vivienda; las fábricas se van haciendo cada día más numerosas y más grandes, lo que demanda mayor cantidad de mano de obra, no importando que ésta sea masculina o femenina, máxime en labores que la mujer — puede desarrollar perfectamente. La mujer con su es píritu de superación, estudia las mismas carreras —

que anteriormente eran privativas del hombre, y con esta instrucción se pone en un plan de igualdad, ya no se hacen distingos para el desempeño de un cargo sea público o privado; la mujer resalta con igual brillo que el hombre, no sólo dentro de la fábrica sino también en las distintas esferas de la sociedad.

La consecuencia de esta etapa que podemos llamar del industrialismo y que en nuestro medio no lleva más de un cuarto de siglo, como ya he dicho, al repercutir sobre la estructura familiar, ha traído grandes cambios dentro de la sociedad; ha dado origen a la formación de determinadas formas de vida dentro de la población a las que, perfectamente, puede dárseles el nombre de clases, las cuales para una mejor comprensión dentro de este estudio, las clasificaré así: la familia campesina, es decir aquella que trabaja la tierra para un patrono mediante un salario llamado jornal; la familia campesina formado por aquella que sin ser terrateniente o poseedora de grandes extensiones de tierra, emplea para laborar las tierras, un número de trabajadores que no excede de quince; la clase obrera dentro de la ciudad, formada por aquéllos que no tienen nin--

guna calificación; la clase obrera es compuesta de -
trabajadores técnicos y calificados; los empleados
de oficinas que desempeñan labores intelectuales, que
forman la que llamaré clase media, y los dueños de
los medios de producción, clase alta.

La anterior clasificación, es con el ob-
jeto de estudiar el vínculo familiar dentro de cada
una de dichas clases y demostrar como lo económico
incide en las relaciones de hombre y mujer y de és-
tos con la descendencia.

La primera clase la constituye la fami-
lia campesina, siendo la principal en nuestro país
por la circunstancia de ser la que constituye la --
gran mayoría; dentro de la misma la unión del hombre
y la mujer tiene, a la vez que el fin de la procrea-
ción, el de obtener el hombre alguien que le ayude
en la satisfacción de sus necesidades; carentes en
su mayoría de la mínima instrucción, y en vista de
los fines de la unión, es indiferente para ellos el
matrimonio, y si algunas veces se llega al mismo, -
no es sino como un medio para obtener el matrimonio
religioso, dada la fé que mantiene nuestro pueblo.

Como la unión del hombre y la mujer es -
para fines de ayuda, cada hijo, producto de esta -

unión, representa nuevas esperanzas de aportes al sostenimientos del hogar, por tal motivo la abundancia en la descendencia la toman como una bendición, y en ningún caso, ya sea por desconocimiento de me dios o por las creencias, se trata de evitar. Por la misma falta de instrucción en la familia no se toma en cuenta la futura educación de los hijos, pues en la necesidad para subsistir, aquello no es sino un estorbo; no tiene ningún inconveniente nuestro-campesino en el alojamiento de la abundancia de pro le, pues esta llega a la casa unicamente a pasar - la noche y aunque en mala forma, todos caben dentro del rancho.

Dentro de este sistema en que el hombre y la mujer desde muy temprana edad salen de la protección paterna para ganarse la vida por si solos y además, constituir nuevos núcleos familiares, es ca característica esencial que los hijos no constituyen ninguna carga para la familia, ellos se crían con su trabajo y con ayuda de los padres, quienes no tienen ningún inconveniente en el reconocimiento de los hijos, ni los niegan en ningún momento, - pues el mayor número de ellos, en vez de representar una carga, es una ayuda en lo económico.-

Si la ilegitimidad se produce en un setenta y cinco por ciento es por la razón de que para ellos, el matrimonio es indiferente, pero la responsabilidad como padres en todo momento está presente, pues aunque carentes de instrucción, son respetuosos de sus obligaciones, como son la protección y cuidado del hijo, propios del derecho natural.

La segunda clase, formada por aquellas familias que sin ser terratenientes, son poseedoras de pequeñas parcelas de tierra, tienen una situación distinta; teniendo los medios indispensables - pueden costearse instrucción, la cual se verifica -- en las escuelas o colegios de la ciudad; de ahí que tomen parte de las costumbres urbanas, ya no es indiferente para ellos el matrimonio, pues en todo caso buscan para sus hijos una buena unión que les pueda dar cabida dentro de la sociedad; es importante la -- dependencia económica de toda la familia, desde la madre, hasta los hijos, del padre o jefe del hogar quien como tal, hace imperar su voluntad.

Los hijos, si bien es cierto que son -- vistos como una ayuda o auxilio del padre en las labores agrícolas, la prestación efectiva de éstas no es importante, por cuanto el trabajo lo desarrollo

llan los jornaleros, de ahí que los hijos tienen tiempo y medios suficientes para educarse; tampoco dentro de esta clase se rehusa reconocer a todos los hijos aún los nacidos fuera del matrimonio.

Las clases de familias anteriormente estudiadas, se pueden reunir en lo que se ha denominado Familia Rural o Campesina, teniendo en común, que los miembros de la misma trabajan con un mismo fin, cual es el de producirse sus medios de vida; cada hijo representa una ayuda, ya sea al padre en los trabajos del campo o a la madre en los trabajos del hogar; debido a la ignorancia dentro de la primera clase, no se molestan ni mucho menos piensan en la educación de los hijos como un medio para darles mejores medios de vida y debido a la escasez de tiempo y abundancia de ocupaciones, aunque quisieran, no pueden darle al hijo la educación que llamamos obligatoria; no existe entre nuestro pueblo rural ninguna preocupación por el nacimiento de un nuevo hijo, por el contrario es motivo de alegría el advenimiento de un nuevo brazo para el trabajo, no rehuye el padre el reconocimiento o el decir que ese que va a nacer no es su hijo, sabe por el dicho popular "que trae su comida debajo del brazo" y no-

existe razón alguna para no responsabilizarse en su cuidado y protección; por esta misma idiosincracia, el hijo solamente permanece bajo la dependencia de sus padres mientras no puede valerse por si mismo, pues en cuanto lo puede hacer, sale de su autoridad ya sea para buscar nuevas fuentes de trabajo, o para formar un nuevo hogar en idénticas circunstancias y con los mismos ideales del hogar en donde ha nacido.

De la observancia de las circunstancias apuntadas, resulta que la labor de la sociedad para el mejor desenvolvimiento de esta clase es el de procurar para ellos una mayor instrucción, de hacer conciencia de que la educación es el medio indispensable para la superación de todo conglomerado; no se hace patente en ellos la urgencia de la aplicación de las leyes que regulan la institución familiar o de una reforma de dichas disposiciones, pues el cumplimiento de las obligaciones materiales y morales que acarrea una familia, es característico de esta clase, su cumplimiento es voluntaria.

Dentro de la ciudad, lo económico ha influido en el desenvolvimiento de la familia, pues las formas que ha tomado la misma están intimamen-

te relacionados con la tenencia de una mayor o menor riqueza.

La primera clase, que es la que trabaja en las fábricas e industrias y desarrolla toda clase de trabajos materiales, se puede distinguir claramente: los que poseen una mayor preparación o sea los obreros calificados y aquellos que no poseen ninguna; estos últimos, compuestos principalmente por los que ingresan del campo a las ciudades en busca de mejores condiciones de vida.

Si el afán de ingresar a las ciudades es el de buscar un mayor salario para mejorar las condiciones de vida y, a la vez ayudar al resto de la familia que ha quedado en el campo, natural es que lo primero que va a evitar es la responsabilidad de un hogar y sus relaciones no son sino la satisfacción de necesidades; no sucede lo mismo con el obrero calificado, éste ya tiene una conciencia de clase, goza de un mayor salario y estabilidad en el trabajo, sostiene relaciones más o menos permanentes con una mujer, de donde nace una descendencia más o menos numerosa.

No está fundamentada la economía del hogar en los aportes que hace el jefe de la familia,

pues a ella contribuye también la mujer y los hijos que, aún siendo menores de edad, ya pueden hacerlo; de ahí que la educación de éstos se verifica mientras no pueden trabajar en una fábrica, o sea que no pasa de ser una instrucción fundamental y salvo sus excepciones, sobre todo, en donde el número de hijos es mínimo y el hogar goza de estabilidad, que la prole alcanza una educación más elevada; en los demás casos que constituyen la generalidad, la descendencia, con su poca instrucción, pasa a engrosar la clase laborante sin una mayor preparación.

Consecuencia de lo expuesto es que estas nuevas personas siguen las mismas ideas, costumbres y maneras de actuar del grupo donde se desenvuelven; el hijo, ya devengando un salario constituye un -- nuevo hogar en las mismas condiciones de aquél donde nació.

La clase compuesta por todos aquellos -- empleados que devengan sueldos que les permiten gozar de comodidades, tienen concepciones y modos de pensar distintos; sus ambiciones son gozar de las mismas prerrogativas de las que gozan las familias -- pudientes, relacionarse con ellos y que sus hijos -- obtengan la misma educación, en los mismos colegios

y escuelas; se basa la estructura familiar, sobre todo para ser aceptados dentro de la sociedad, en el matrimonio, tanto civil como religioso y, al igual que la clase obrera, el sostenimiento del hogar no depende exclusivamente del padre, sino que la mujer trabajando en igualdad de condiciones que el hombre, dentro de una oficina, aporta bienes.

La circunstancia de querer criar y educar los hijos en las mismas condiciones de las familias adineradas, dados los salarios limitados que obtienen, hacen que la descendencia constituya una disminución en sus ingresos, cuanto más descendientes, más gastos ocasionados y es menos el dinero disponible para poder disfrutar la vida que se desea; si bien en esta clase juega papel importante el matrimonio como símbolo de respeto, la descendencia es una carga y por eso se trata de evitar el mayor número de ellos; el hijo no devenga ningún sueldo ni aporta ninguna ayuda al hogar hasta que no encuentra un trabajo equivalente al que tienen los padres, es decir, un empleo de oficina, y como para esto es necesario haber conseguido un título, de ahí que el hijo esté bajo la dependencia de los padres hasta llegada la mayoría de edad.

Es muy importante dentro de esta clase el obtener para los hijos las mejores relaciones, pues el padre no ve en ellos sino un medio de superación constante, de ahí que siempre aspira a un matrimonio - halagador.

En cuanto a las clases que poseen el mayor número de riquezas, su estructura familiar se basa más que todo en el matrimonio, que no es sino producto de la conveniencia de los padres, procurando siempre la unión de los hijos dentro de la - misma clase, y la descendencia no tiene más objeto que la continuación del apellido y alguien que pueda continuar poseyendo las riquezas; como para esto no es necesaria una descendencia abundante, basta uno o dos hijos.

Expuesta a grandes rasgos la estructura familiar en los distintos grupos de personas en que incide en distinta manera la riqueza, se puede colegir de ellos que tienen características generales; en todos ellos la vida en común de padres e hijos dentro de las clases laborantes, o a divertirir se dentro de las mismas familias acomodadas, todos ellos salen del hogar, reduciéndose las relaciones a la hora de tomar los alimentos; y dada -

la igualdad de la mujer que ahora se pregona y a la cual dicen tener derecho, en determinadas circunstancias, sobre todo en el interior del hogar, no produce otro efecto que el de corroer la armonía familiar, dando como consecuencia lógica la desaveniencia, motivo más corriente de la disolución del hogar.

Aunque como ya expresé, dentro de la clase media y de la que posee la mayor riqueza, el matrimonio es base de la estructura familiar; el hombre, en vista de que el vínculo no nace a veces sino como efecto de la conveniencia, busca fuera del hogar otras satisfacciones. Cuando estas quedan unicamente en la intimidad de las personas, no interesan a nadie más que a la moral, la religión y -- los convencionalismos sociales, pero como casi siempre hay descendencia, ante este hecho la ley debe intervenir, dando soluciones aceptables, protegiendo en todo caso la descendencia, pero procurando - que ello no constituya un desmoronamiento de la unidad familiar.

Los hijos que nacen fuera del matrimonio en la clase media, y fuera de la unión más o menos permanente en las clases obreras, aún cuan--

do tengan un padre, éste no los reconoce por la razón de que cada hijo es una carga, representa una disminución en el presupuesto; dentro de la clase alta, la oposición es mayor porque se trata de evitar que una persona que no pertenece a la misma clase social, pueda llevar el apellido y mucho menos pueda participar de la riqueza; de ahí que es preciso recurrir al tedioso, largo y costoso juicio de investigación de paternidad, por una de las causas más comunes y corrientes, cual es el reconocimiento del hijo natural basado en que el pretendido padre y la madre hayan vivido en concubinato público y notorio en la época en que el hijo pudo haber sido concebido, conservando la mujer una conducta honesta; probar esta circunstancia es muy difícil, no sólo en cuanto a la aportación de pruebas sino que también por la Jurisprudencia que se ha asentado en los Tribunales de lo que es concubinato; ésto, más el hecho de que el padre se opone a toda costa por los perjuicios pecuniarios que le acarrea hace que los hijos nacidos fuera del matrimonio, - que constituyen la gran mayoría se queden en completo desamparo.

Nada se soluciona con crear organismos

como el Ministerio Público o aumentar el personal de los mismos, si se mantienen disposiciones como el Art. 61 de la Ley Orgánica del citado organismo, que expresa: "cuando el citado compareciere, el Jefe del Departamento lo reunirá con su citante y lo oír, apelando a la conciencia y honor del su puesto padre, a fin de obtener el reconocimiento solicitado". Basta para demostrarlo el hecho de que un padre sea requerido para que cumpla forzosamente con las obligaciones que su misma voluntad y naturaleza le impone, para presumir que en él lo material predomina sobre la buena fé y conciencia; entonces apelar a aquellos sentimientos subjetivos resulta nugatorio y con ello la misma ley.

Es la reforma inmediata de nuestras le yes, en lo que atañe al derecho de familia, lo único que puede servir para detener la crisis por la que atraviesa nuestra institución familiar; nues tras leyes principalmente sobre el hogar, que es la base fundamental de toda especie de asociación, deben ser producto de la época en que vivimos y no de épocas pasadas.

El hecho de que la mayoría de relaciones se verifican fuera del vínculo legal, y que ..

la descendencia en su casi totalidad es ilegítima, y por consiguiente, sin ningún derecho frente al padre, especialmente de los elementales, como la educación y alimentación, explican que en la institución matrimonial algo anda mal, y es labor de los economistas, juristas y sociólogos encontrar sus causas; por mi parte, sin pertenecer a ninguno de dichos grupos, expondré mis puntos de vista.

El matrimonio constituye para nosotros una institución, cuyos pilares fundamentales son: la unión permanente de un hombre y una mujer, en igualdad de condiciones, con deberes y derechos recíprocos, guardándose fidelidad, con una ayuda y asistencia mutua y teniendo como fines esenciales la procreación y educación de los hijos, La regulación jurídica, nacida precisamente de la regulación canónica, no ha sido modificada y de ahí el exceso de formalismos para llevarse a cabo y no son menos las que han de hacerse para disolverlo.

En la situación actual en que los salarios se devengan por horas, el tiempo es algo de valor para las clases laborantes, el querer contraer matrimonio representa una cantidad de papeles y pérdidas de tiempo que se traducen en dis--

minución de los ingresos económicos; de ahí que no se contrae el matrimonio, a veces, por falta de tiempo para poder cumplir todas las solemnidades; ésto, unido al hecho de que tanto para el hombre como para la mujer, el vínculo acarrea un sin número de obligaciones y que en caso de desavenencias no podrían disolverlo, por lo gravoso que resulta un juicio de divorcio, hacen que se opte por una unión permanente, con los mismos fines, pero que no goza de ninguna protección; si con el matrimonio la unión no es permanente, pues siempre resultan desaveniencias, la unión libre tampoco lo es, y en este último caso, la separación trae como consecuencia el abandono de los hijos, siendo esta la causa del exceso de hijos desamparados, de la pobreza y de la falta de preparación del pueblo.

El matrimonio sin perder sus fines esenciales, debe ser de la más fácil realización, las solemnidades se deben reunir al mínimo, y que tampoco representen ninguna carga pecuniaria para los contrayentes; que el matrimonio pueda celebrarse, no sólo ante los Alcaldes Municipales y Gobernadores Departamentales, sino que también ante otros funcionarios que gocen de fé pública, tales

como los Jueces de Paz en las poblaciones y ante Notarios Públicos, ante quienes bastará la simple petición verbal acompañada de partidas de nacimiento y autorización de los padres en caso necesario, para que puedan celebrarse las nupcias; que no se argumente contra esto la mala fé que pueda existir en más de una pareja, porque ésta se pueda dar también en el sistema actual y también porque hay disposiciones legales que castigan severamente toda infracción.

Pero no solo lo anterior debe reformarse, el matrimonio debe ser disuelto con gran facilidad, porque un matrimonio mal avenido que no pueda desligarse por trabas legales, produce más perjuicio que aquél que se desune; debe bastar para que se produzca el divorcio, la simple petición de ambos contrayentes ante el Juez respectivo, ratificada a los ocho o quince días para que éste, sin más trámite declare disuelto el vínculo matrimonial, evitando en todo caso el abuso que se pueda hacer de dicho procedimiento.

Las ventajas producidas serían que así cualquier pareja podría contraer nupcias, y que el

hijo habido dentro de la misma relación, aún cuando sus padres se separaran y obtuvieren el divorcio, éste hijo ya tiene un padre a quien reclamar derechos; con base a su parentesco puede reclamar al padre el cumplimiento de sus obligaciones; se reduciría como factor importante, la disminución en la descendencia desamparada, lo que representaría un aumento en el índice de elevación intelectual.

Pero no sólo esta es la solución a --- nuestro problema, siempre seguirán existiendo los hijos nacidos fuera del matrimonio y para la protección de estos, las reformas legales deben ser más de fondo; deben cambiarse completamente los procedimientos de investigación de la paternidad, a las grandes reservas y formalidades que se daba a estos juicios porque se decía que atentaban contra la moralidad de las personas demandadas, debe darse ahora la mayor brevedad y oportunidad de presentar toda clase de pruebas aceptadas en otros países más adelantados.

El concubinato, que es la unión de donde nace esta clase de hijos ilegítimos ya no debe interpretarse como si estuviéramos en el tiempo -

del Derecho Romano o de las Partidas, como la unión permanente, duradera entre un hombre y una mujer, a la que, para ser perfecta, falta únicamente el vínculo matrimonial; no, debe reconocerse que se está en presencia de otro tipo de relaciones, que no obstante dárseles el mismo nombre, son producto de la época actual y el reconocimiento de las mismas deducido de testimonios y demás hechos concordantes, debe redundar en todo caso, en beneficio de la descendencia.

En conclusión, las reformas en cuanto a la celebración del matrimonio, el juicio de divorcio y los procedimientos para la investigación de la paternidad, constituyen las soluciones para enfrentarse al problema de irresponsabilidad, desamparo y pobreza que actualmente se vive.-

CAPITULO III

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LA FAMILIA

LEGISLACION COMPARADA

La constante evolución de la forma de satisfacción de las necesidades generales ha sido determinante para el cambio de las ideas políticas en los distintos estados; desde la forma más simple de gobernar, la de únicamente observar el libre juego de las leyes naturales y económicas, se ha llegado hasta la intervención estatal en todos los ordenamientos de la vida, incluso en aquellos derechos que los inspiradores de la Revolución Francesa, proclamaron como propios del hombre y por consiguiente, inalienables. Ningún país ha permanecido indiferente ante este cambio constante de ideas, sino que ha aceptado aquéllas que puedan servirle para cumplimentar sus fines o que les han sido impuestas.

Nuestro país, al promulgar la Constitución política en el año de mil novecientos cincuenta, abandona la protección individualista que hasta entonces existía como un sistema político, para dedicarse a los

intereses del pueblo todo, porque como se manifiesta en la exposición de motivos de la Carta Magna indicada, "no hay nada que sea absoluta y exclusivamente del individuo" y "los derechos con que se quiso aminorar las injusticias de la libre empresa y del desamparo del individuo, forman el grupo de los derechos sociales". Esto ha marcado la pauta y las actividades del Estado han ido cada día abarcando más funciones, sus acciones más amplias han intervenido en campos que anteriormente se creían vedados, porque pertenecían a la esfera propia del individuo; uno de estos la familia.

La unión del hombre y la mujer con célula determinante en la sociedad, no pueden pasar desapercibida y ajena al Estado, quien tiene que penetrar en la misma, no sólo para ayudarla a desenvolverse en lo económico y darle protección ética, sino que también para una preparación que se convierta en beneficios del Estado mismo y así poder éste desarrollar sus planes y esperanzas.

Es en base a las razones anteriores que los constituyentes de mil novecientos cincuenta, con poca oposición, especialmente por parte del clero, decretaron aquellos dos artículos en el Título de Régimen

de Derechos Sociales, correspondientes a la forma de protección de la familia y de la familia y de la descendencia, que aunque no pasan de ser meros principios o mejor diría ideales después de veinte años, por lo menos marcan una base y representan un reconocimiento a los problemas dejados por antiguas legislaciones y un punto de partida para su reforma.

prescribe la Constitución Política en su Art. 179. "La Familia, como base fundamental de la sociedad, debe ser protegida especialmente por el Estado, el = cual dictará las leyes y disposiciones necesarios para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia. El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.- El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La delincuencia de los menores estará sujeta a un régimen jurídico especial.

Es interesante observar de esta disposición que el Estado reconoce que nuestra sociedad no está basada en la familia que tiene un vínculo legal; la estructura familiar característica de nuestro medio, tal

tal como lo he manifestado en anteriores oportunidades, está basada en la unión del hombre y la mujer de una manera libre y espontánea, con la finalidad de la procreación y el auxilio mutuo; pero no obstante que continúa diciendo la disposición que "se dictarán las le yes y disposiciones necesarias para su mejoramiento", persiste la situación que tanto daño a hecho y continúa haciendo al pueblo, que el derecho civil, lejos completamente de toda reforma actualizante, basa todas sus disposiciones en el parentesco legítimo, dándole al hijo ilegítimo por excepción, derechos frente al padre.

Es oportuno también hacer notar, que expresa la Constitución "que el matrimonio es el fundamento legal de la familia" y que es deber del Estado fomentar el mismo.

Es el primero de dichos postulados una necesidad para la aplicación de toda la legislación que se basa en el vínculo y, el segundo, una consecuencia necesaria ante la situación que el ordenamiento jurídico de la institución familiar no rige a toda la comunidad, sino a una pequeña parte; marcan entonces estos principios la pauta a seguir por el legislador se

cundario, de reconocer la existencia de relaciones familiares amparadas con el vínculo legal y de aquellas que no lo están, tal como lo ha hecho con muy buen criterio, y como producto de una situación actual, la legislación laboral. Si al concubinato se le da el mismo reconocimiento, se le dan las mismas protecciones legales e imponen las mismas responsabilidades que conlleva el matrimonio, es indiferente para una pareja estar casada o vivir en concubinato, pero si para la segunda institución se le ofrecen las mayores facilidades, natural es que la va a preferir, no como una conveniencia, sino en razón de mayor estabilidad.

Cuando expresa el Art. 179 que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia, no está haciendo sino dándole cumplimiento a las ideas políticas que lo inspiran, cuales son las de intervenir en el mayor número de actividades, siempre que éstas representen bienestar social, porque las funciones que se le han encomendado no van en beneficio sólo de los menores ni de los padres de éstos, sino que en interés general, en cuanto a lo físico para evitar la propagación de enferme

dades y, en lo moral y sobre todo en la educación y asistencia, porque se reconoce que sólo la preparación intelectual de los ciudadanos, representa el adelanto en todos los órdenes de los países.

El Art. 180 de la Constitución Política dice: "Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, y los hijos adoptivos, tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y a la protección del padre. No se consignará en las actas del registro civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento, el estado civil de los padres. La ley determinará la forma de investigar la paternidad."

Si el Art. 179 de la Carta Magna a que me he referido anteriormente contiene los principios que el estado debe seguir en cuanto a la institución familiar, se ha entendido que el Art. 180 transcrito -contempla derechos concretos, dándole a los hijos extramatrimoniales únicamente los derechos pecuniarios, o sea que el padre tiene la obligación con respecto al hijo únicamente de educarlo, asistirlo y protegerlo.

La interpretación aludida no sólo es el resultado de querer armonizar la referida disposición

con la ley secundaria que si se refiere unicamente a derechos patrimoniales, sino que también se manifiesta que pretender igualar en todos los aspectos a la descendencia, sin atender la clase de unión de que proceden, sería socavar los cimientos morales de toda la sociedad, pues entonces, qué privilegios tendría el matrimonio ante esta clase de uniones. Cabe relacionar en este punto las palabras pronunciadas por Monseñor Castro Ramírez, cuando se discutían estos artículos: "Una ley como la que habéis dado vosotros en ese Art. 181- ahora Art. 180-que trata de la protección a la niñez, socava y abre brecha en el mismo santuario matrimonial que es el hogar y eso no podemos permitir nosotros nunca. Está bien que se legisle en bien de los hijos naturales, pero de ninguna manera menoscabar el hogar, padres conscriptos de la Patria; si socabáis eso, ay de vosotros el día que se haga rompiendo ese baluarte que debe protegerse - sin detrimento del matrimonio, aunque desde luego, con la protección que corresponde a todos esos hijos y a todas esas mujeres víctimas de la lascivia."¹ Es comprensible la oposición que se hace a la completa igualdad que se postula, pues la iglesia, con su derecho que no ha sufrido modificaciones sustanciales --

1. Documentos históricos de la Constitución Política de 1950. Pag. 242

desde muy lejanas épocas, no puede permitir que se dé reconocimiento a uniones que según sus estatutos están fuera de su alcance; no pueden reconocer que no existe ninguna diferencia entre aquella mujer que sostiene un hogar sin ningún vínculo legal ni religioso, pero si fiel cumplidora de todas sus obligaciones que le son propias como mujer, y la que ha recibido el sacramento de la religión; estas ideas impregnadas en el pueblo católico, y las predominantes en nuestra sociedad, son las que han hecho ver con cierto repudio y no aceptación, el artículo en referencia.

Entiendo que la anterior interpretación que no solo ha sido hecha por personas que defienden sus ideas o sus propias conveniencias, sino que también por Abogados en la administración de justicia, es errónea, porque aún cuando se trate de armonizar con la ley secundaria sobre esta materia, lo que es ilógico, los derechos de educación, de asistencia y protección no son materiales. Procreación y educación de la prole son los fines esenciales del matrimonio, según el Derecho Canónico² y no existe ningún precepto dentro de dicho cuerpo que diga que el padre cumple con dicho mandato únicamente en la forma pecuniaria, pues la educación, como muy bien se ha reconocido.

2. Cánón 1013 del Código de Derecho Canónico.

do, no sólo consiste en pagar el colegio o la escuela a un hijo, sino que también en una preparación espiritual que ponga en aptitudes al hombre en un feliz desenvolvimiento en su vida, lo cual es imposible si se le niega hasta parentesco con los consanguíneos - del padre; sirven de abono a mi tesis las palabras - del doctor Mario Héctor Salazar en la discusión de - los artículos:" La realidad social del pueblo salvadoreño indiscutiblemente indica la conveniencia de que el Estado proteja la familia, declarando que el matrimonio es la base de esa familia. Tal es la primacía que la Constitución da al matrimonio; pero no debe - desconocerse también la realidad evidente, de que en el pueblo salvadoreño, la mayoría de los nacimientos y de los ciudadanos no son hijos legítimos. La comisión ha tenido en mente no menospreciar a los hijos ni a la mujer, haya o no matrimonio. Se trata de dar protección a los hijos que no tienen la culpa de que los padres sean casados o no, ya que la mayoría del - pueblo no lo hace. La comisión ha querido proteger a esos niños y no por ello menoscaba la protección del matrimonio. Cualquier gobierno bien intencionado que venga en el futuro, tendrá que fomentar esa protec-- ción a la familia salvadoreña, para eso no signifi-

ca que la mayoría de los niños deba carecer de protección, la que hoy no tiene por qué negárseles sólo por que otros regímenes no la quisieron dar".³

Conclúyese de las anteriores palabras que para la ley, todos los hijos son iguales y que gozan de los mismos derechos, siendo indiferente la clase de relación de donde proceden y para ésto, hasta ha suprimido la calificación de los mismos al ser asentados en el Registro Civil, así como también el señalamiento de las relaciones de que proceden. Aunque - esto último se cumple, hay que aceptarse que como todas las disposiciones de la ley superior, son principios de gran tendencia, porque no son influidos por ninguna clase de ideas y movidos por conveniencias, - sino que producto de la observancia como debe ser el derecho para poder alcanzar el valor que persigue;-- basta únicamente martillar porque estos justos postulados un día se concreticen, que el legislador secundario haga a un lado, así como el constituyente, todos los prejuicios que tiene nuestra sociedad y haga realidad la igualdad, dispuesta por la ley primaria- para no solo poder detener esta marcha progresiva de la ruptura de los valores morales, sino que también- para el engrandecimiento de la patria.

3. Obra citada. Pag. 243

Al observar las legislaciones de otros países con nuestra misma idiosincracia, se nota el im-plantamiento de los principios que se han mencionado sin que se hayan producido todos aquellos vaticinios que apocalípticamente anunció el Clero en las discusiones de la Constituyente. México hace alarde, en la introducción de su Derecho Civil, de que éste es producto de la profunda transformación experimentada por los pueblos, y es oportuno tomar algunas ideas de la exposición de motivos de dicho cuerpo de leyes, principalmente éstos: "por lo que toca a los hijos se comienza por borrar la odiosa diferencia entre hijos - legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozacen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de la falta de los padres y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de la inves-tigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho a saber quienes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir, pero se procuró que la investi-gación de la paternidad no fuera una fuente de escán

dado, de explotación por parte de mujeres sin pudor - que quisieran sacar provecho de su prostitución". Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares una manera peculiar de formar la familia, el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían, pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre y que ha vivido por mucho tiempo con el Jefe de la Familia".4.

En Guatemala han plasmado estas ideas y así prescribe en su Art. 90 de la Constitución Política "no se reconocen desigualdades entre los hijos, todos tienen idénticos derechos. La discriminación sobre la naturaleza de la filiación quedan abolidos. La ley establecerá los medios para investigar la paternidad y proteger la maternidad", y el Art. 180 del Código Civil de la misma República dispone que los padres - tienen los mismos derechos sobre sus hijos, sean o no de matrimonio.

4. Código Civil para el Distrito y Territorio Federal de México.

En estos países, no obstante haberse equiparado en ciertos aspectos concubinato y matrimonio, éste último en ningún momento ha desaparecido ni mucho menos ha sido visto con menosprecio, al contrario ha gozado de más aceptación.

Hago hincapié, las reformas al Derecho Familiar son una necesidad en nuestro país, la tardanza en las mismas no representa sino perjuicios cada vez mayores al estado y principalmente al pueblo.-

SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

Filiación ilegítima. El término filiación es indicativo de la calidad que tienen los hijos con respecto de sus padres, señalando la procedencia de aquéllos, se caracteriza porque no nace de la ley, sino que de un hecho natural al que se atribuyen consecuencias jurídicas. Es el nacimiento de una persona el que determina su calidad, sin tomar en cuenta desde luego la otra especie de filiación nacida de la adopción, la cual, por provenir de la ley, no es sino una ficción. Es oportuno para mayor aclaración, citar sobre tal concepto las palabras de Escribche: Filiación. La descendencia de padres a hijos, o bien, la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o madre. Las palabras paternidad y filiación expresan calidades correlativas; esto es, aquélla la calidad de padre y ésta la calidad de hijo.¹

La calificación de los hijos, tomando en cuenta las relaciones de donde proceden, ha comprendido desde sus primeros tiempos dos grandes grupos; los concebidos

1.-Escribche. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.

dos o nacidos durante el matrimonio de sus padres y los ilegítimos, aquéllos que no han nacido de la ítimo vínculo.

~~Ílegítimos~~ En cuanto a los primeros, por el hecho de su procedencia, su calificación y protección no ha sido sometida a las constantes y distintas influencias como la de los hijos ilegítimos, a quienes no solo las realidades del medio ambiente, sino también las creencias en los distintos pueblos, los han tratado en forma despectiva, restringiéndoles hasta donde fuere posible, sus derechos. Así históricamente, tomando en cuenta la clase de unión de que provienen se les clasificó en tres categorías: a la primera pertenecen aquellos hijos que provenían de uniones que, aunque no sancionadas por la ley, eran reconocidos en el conlloberado, y si bien por estas medidas se trataban de evitar, no por eso dejábase de reconocer su existencia, tales son los hijos de las concubinas en Roma o de las barraganas en España, en donde el padre reconocía al hijo como suyo.

A la segunda categoría pertenece aquella descendencia, que por estar vedadas las relaciones sexuales entre los padres, se les denominaba "de dalado ayuntamiento" o "espurios", siendo éstos los incestuosos o ha

bidos entre parientes; los adultos o concebidos entre personas de las cuales una por lo menos, al momento de la concepción, estaba unida en vínculo matrimonial con otra; y los sacrílegos o nacidos de clérigos, frailes o monjas, es decir, de todos aquellos que habían formulado votos religiosos. Comprenden la tercera categoría los hijos a quienes no se conocía padre, por haberse prostituido la madre, calificándose en este caso a la descendencia como hijos bastardos o manceres.

Las anteriores calificaciones no sólo existieron doctrinariamente, sino que fueron plasmadas en el derecho positivo, sobre todo en aquellas legislaciones influenciadas por el derecho romano y canónico. Nuestro Código Civil de 1860, que se caracteriza por ser uno de esos, recoge tales denominaciones en los Arts. 35 "Los hijos ilegítimos son o naturales o espurios", Art. 37. "Son hijos naturales los que al tiempo de su concepción podían sus padres casarse con sus madres sin dispensa, con tal que el padre los reconozca por instrumento público o acto testamentario. Se llaman espurios los de dañado ayuntamiento y los bastardos. Son de dañado ayuntamiento los adulterinos y sacrílegos". Art. 40. "Es sacrílego el concebido entre padres de los cuales alguno era clérigo de

órdenes mayores, o persona ligada por voto solemne de castidad en orden religiosa, reconocida por la Iglesia Católica." y el Art. 41 "Es bastardo el ilegítimo que no siendo de dañado ayuntamiento no ha sido reconocido voluntariamente por su padre con las formalidades legales". Tales disposiciones fueron suprimidas, quedando - vigentes las que se refieren a los hijos adulterinos e incestuosos en el capítulo de la legitimación, cuya existencia entiendo se justifica, cuando se trata de mantener la armonía que debe existir en todo cuerpo sistemático de leyes.

Dice el Art. 340. "Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produzca efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción. Todos los demás son hijos ilegítimos". Al relacionar esta disposición, con las que se refieren a los hijos de dañado ayuntamiento, cabe preguntar: Podría un hijo adulterino o incestuoso llegar a tener la calidad de hijo legítimo? En cuanto a los primeros la respuesta es no, porque la única forma de obtener tal calidad es por medio del matrimonio posterior a la concepción, lo cual no podría hacerse por existir un vínculo matrimonial; si el matrimonio se verifica después del

menor cuando ya ha sido disuelto el vínculo que ligaba a los padres, no tiene lugar la legitimación, por cuanto hay una prohibición expresa en el Art. 216 C. que reza: "Los hijos concebidos en adulterio no pueden ser legitimados por el matrimonio posterior de los padres, aunque uno de estos haya ignorado al tiempo de la concepción, el matrimonio del otro. Lo mismo será aún cuando aquél de los padres que al tiempo de la concepción estaba casado, haya creído entonces con buena fé y con justa causa de error, que el matrimonio anterior no subsistía. Si se trata de un hijo incestuoso, podría ser legitimado en el caso que el parentesco entre los padres fuese por afinidad o que haya sido concebido entre personas de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro, ya que en estos casos no existe ningún impedimento para que dichos padres puedan contraer matrimonio, pero si se tratase de hijos nacidos entre parientes en cualquier grado de la línea recta por parentesco de consanguinidad o que sus padres fueren hermanos, estos hijos no pueden llegar a tener la calidad de legítimos, porque sus padres, por tener impedimento para ello, no pueden contraer matrimonio.

El art. 35 C. define quienes son los hijos naturales diciendo: "son hijos naturales los ilegítimos que

han sido reconocidos por su padre de la manera determinada por la ley"; aún cuando en el inciso segundo se refiere a los hijos de dañado ayuntamiento, la calidad de hijo adulterino o incestuoso carece de trascendencia jurídica para obtener el reconocimiento de hijo natural, tuvo razón de ser al promulgarse el Código Civil de 1860 pues en su Art. 274 decía "Los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento podrán ser reconocidos por su padre y tendrán la calidad legal de hijos naturales", pero al suprimirse en 1880 la frase "no siendo de dañado ayuntamiento", el legislador sustrujo los antecedentes históricos de la disposición, pues tanto en el derecho romano como en el derecho español, el hijo natural era el nacido fuera del matrimonio, pero que descende de una relación regulada por la ley, ya que se exigía que la concubina fuera mujer única, - que ambos fuesen púberes, que no fuesen parientes y que pudiesen contraer matrimonio sin dispensas, circunstancias a que se refiere la disposición de la Ley Once de Toro que manifiesta: "hijo natural es el nacido en cualquier género de unión no matrimonial, siempre que los padres tuvieran capacidad de contraer matrimonio, sin necesidad de dispensa, en el momento de la concepción o del parto y fuese reconocido por el padre".²

2. Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo III.

Es indiferente para nuestra ley que el hijo sea adulterino o incestuoso, basta el reconocimiento voluntario o la declaración del Juez respectivo para que aquél tenga la calidad de hijo natural, confirmando lo anterior la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, la que en una de sus sentencias, precisamente la pronunciada por la Cámara de Tercera Instancia de esta ciudad a las once horas del día siete de julio de mil novecientos - treinta y cuatro, en su parte pertinente dice: "El actor ha sostenido en su demanda y en el curso del juicio, en primera y segunda instancia, sin insistir en ésta que aún siendo válido en su forma en reconocimiento de hijo natural a favor del menor Amaya, es ineficaz en su esencia, porque tal menor es hijo de dañado ayuntamiento, - por haber sido concebido cuando su padre Marcelo Zelava era casado con Mercedes Chávez, y por tal motivo no podía ser reconocido como hijo natural, según el Art. 279 C. pero estas razones no tienen fundamento legal, - porque como bien dice la parte contraria, la prohibición de esta clase de reconocimiento, quedo derogada - con la ley de 30 de marzo de 1880, que suprimió en el Art. 274C. entonces vigente, la frase "no siendo de dañado ayuntamiento" que estaba intercalada en la redac-

ción de dicho artículo, que literalmente decía "Los hijos nacidos fuera del matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por su padre, y tendrán la calidad de hijos naturales"; siendo dicho artículo con la supresión indicada el mismo que con el número 279 figura en el Código Civil vigente. Interpretando este artículo, no cabe duda que Carlos Federico Amaya nació fuera del matrimonio de Marcelo Zelaya y Mercedes Chávez y por consiguiente, estaba en la posibilidad jurídica de ser reconocido como hijo natural" 3

Es importante hacer notar que no obstante que la ley secundaria mantiene las definiciones de las distintas clases de hijos, la disposición constitucional ha tratado de suprimirlos al disponer que: "No se consignará en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres.

Al momento que un hijo hace uso de su acción para reclamar un derecho de los que contempla el derecho privado, ante el juzgador unicamente se presentan dos situaciones: que las acciones se dirijan o sean consecuencia de la filiación materna, y en este caso, no importa la calidad del hijo, pues frente a la madre todos

3.-Revista Judicial de 1934. Pag. 176

están en igualdad de derechos, ya sea legítimo, ilegítimo o de los otros que se mencionan, o sean consecuencia de la filiación paterna para que la acción tenga lugar debe ser ejercitada por un hijo legítimo o un hijo natural que son los únicos a quien se reconocen derechos.

Conclúyese de lo anterior que para nuestra legislación, en cuanto a la reclamación de derechos, únicamente existen tres clases de hijos; los legítimos, ilegítimos y naturales; en cuanto a los dos primeros no ofrecen problema, los primeros nacen de una relación protegida por la ley y los otros de un hecho de la naturaleza como es el parto que por ser conocido no ofrece ningún problema para la determinación de la filiación; en cuanto a los últimos o sea los naturales, a quienes por equipararse en derechos frente al padre, con el hijo legítimo, en virtud de su reconocimiento, se les ha rodeado de formalismos, tanto en lo procesal como en lo sustantivo para obtener esa calidad.

libertad de decisión que obligaría a su mandante, sino que su actuación se encaja a los términos precisos del mandante, ya sea aceptando la paternidad o rechazándola, importando en todo caso una manifestación personalísima, por medio de otro. Es fundamental esta cualidad, pues el hecho del parentesco, aunque así lo entienda la ley, no dá lugar únicamente a reclamaciones y relaciones pecuniaras sino también a estrechos lazos sentimentales que solamente pueden existir entre aquellas personas unidas por consanguinidad.

La cualidad de ser irrevocable, tiene además de la base inobjetable que es la ley en el Art. 284 inciso final que dice: "el reconocimiento, una vez aceptado, y la reudición efectuada en la forma legal, son irrevocables por parte del padre que reconoce o del hijo que reudia", el hecho de que establecido el reconocimiento dá lugar a un estado civil que habilita para contraer obligaciones o ejercer derechos que antes no se tenían, y en este sentido, tal declaración deja de pertenecer al derecho privado para convertirse en derecho público, el que no puede dejarse al arbitrio de las personas, sin que se produzca la inseguridad generadora del derrumbamiento jurídico de las instituciones.

El estado civil de hijo natural a que dá lugar el reconocimiento, para poderse hacer valer en la reclamación de derechos, necesita probarse y, de conformidad al Art. 322 C. inciso segundo, la comprobación debe hacerse de conformidad a las disposiciones del título "De los hijos naturales": de tal manera que el estado civil en estudio no se prueba con la respectiva partida de conformidad a las disposiciones generales, sino que, o con la sentencia del Juez en que se declara la calidad de hijo natural, o bien con el documento que contiene la declaración de reconocimiento voluntario, en uno de cuyos casos puede ser la partida de nacimiento.

La declaración del padre al asentarse en un documento que va a servir de prueba de una calidad, tiene que sujetarse entonces a formalidades que hagan que el documento dé fe por sí mismo, siendo por esta razón que la ley ha regulado el reconocimiento de tal manera, que únicamente pueda hacerse ante personas a quien la ley ha investido de fe pública, tales el caso de los Notarios, los Alcaldes Municipales o autoridades jurisdiccionales, quienes además de dar autenticidad al acto son una garantía para que la confesión del padre -

sea un acto libre y voluntario, exento de todo vicio o fraude.

La ley ha regulado las formas de verificarse el reconocimiento voluntario de hijo natural, siendo éstas:

FORMAS DE RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES.

VOLUNTARIO

- 1) Por instrumento público
- 2) Por acto testamentario
- 3) Por el acta del matrimonio en el caso del Art. 218 C.
- 4) Por escrito y otros actos judiciales
- 5) Por firmar el padre en concepto de tal, la respectiva partida de nacimiento, haciendo constar en ésta esa circunstancia y la de que el Alcalde conoce al padre firmante.
- 6) La que se verifica conforme los Artos. 60 y 61 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

FORZOSO

- 1) Por la posesión notoria del estado civil.
- 2) En el estupro, violación o rapto cuando la época en que estos hechos se consumaron coincide con la de la concepción, según el Art. 74 C.
- 3) Si ha habido seducción de una mujer de buena fama, llevada a cabo con maniobras dolosas, abuso de autoridad o promesa de matrimonio, en la época correspondiente a la concepción. Pero en este último caso es necesario que exista un principio de prueba por escrito.

(Pasa

- 4) En el caso de que existan cartas y documentos privados de otra naturaleza provenientes del supuesto padre en los que haya confesado de manera inequívoca la paternidad que se pretende establecer.
- 5) En el caso de que el pretendido padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante la época en que, según el Art. 74, pudo verificarse la concepción si la madre ha observado durante el tiempo del concubinato una conducta honesta.

II I X T A

En el caso que el supuesto padre sea citado ante el Juez a declarar sobre la paternidad.

1. Por Instrumento Público. Debido a la autenticidad de la declaración que la ley requiere y a la probanza plena del documento justificativo de la calidad de hijo natural que se alegare, el Art. 280 C. ha señalado como primera forma de reconocimiento el instrumento público, que es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.

La forma tradicional y sin discusión alguna de verificarse la confesión de paternidad ha sido asentando la declaración en el protocolo y expidiendo escritura pública o testimonio a los interesados en acreditar la calidad, cumpliéndose en esta forma lo ordenado por

la ley, ya que según el Art. 2 de la Ley de Notariado, tanto la escritura matriz como la escritura son instrumentos públicos; pero el mismo artículo expresa que también son instrumentos públicos las actas notariales o sea las que no se asientan en el Protocolo; en razón de lo anterior, podría verificarse el reconocimiento voluntario de hijo natural en una acta notarial?

No parece presentar ningún problema la anterior interrogante, por cuanto la Ley de Notariado, ley especial, ha definido como instrumento público el acta notarial, a la que rodea de las mismas solemnidades de aquél, esto es también de acuerdo con las definiciones que de tales documentos hace la ley sustantiva y la ley procesal, es decir, no ofrece ninguna duda que el acta notarial corresponde a la categoría de instrumento público en su forma extrínseca, en cuanto a sus formalidades; pero lo que es esencial, o sea en su contenido, será un instrumento público? Esto se caracteriza por la plena fé que hace en cuanto al hecho de haberse otorgado y de su fecha; lo mismo que de las obligaciones o descargos, lo que no sucede con las actas notariales, según se colige del inciso segundo del Art. 50 de la misma Ley de Notariado que dice: "Las actas notariales

se referirán exclusivamente a hechos, que por su índole, no puedan calificarse como contratos; no se asentarán en el protocolo y cuando se refirieren a actuaciones que la ley encomienda al Notario, tendrán el valor que las leyes determinen; de tal manera que en cuanto a su fondo, el acta notarial tiene el valor de instrumento público lo que no quiere decir que sean lo mismo y en los demás casos, siguiendo a la misma disposición, tendrán el valor que las leyes determinen, que puede no ser el de escritura pública, lo que viene a desvirtuar que el acta notarial sea un verdadero instrumento público.

Siguiendo el espíritu de la legislación, precisamente en cuanto a la declaración de paternidad, que requiere que conste en un documento al que no quepa duda de su veracidad y plena fé, no queda otra alternativa que la de concluir que el reconocimiento voluntario no se puede hacer en acta notarial, sino únicamente en la forma que se ha venido haciendo o sea en la escritura matriz que se asienta en el protocolo, expidiendo de la misma el respectivo testimonio o escritura pública, para justificar el estado civil.

Es también importante analizar si esta forma de reconocimiento requiere alguna capacidad o basta con el hecho de querer cumplir con el imperativo de conciencia de la responsabilidad paterna cuyas facultades la naturaleza las ha concedido a temprana edad, o en otras palabras, se requiere cierta edad para que sea válida la confesión de paternidad en instrumento público?, o puede un menor de edad comparecer ante un Notario a verificar un reconocimiento voluntario de hijo natural? La primera disposición pertinente sobre tal asunto es el Art. 37 de la Ley de Notariado que dice: "No podrá procederse a extender un instrumento cuando las partes no tengan capacidad legal para otorgarlo o si no estuvieren presentes dichas partes, sus mandatarios o representantes legales en su caso, todo bajo pena de nulidad", y en esta disposición habla de capacidad legal, por lo que es necesario determinar a qué capacidad se refiere.

El Art. 1316 C. exige la capacidad legal o sea la mayoría de edad, para que sea válida la declaración de voluntad en la que una persona se obliga a otra; o sea que se tenga el discernimiento suficiente para comprender las responsabilidades que está aceptando, por-

que tal declaración debe tener un objeto consistente -- en una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer.

En el reconocimiento del hijo natural, el padre no está obligado a dar, hacer o no hacer una o más cosas, lo que está haciendo es una simple confesión de -- un hecho cual es el de la paternidad; por consiguiente considero que para otorgar dicha declaración ante un -- Notario no es necesaria la capacidad legal a que se refiere el Art. 1316 C. y perfectamente un menor de edad puede otorgar el instrumento Público. Además, como he dejado dicho, el reconocimiento es un hecho personalísimo, el cual únicamente se puede delegar en un caso expresamente señalado por la ley, cuales el Art. 282 C. que lo regula de tal manera, que no hace desaparecer -- tal característica, sino confirmarla, de ahí que sólo -- el padre puede verificar la confesión.

Además sería ilógico que el mismo Art. 280 y el Art. 281 C. que permiten a una persona menor de edad -- reconocer al hijo, al asentar la partida de nacimiento o al ser citado ante los tribunales de justicia, no le permitiere el acto también libre y voluntario de verificar dicho reconocimiento en instrumento público. Abo

na también esta tésis, el reconocimiento por medio de testamento en el cual no fija tan siquiera la edad, si no que basta que un hombre haya cumplido catorce años para que pueda otorgar un testamento y en él reconocer a su hijo.

Es corolario de lo anterior, que la confesión de paternidad o reconocimiento voluntario de hijo natural no constituye una responsabilidad pecuniaria, una obligación para con otra persona, sino que no es más que el reconocimiento de un hecho que por constituir una confesión es personalísimo y aunque de este acto se pueden derivar obligaciones pecuniarias, éstas no constituyen su esencia, sino que son una consecuencia; y así como cualquier menor puede comparecer ante un Notario a rendir una declaración que no verse sobre cuestiones pecuniarias, sino sobre un hecho que le haya sucedido o haya presenciado, sí también puede un menor verificar la declaración de paternidad; certeza de esta afirmación la corrobora el legislador en las disposiciones testamentarias, en la que deja claro que todas aquellas disposiciones que se refieren a la transmisión de bienes puede revocarse, excepto en la que se declara el reconocimiento de un hijo, precisamente por

que esta declaración en nada se relaciona con los bienes y por otra parte, lo dicho por el padre, está sujeto a una aceptación o repudiación y únicamente cuando se produce la aceptación es que la declaración tiene trascendencia jurídica, y puede dar lugar, como se ha dicho, a que nazcan obligaciones.

Por el hecho de la aceptación para que se verifique el reconocimiento, se ha dicho que éste constituye un acuerdo de voluntades y que se equipara a un contrato, lo que considero completamente desacertado, porque las consecuencias de dicho convenio son distintas en su fondo de las nacidas de un convenio contractual. Aquél dá nacimiento a una calidad que deja de pertenecer al derecho privado, como es el estado civil y por consiguiente, no está dentro del arbitrio de las personas que le dieron nacimiento, el deshacerlo, tal como ocurre en los contratos, cuya característica es la de dar nacimiento a obligaciones lo que es completamente distinto del reconocimiento.

No está demás dejar claro que el reconocimiento en la forma que se analiza, debe constar en términos precisos, el Notario debe dejar claro en el instrumento que el motivo de la comparecencia es la de confesar

una paternidad, de ahí que en un instrumento en que se otorgue cualquier compromiso y que en él se haga alusión a una paternidad, aunque en el mismo sea aceptada por la otra persona, no puede decirse que se haya verificado un reconocimiento; aceptando por supuesto que en un instrumento pueden hacerse una o más declaraciones, porque en ellas cada una es superada y se refiere al negocio o declaración específica, y es en ese sentido como lo ha interpretado la jurisprudencia, en una de cuyas sentencias, precisamente la pronunciada el quince de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, en su parte esencial dice: "es evidente que el vendedor señor Alvarenga, al decir en el documento público otorgado ante el Notario Antonio Martínez Quezada, que vendía a "su hijo" el predio relacionado, y posteriormente ante la Dirección General de Contribuciones Directas, al referirse al adquirente, lo hizo llamándole su hijo" estaba reclarando la paternidad; y por su parte el comprador Santos Alvarenga, ante el mismo Tribunal demandado, cuando se refería al vendedor Alvarenga, le decía "mi padre", estaba indicando una tácita aceptación al reconocimiento, hechos estos significativos de que posiblemente existe entre los contratantes el -

parentesco discutido. Ahora bien, en cuanto a que está legalmente probada esa declaración de consanguinidad, - este tribunal juzga atendibles las razones que aduce - el doctor Hernández, en orden a que no existe esa prueba, por cuanto la declaración constante en el documento público de referencia que hizo el vendedor Alvarenga, no constituye plena prueba de que el comprador Montes Alvarenga sea hijo natural de Macario Alvarenga ya que su contenido es meramente enunciativo, sin relación directa con lo dispositivo del contrato; es a lo sumo un principio de prueba, por el cual el interesado en su caso puede establecer, con arreglo a lo dispuesto en los Arts. 279 y 283 C. ese parentesco. Vale decir que en el caso sub-judicé operaría como prueba pertinente la sentencia que contuviera la declaratoria de ser hijo natural el comprador Montes Alvarenga del vendedor Alvarenga, y estimar, como lo estima el Tribunal demandado, que el documento dicho constituye esa prueba, es declarar el reconocimiento de oficio en contravención a lo previsto en el inciso último del Art. 283 citado que dispone que la acción para el reconocimiento forzoso corresponde sólo al hijo por sí, o por medio de su representante legal. Pero aún dándole a dicha declara-

ción valor de prueba de reconocimiento de hijo natural, como esa calidad no ha sido solicitada por el mencionado Montes Alvarenga, debió habérsele notificado para los fines consiguientes, para que surtiera efectos legales; y no puede aseverarse que ha habido aceptación por la circunstancia de haber llamado en las diligencias respectivas al señor Alvarenga "su padre" porque la misma disposición citada reza que en caso tal, el reconocimiento debe serle notificado al hijo natural para que exprese si acepta o repudia, lo que aleja la idea de que pueda aceptarse o repudiarse tácitamente. Si, pues, no hay prueba de parentesco entre los contratantes". 1/

2. Por Acto Testamentario. Según la definición legal, el testamento es la declaración que, con las formalidades que la ley establece, hace una persona de su última voluntad, especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días; las formalidades a que se refiere son aquellas solemnidades que deben revestir a la declaración para que ésta se tenga como verdadera y constituya en sí un documento auténtico.

El testamento, no obstante que como su misma de

1/ Revista Judicial de 1959, Pag. 288.

finición lo indica, se refiere especialmente en lo que toca a la transmisión de los bienes, puede contener - también otra clase de declaraciones con trascendencia jurídica, una de ellas, el reconocimiento de un hijo.- Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, pero la que se refiere a la declaración de reconocimiento, tiene la característica de la irrevocabilidad, por disposición expresa, en el inciso final del Art. 998 C. que dice: "El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo".

El reconocimiento voluntario de un hijo, como he dejado anotado, implica la aceptación de las obligaciones que emanen de la paternidad: es cierto que son ante todo de índole moral, pero también acarrearán responsabilidades pecuniarias; ante tal situación cabe preguntarse: Es necesaria la capacidad de obligarse -- del presunto padre, para que la disposición testamentaria tenga efecto? Entiendo que no, y son abundantes - las razones que justifican esta respuesta.

Siendo característica esencial del testamento - el ser una declaración de última voluntad y constituyendo el reconocimiento de la paternidad un hecho de -

conciencia, es lógico que habiendo tenido el discernimiento para engendrar un ser, tenga también la responsabilidad de aceptarlo para establecer la relación de parentesco que es primordial en la institución familiar, siendo secundario todo aquello que se refiere a lo meramente pecuniario; y si es movido por aquel propósito que verifica la declaración, no hay razón ninguna para decir que dicha disposición no es válida.

Aparte de lo anterior, ya la misma ley ha reconocido que el varón, al cumplir los catorce años, está en capacidad de engendrar y por tal motivo lo autoriza para que pudiendo testar, pueda verificar la declaración de paternidad, porque no puede ser otra la interpretación si se relacionan las disposiciones de los Arts. 998 y 1002 C.

El testamento como declaración de voluntad, puede ser causado por error, fuerza o dolo, no sólo en una de sus disposiciones, sino en todas sus partes, de tal manera que afecta la celebración del acto y entonces, según el Art. 105 C. será nulo el testamento; esta nulidad de todo el acto dejará sin ningún efecto la disposición en que se reconozca a un hijo natural? La respuesta no puede ser más que afirmativa, porque aún

esta declaración esté viciada y el reconocimiento se caracteriza por un acto voluntario y libre, y por otra parte, la disposición sobre declaración de paternidad únicamente queda vigente cuando se revoca el testamento, pero aquí se trata de nulidad.

En el testamento cerrado, no obstante ser una declaración privada, se puede reconocer a un hijo, en primer lugar porque la ley no distingue y lo que es más importante, porque el testamento cerrado adquiere autenticidad al momento de su apertura, de manera que se llena la formalidad exigida por la ley.

3. Por el Acta del matrimonio en el Caso del Art. 218 C.

El artículo 218 C. se refiere a la legitimación de los hijos nacidos antes del matrimonio, siendo la disposición más importante para nuestro estudio, la contenida en su inciso primero que dice: "El matrimonio de los padres legitima también ipso-jure a los que uno y otro hayan reconocido como hijos de ambos por instrumento público, o en el acta de matrimonio, que estén vivos o muertos", por cuanto en los otros incisos de dicho artículo ya hay reconocimiento de hijos naturales o está planteado en juicio de reconocimiento forzoso de hijo natural.

Si la forma de otorgar la calidad de hijo natural, nace del hecho del reconocimiento en el acto del matrimonio, qué importancia tiene ese reconocimiento, si en ese momento y por el sólo ministerio de ley se produce la legitimación, la que otorga plenitud de derechos? No tiene otras que la de verificarse el reconocimiento de hijo natural en caso de que el matrimonio no llegare a producir efectos civiles y la de reconocer a un hijo adulterino, pues aunque éste se mencione en el acta de matrimonio, no tiene efecto la legitimación por prohibición expresa de la ley, pero si no puede negársele la calidad de hijo natural por el hecho del reconocimiento.

4. Por Escritos y Otros Actos Judiciales. Ha quedado constancia que el legislador ha querido que la confesión de paternidad o reconocimiento voluntario, para que tenga pleno efecto, debe de constar en un instrumento de plena fé, por lo que se le exigen formalidades; en tal virtud, no es ilógico preguntarse, es este modo de reconocimiento una excepción a dichos principios?. Entiendo que no, que no se aparta de los mismos. Los actos judiciales son aquéllos que se verifican ante funcionarios con jurisdicción que tienen poder de admi

nistrar justicia y por consiguiente todo documento emanado de ellos goza de fé pública, por ser un instrumento auténtico.

Los escritos son aquellas solicitudes que hacen las partes que reclaman un derecho o que piden la intervención de los funcionarios jurisdiccionales para darle mayor autenticidad a las actuaciones o para que se resuelva la mera interpretación de las cláusulas de una convención o la aplicación de una disposición legal, y los actos judiciales son las actuaciones propias del Tribunal, tales como los actos.

Si en una de dichas peticiones, una de las partes hace una manifestación clara, precisa, de un parentesco, de que es padre de una determinada persona, el escrito al ser presentado al Tribunal y agregado al expediente respectivo deja de ser un documento meramente privado de la parte y que lo puede destruir a su arbitrio, para convertirse en parte de un juicio que es público, el cual ya no pertenece al derecho sustantivo, sino al derecho procesal. No es este escrito, en que consta la declaración, el documento que va acreditar la calidad de hijo natural, sino precisamente la certificación que del mismo expediere el funcionario, porque éste ya es un instrumento público, tal como requiere -

la ley y la base de esta certificación se puede constatar en cualquier momento.

Déjase claro que es requisito indispensable para que opere esta forma de reconocimiento, el padre debe otorgar la declaración con pleno conocimiento que está confesando una paternidad, no teniendo lugar en aquellos casos en que sólo se refiere a simples alusiones.

5. Por firmar el padre en concepto de tal, la respectiva partida de nacimiento, haciéndose constar en ésta esa circunstancia, y la de que el Alcalde conoce al padre firmante. En caso de no conocerlo, se informará de su identidad personal, por medio de dos personas de su confianza, quienes también firmarán la partida si supieren.

La forma de verificarse el reconocimiento de hijo natural con el sólo hecho de firmar el padre en concepto de tal la respectiva partida de nacimiento, aparece por primera vez en la edición del Código Civil del año de mil novecientos cuatro y desde esa fecha se mantuvo con esa redacción, hasta el año de mil novecientos veintiocho en que por reformas, se dejó con el texto que actualmente aparece, siendo la razón de tal reforma, según informe de la Corte Suprema de Justicia del

veinticinco de junio de mil novecientos veintiocho, la siguiente: "Opina este Tribunal que el reconocimiento que hace el padre del hijo, firmando en concepto de tal respectiva partida de nacimiento, debe rodearse de mayor garantía, estableciendo el Alcalde respectivo la identidad del padre que reconoce y consignando esta circunstancia en la misma partida, todo para evitar fraudes y falsedades muy posibles en perjuicio del verdadero estado civil de las personas. Debe, por consiguiente, redactarse la parte final del Art. 280 C. que trae el proyecto, así: "y firma el padre en concepto de tal la respectiva partida de nacimiento, haciéndose constar en ésta esa circunstancia y la de que el Alcalde conoce al padre firmante. En caso de no conocerlo se informará de su identidad personal por medio de dos personas de su confianza, quienes también firmarán la partida si supieren". 2/

El Art. 311 C. impone la obligación al padre legítimo de comparecer ante el Alcalde Municipal del lugar donde nació el hijo a asentar la respectiva partida de nacimiento y, subsidiariamente, impone la misma obligación a la madre o los parientes del recién nacido

2/ Revista Judicial de 1928, Pag. 155.

que vivan en la misma casa; el Art. 312 C., cuando el hijo fuere ilegítimo impone la obligación únicamente a la madre o a los parientes que viven en la misma casa, pudiéndose omitir en este caso el nombre del padre, en la partida de nacimiento, de manera que el padre, cuando se trate de un hijo nacido de una relación extramatrimonial, en ningún caso está obligado a comparecer a dar los datos para que se asiente la partida de nacimiento y cuando lo hace, no está ejecutando más que un acto completamente libre y voluntario.

En las distintas disposiciones legales el legislador ha reconocido que el varón desde la pubertad y en ocasiones antes de esa edad, puede engendrar, y en tal virtud, como padre, podría confesar la paternidad ante el Alcalde Municipal, proporcionando los datos necesarios de la partida de nacimiento y firmando la misma como padre?; o será necesaria alguna capacidad para verificar el reconocimiento en esta forma? Ni en el Código Civil ni en la Ley del Ayuntamiento hay disposiciones que fije la edad para que una persona pueda presentarse para dar los datos para el asentamiento de las partidas; pero si se encuentra en la Ley de Cédula de Identidad Personal, la que fija como edad mínima -

dieciocho años, porque ésto es lo que se deduce de sus artículos: 1.- "Todo salvadoreño mayor de dieciocho años residente en la República, debe estar provisto de su Cédula de Identidad Personal" y art. 7.- "La Cédula de Identidad Personal es el documento necesario y suficiente para establecer la identidad de la persona, en todos los actos públicos y privados en que la presente. Es obligatoria la presentación de la Cédula en los siguientes: 1) Para contraer matrimonio civil y para la inscripción de nacimientos y defunciones en el Registro Civil...". Por ello, según la ley, quien no tenga su Cédula de Identidad Personal no puede recurrir a asentar una partida de nacimiento ni mucho menos a reconocer a un hijo.

Con la Ley de Cédula de Identidad Personal se ha tratado de proporcionar a los residentes de El Salvador, un documento que haga fé de su identificación, sin necesidad de ningún otro y ha fijado como edad mínima la de dieciocho años, pues es desde esta edad que comienza a desenvolverse por sí misma una persona, siendo titular de derechos políticos y de restringidos derechos civiles; pero el espíritu de esta ley está completamente alejado de la forma de reconocimiento en es

tudio, precisamente porque el legislador, sin haber tenido intención de ello ni haber provisto esta consecuencia, ha negado una de las formas más fáciles y por ello más útiles de reconocimiento.

He dicho que el espíritu de la Ley de Cédula de Identidad Personal no tiene ninguna armonía con el Art. 280 C. y, al contrario le obstaculiza porque en esta última disposición no es necesaria la presentación de la Cédula de Identidad Personal, por cuanto ya se establece un procedimiento especial de identificación. En primer lugar, y ósto nace de la situación histórica en la que fue dada esta forma de reconocimiento, las ciudades no habían alcanzado el crecimiento que ahora tienen, y el Alcalde conocía a casi todos los vecinos del Municipio y por ese le impone la obligación que dé fé de dicho conocimiento, pero si no conociere, se informará de su identidad por medio de dos personas de la confianza del Alcalde, que firmarán también la partida; la situación dicha, con excepción de pocas ciudades, no ha cambiado en mayor grado, de manera que no sería necesario el documento de identificación y por tal caso, opino que al decretarse la referida Ley de Identidad Personal, el legislador no previó esta circunstancia,

de manera que no habiendo ninguna razón para mantener vigente el Art. 7 de la expresada ley, especialmente cuando se trata de reconocer a un hijo natural, debe entenderse en el sentido que cuando sea un menor de dieciocho años de edad el que comparezca a asentar una partida de nacimiento, y en ella quiera reconocer un hijo natural, no sea necesaria la presentación de la Cédula de Identidad Personal, pues en tal caso la identificación debe verificarse conforme lo prescribe el Art. 280 C.

Si la ley sustantiva no señala una edad mínima de reconocimiento, la intención del legislador en el caso del Art. 280 C. es que podrán verificar la declaración menores de dieciocho años, pues en caso contrario hubiera determinado la capacidad como en el Art. 281 C. y además ya había reconocido que basta que un hombre pueda engendrar, para que sea capaz de confesar la paternidad, tal como se desprende de la misma ley que autoriza al reconocimiento por testamento o por instrumento público, no haciendo limitación alguna en cuanto a la edad.

Es importante observar, aunque justificativo al ser influenciado por países más avanzados, que nuestra

legislación en todas estas formas de reconocimiento, - precisamente por las solemnidades que exige, en todo momento se refiere a personas que saben leer y escribir, sin tomar en cuenta la situación real del país, en que la mayoría está constituida por analfabetas; si es a esta gran mayoría a la que no importa el matrimonio y en la que se produce el abandono de la descendencia - por no haber forma de comprobar un parentesco y a la que falta también medios económicos para poder otorgar un instrumento; por qué se les niega esta forma fácil de reconocimiento, la que no implica ningún desembolso? Digo que se les niega, porque por no saber firmar no pueden verificar el reconocimiento y darle al hijo la calidad de natural. Es necesario también en este caso, reformar dicho precepto con el fin de que tenga más aplicación, otorgando al analfabeta una manera de confesar la paternidad, lo cual por sus convicciones morales nunca niega.

6. Otra de las formas de reconocimiento voluntario de hijo natural es la que se verifica en el Ministerio Público, la cual por estar especialmente regulada y por mandato mismo de la ley, debe considerarse que tiene -

plenos efectos jurídicos y digo lo anterior, por cuanto se ha sostenido que este procedimiento no podría servir sino como un principio de prueba; pero éste ha sido desvirtuado por la jurisprudencia que ha dicho: - "Los Arts. 60 y 61 de la Ley Orgánica del Ministerio Público conceden determinadas facultades al Departamento de Relaciones Familiares y al Procurador General de Pobres que no concretan una actividad de tipo jurisdiccional, por lo que tales disposiciones no son ciclotorias del Art. 31 C.P. El reconocimiento de hijo natural hecho de conformidad a lo dispuesto por los Arts. 60 y 61 de la Ley Orgánica del Ministerio Público tiene plena validez, y si el tribunal inferior no considera como prueba la certificación extendida por el Procurador General de Pobres, en la que consta el reconocimiento, viola el Art. 61 de la ley citada y comete error de derecho en la apreciación de las pruebas, por lo que procede casar la sentencia. El padre no puede eximirse del pago de cuotas alimenticias ofreciendo recibir a su hija natural en su casa, pues legalmente el cuidado personal de ésta corresponde a la madre". 3/

3/ Revista Judicial de 1958. Pág. 557.

Es una forma voluntaria porque no obstante que el presunto padre no concurre voluntariamente sino que es citado y si a las dos citaciones no comparece, se le hace asistir coactivamente, al momento de rendir su declaración sobre la paternidad que se le imputa, es completamente libre de confesar la paternidad o negarla. Si sucede lo último no puede hacerse otra cosa que el juicio de reconocimiento forzoso de hijo natural, pero si aceptare la paternidad, como ya se dijo, es suficiente para obtener la calidad de hijo natural.

Es clara la referida ley al señalar como edad mínima para que se verifique el reconocimiento la edad de dieciocho años.

7. Intencionalmente he dejado por último la forma de reconocimiento a que se refieren los Arts. 281 y 282 C., el primero de los cuales dice: "Por parte del hijo ilegítimo, habrá derecho a que el supuesto padre, si éste fuere mayor de dieciocho años, sea citado ante el Juez a declarar si cree serlo. La citación debe ser personal, y si el demandado se hallare ausente de su domicilio, aunque haya constituido apoderado, se le emplazará en la forma de ley" y el Art. 282 C. "Si el demanda

do no compareciere por sí o por apoderado especial a prestar la declaración, se le citará por segunda vez de la manera establecida en el artículo anterior, y si aún entonces no compareciere, se mirará como reconocida la paternidad. Entre una y otra citación deben transcurrir cuatro días por lo menos, más el término de la distancia, por la razón de constituir una manera especialísima de reconocimiento.

Es la única forma dentro de la ley sustantiva en que se ha señalado una edad mínima para poder otorgar el reconocimiento voluntario y en la que se autoriza al presunto padre, para que, si no quiere o no puede, no comparezca personalmente sino que lo haga por medio de apoderado especialmente autorizado.

Considero que la razón del legislador para establecer en esta forma de reconocimiento una capacidad, no es otra desde esa edad el hombre ya se considere con mayor discernimiento y que pueda cumplir a cabalidad las responsabilidades que acarrea la paternidad, pues de serlo así cabría la misma razón en las otras formas que contempla el Art. 260 C. y sin embargo no lo dijo; el legislador al fijar una edad mínima, fue como base para la sanción que acarrea la no comparecencia.

Es el mismo motivo expuesto el que justifica que la ley haya permitido al presunto padre natural a comparecer por medio de apoderado especial a declarar sobre la paternidad, circunstancia que no modifica en nada la cualidad de ser el reconocimiento voluntario eminentemente personalísimo; pues el apoderado no es sino un mero conducto de la voluntad del mandante, a quien pertenece de manera exclusiva la decisión de la aceptación o negación.

Si el citado, mayor de dieciocho años, pero aún menor de edad carece de representante legal no puede comparecer personalmente, podría concurrir ante un Notario a otorgar el poder especial que requiere el Art. 282 C.? No obstante que la anterior interrogante más parece pertenecer al campo del notariado que a nuestro estudio, está estrechamente vinculada; y entiendo que las mismas razones expuestas anteriormente que justificaban la comparecencia del menor de edad a otorgar el instrumento público de reconocimiento voluntario, son valederas en este caso, y por ello perfectamente puede otorgar el menor de edad el poder especial.

Es importante determinar también los efectos de la no comparecencia y así: si por una causa ajena a la

voluntad del citado presunto padre, no compareciere a las dos citas, tendría aplicación el principio contenido en el Art. 229 Pr. que al impedido con justa causa no le corre término?; o, no obstante la justificación - se tendría por reconocida la paternidad. Los criterios difieren en la solución de esta cuestión, partiendo de que no existe en el capítulo de los hijos naturales - ninguna disposición al respecto y que éste se caracteriza, precisamente por eso, por la minuciosa regulación a fin de evitar en lo posible el abuso del procedimiento. No obstante tener bastante de verdad el anterior - argumento, la aplicación práctica del mismo traería injusticias lo que es contrario a los principios generales de la legislación. La máxima "el impedido con justa causa no le corre término" es uno de los principios generales del derecho y por consiguiente, aún cuando - no se tome en cuenta en la regulación de una institución, esté inválida de tal manera que no podría negarse su aplicación. De manera que si el presunto padre, no puede comparecer a las dos citas justificadamente, - tiene derecho a que éstas se verifiquen nuevamente.

En todas las formas de reconocimiento voluntario estudiadas, éste no se perfecciona con el simple hecho

de la confesión de la paternidad, sino que es necesaria la aceptación por el hijo, por su representante legal o por un curador especial, según lo establece el Art. - 284 C. cuando dice: "El reconocimiento del hijo natural que no haya sido solicitado por él, debe serle notificado a su representante legal, o en su defecto, a un curador especial, quienes no podrán aceptar ni repudiar el reconocimiento sin previo decreto judicial, con conocimiento de causa. La madre, con todo podrá aceptarlo o repudiarlo sin dicha autorización judicial".

Como acto previo es preciso determinar la forma en que el hijo o su representante legal va a tener conocimiento que una persona ha declarado la paternidad.

Si el legislador ha rodeado de formalidades la declaración del padre para que ésta se verifique en la forma que haga plena prueba, es lógico que la notificación para la aceptación o repudiación debe hacerse también con estos requisitos, para que la misma conste fehacientemente; y como es ante funcionarios públicos que se otorgó la confesión de paternidad, debe ser por ellos mismos que se haga la notificación y así perfectamente éste se puede hacer por el Notario, por las autoridades jurisdiccionales y por los Alcaldes Municipales.

Ahora bien, si es preciso la notificación del reconocimiento voluntario, es necesario que la aceptación o repudiación, sea expresa o pueda verificarse tácitamente? Del contexto del Art. 284 C. pareciera que la aceptación o repudiación debe ser expresa, pero el mismo legislador le quita esta característica, cuando manifiesta que al reconocimiento de hijo natural se aplican los Arts. 223 y 224 C., que se refieren a la legitimación, porque allí si se acepta el reconocimiento tácito. En efecto, dice el Art. 223 C. "La persona que acepta o repudia, podrá hacerlo en el mismo instrumento en que se le reconozca, y si no lo hiciera, o no fuera esto posible, deberá declararlo por otro instrumento público dentro de los noventa días siguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entenderá que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil."

El silencio, según la disposición transcrita, tiene el efecto de la aceptación en todos los casos de reconocimiento voluntario que contempla el Art. 280 C. aún cuando el legislador únicamente se haya referido al caso del reconocimiento por instrumento público, cuando dice que la aceptación o repudiación puede ha--

cerse en el mismo o en otro por separado. Pero de la observancia que ha tenido este precepto se puede colegir, que la aceptación tácita no nace precisamente del silencio, porque es raro, casi por completo que el Juez o Alcalde Municipal haga la notificación, sino que nace la aceptación precisamente por el hecho de hacer uso el hijo o su representante legal de la calidad de hijo natural que le ha dado el padre, más que todo en el caso de firmar el padre en concepto de tal la respectiva partida de nacimiento.

La repudiación, si tiene que ser expresa y ésta se verifica en instrumento público, ya sea en el que se hace el reconocimiento o en otro por separado, cualquiera que sea la forma en que el padre haya verificado el reconocimiento.

La necesaria aceptación expresa o tácita, para que dé lugar al nacimiento del estado civil de hijo natural, implica un acuerdo de voluntades, lo que ha hecho pensar que en tal caso existe un verdadero contrato. Esta tesis como ya lo he manifestado anteriormente, no puede ser aceptada por cuanto el contrato pertenece al derecho privado en donde priva en todo caso la voluntad de las partes, con poder para disolverlo, modi-

ficarlo, introducir cláusulas y sujetarlo a modos y condiciones lo que no puede ocurrir en el reconocimiento de hijo natural, porque éste una vez verificado queda fuera del ámbito personal o privado e ingresa en el derecho público, sin otra alternativa que aceptar las consecuencias del acto verificado. Es ilustrativo el comentario de don Luis Claro Solar sobre tal punto: "Del reconocimiento aceptado por el hijo nace, es cierto, derechos y obligaciones; pero no es el reconocimiento el que crea las relaciones de paternidad o maternidad y de la filiación naturales; la filiación existe independientemente de todo reconocimiento que el padre o madre quiera hacer y el hijo aceptar. El reconocimiento es para el padre o la madre la confesión de un hecho, el hijo puede aceptar o no sus consecuencias." ^{4/}

A simple vista parece un contrasentido que para el reconocimiento voluntario no haya necesidad de representante legal y sí para la aceptación o repudiación; resultado de ello porque se ha entendido que aquél que acepta una paternidad en el fondo no está sino aceptando las obligaciones que da lugar dicho parentesco, pero esto jurídicamente no es así. Tal como lo ha di--

^{4/} Explicaciones de Derecho Civil =Chileno y Comparado por Luis Claro Solar. Tomo III De las Personas. Pag. 41.

cho don Luis Claro Solar en la cita anterior, la filiación existe independientemente de todo reconocimiento y el padre lo único que hace es aceptar este hecho, porque ello pertenece no a la exterioridad que regula las normas jurídicas, sino a la conciencia, a la responsabilidad moral; de ahí que sólo únicamente lo pueda declarar el padre, cualquiera que sea la edad que tenga. Pero es al hijo a quien toca aceptar las consecuencias de este hecho, y éste si no tiene el discernimiento completo no podría prever los resultados o motivos que rodearon al padre para hacer la declaración de paternidad.

Es a la madre, si el hijo es menor, a quien toca aceptar o no la paternidad sin ninguna autorización judicial, precisamente porque ella conoce las relaciones de consanguinidad que la ley únicamente puede presumir; pero es distinto cuando se trata de un tutor o curador, es preciso que el Juez califique las ventajas que aquel parentesco acarrearían al menor, no sólo pecuniariamente, sino que también en la vida privada y esto es precisamente, lo que se trata de evitar, no dejando la decisión en manos de personas extrañas.

2. FORZOSO. El reconocimiento forzoso de hijo natural, declaratoria judicial de hijo natural, investigación o indagación de paternidad o con cualquier otro nombre - que se le llamo, se verifica cuando el presunto padre niega el parentesco que se le atribuye.

Con la intención de ser claro, recito que nuestra ley no acepta la libre investigación, sino que la reduce a cinco casos taxativos, fuera de los cuales no puede presumirse la paternidad. Expresadas ya las razones de tener tal posición ecléctica entre los países - que aceptan la libre indagación y los que la niegan, - cabe entrar al estudio de dichas causales, las que se encuentran en el Art. 283 C. y son:

1o.- Cuando el hijo se halla en posesión notoria de su estado civil como tal, debiendo probarse los hechos siguientes: que el padre lo ha tratado como hijo suyo, - proveyendo a su crianza, educación y establecimiento; - que lo ha presentado con ese carácter a sus herederos - presuntos, a sus deudos y amigos; y que éstos, y el vecindario de su domicilio han reconocido dicho estado. La posesión notoria deberá haber durado diez años continuos por lo menos, salvo que el padre hubiese fallecido antes de vencerse dicho término.

La redacción de este numeral fue introducido por reforma en el año de mil novecientos veintiocho y contiene la unión de causales que en la edición de 1926 son separadas y distintas, así: 1a. Criando y educando al padre a sus expensas al hijo en concepto de tal; y 2o. Dando el padre a conocer al hijo como suyo a sus herederos, declarándolo éstos judicialmente; siendo las razones de dicha reforma, según el informe de la Corte Suprema de Justicia, las siguientes: "Los autores del Proyecto en el número 2o. del Art. 283 establecen como medio de reconocimiento de hijo natural, que el supuesto padre haya dado a conocer al hijo como suyo a sus herederos y suprime la condición final del No. 6 del Art. 280 C. que dice: "declarándolo éstos judicialmente". Esta supresión obedece, con razón, a que tal como está la ley se deja el buen éxito de la acción que se intente, a la voluntad exclusiva de los herederos, que nulificarán casi siempre con su negativa, la prueba del actor por más robusta que fuera, y por eso sin duda en la historia de la jurisprudencia no se registra ningún juicio fundado en este medio legal establecido. Sin embargo, considera este Tribunal que el simple hecho aislado de que el padre dé a conocer al

hijo como suyo o sus herederos presuntos, no es base suficiente para hacer una declaratoria de reconocimiento de hijo natural, el cual por su gran trascendencia requiere la prueba de un conjunto de hechos notorios que alejen toda duda acerca del estado civil de que se trata, debiendo considerarse aquél hecho aislado como un elemento de la posesión notoria de dicho estado. También el hecho consignado en el No. 10 del Art. 283 del Proyecto, no ha de ser por sí sólo fundamentalmente legal suficiente para declarar el reconocimiento de hijo natural. Ese hecho de contribuir el padre a la crianza y educación del hijo, en concepto de tal, está indicando que este concepto se haya vinculado a otros hechos que han de poner en evidencia, de una manera ostensible, que el padre dá a conocer el carácter de tal a sus deudores y amigos y a la sociedad en general, en cuyo seno vive y recibe los elementos necesarios para la crianza, educación y establecimiento de su hijo; y de aquí se llega a la conclusión de que el conjunto de todos esos hechos son precisamente los que constituyen la posesión notoria del estado civil de hijo natural. Por eso estima la Corte conveniente, para mayor garantía de dicho estado, siguiendo en ésto el Código Civil

de Guatemala, apoyar la declaratoria del reconocimiento en la posesión notoria y fusionar los números 1o. y 2o. del artículo mencionado, en uno sólo, como queda redactado. Ha considerado también necesario, que esa posesión notoria dure por lo menos diez años continuos, a semejanza de la del hijo legítimo, según el Art. 329 C. para precisar mejor la voluntad serena y firme del padre en el reconocimiento del hijo, de manera que no sea el impulso fugaz y dirigido por una influencia extraña de cualquier naturaleza que sea; habiendo previsto además el caso de que el padre fallezca antes de vencerse ese término de diez años, pues entonces no se exige el término completo, en pro de los intereses del hijo, que ninguna culpa tiene del acaecimiento imprevisto de la muerte de su padre". 5/

Según el anterior informe, el legislador requiere para este causal la voluntad firme y serena del padre en el reconocimiento del hijo y la misma no se puede verificar sino por el trato constante, la aceptación tácita del estado civil en el transcurso del tiempo y el cumplimiento de las obligaciones de tal calidad en una forma voluntaria.

Doctrinariamente se ha reconocido a la posesión notoria, cuatro elementos; el nombre, consistente en -
5. Rev. Jud. de 1928 Pág. 156

usar el apellido del padre o de la familia con enuencía de éstos; el trato, proveniente del presunto padre y de la familia de éste, de haberlo considerado como a un verdadero hijo, prodigándole los cuidados y atenciones de tal; la fama, que proviene no del padre, sino del círculo social en que éste se desenvuelve, sus amigos, parientes, vecindario y es necesario que éstos hayan reconocido en el menor como un verdadero hijo de aquél a quien se atribuye la paternidad; y por último, el tiempo, que es el que configura la firmeza de la voluntad a que alude el informe del proyecto de ley; y son precisamente estos elementos, con excepción del primero, o sea el nombre, los que han plasmado en nuestra ley al exigirlos para presumir la paternidad.

No obstante que doctrinalmente el numeral 1o. del Art. 283 C. encierra lo que es posesión notoria y que por consiguiente nada podría objetársele, la prueba de todos los elementos que la configuran en el desarrollo de un juicio de investigación de paternidad, es bastante difícil por lo demasiado compleja y a esto se debe que el juicio de reconocimiento forzoso que se entabla con base a dicha causal en su mayoría no termina con la declaratoria de hijo natural, sino con una absolución del padre.

La prueba testimonial que es la preponderante para tratar de establecer esta causal, es excepcional que abarque todos los casos que constituyen la posesión notoria, pues un testigo necesita tener una convivencia muy estrecha con el presunto padre para que pueda dar fé de todos los hechos que ahí se requieren, porque el testigo es parte de lo que constituye la fama pública y como tal puede dar fé de hechos evidentes, tales como el tratamiento, la educación, el establecimiento y el tiempo en que se han verificado.

La jurisprudencia siguiendo el texto legal, es uniforme en exigir que estén comprobados todos los hechos enumerados en la causal en estudio para poder hacer la declaratoria, siendo ejemplo de esta doctrina, la siguiente sentencia: "Nuestro Código Civil, al reglamentar la posesión notoria, exige, en forma imperativa, la justificación plena de dicha posesión, por el concurso suficiente de hechos que la demuestren por medio de la relación de filiación y parentesco entre un individuo y la familia a que pretende pertenecer. Lo principal de tales hechos son el tratamiento que el padre ha hecho del hijo como suyo proveyendo a su crianza, educación y establecimiento; la presentación del mismo

a las personas que la disposición indica, el reconocimiento de estos últimos y del vecindario del domicilio del padre de dicho estado y la duración de la posesión notoria. Prueba de estos hechos constitutivos de la posesión notoria "son un reconocimiento continuo de muchos y variados actos públicos y privados, el cual tiene por testigos a la familia y a toda la sociedad",-- siendo ésta la razón por la cual, la ley exige que la posesión notoria se pruebe por un conjunto de testimonios fidedignos que lo establezcan de un modo irrefragable, siendo por consiguiente, necesario el probar plenamente todos los hechos enumerados en la disposición comentada." 6

2o.- En el de estupro, violación o rapto cuando la época en que estos hechos se consumaron coincide con la de la concepción, según el Art. 74 C. Esta es una de las primeras causas que aceptaron las legislaciones para el juicio de investigación de la paternidad; pero siempre en el recelo de lo escandaloso de los juicios, lo permitieron después de una investigación criminal - que llevara a la condena del reo; de ahí que una sentencia absolutoria vedó la investigación de la paternidad dentro del campo civil.

Las continuas reformas en el transcurso del -- tiempo han hecho que ambos campos se separen, el civil y el penal. Este último tiene como objeto la investigación del delito, la reparación del daño y el castigo - del delincuente y por ello forma parte del derecho público, en cambio el derecho privado atañe más a los derechos personales, tiene un fin institucional, el de - dar a la persona un estado civil y como consecuencia de ello, habilitarlo para el ejercicio de determinados de - rechos y el cumplimiento de las señaladas obligaciones.

La investigación de la paternidad que tiene como causa un delito, ya no exige que primero se condene al delincuente, sino que perfectamente puede hacerse - por separado y así, en nuestra legislación no es necesario la sentencia penal condenatoria, para tener por probado el hecho y por consiguiente declarar el estado civil que se impetra.

Si llama la atención que la Cruzal dice que en el caso de "estupro, violación o raptó" o sea que se - refiere a determinado tipo de delitos, los cuales se encuentran perfectamente tipificados en el Código Penal; de tal manera que para poder declarar el estado civil, cuando ha habido uno de estos delitos, será ne -

... ..

es necesario que los mismos estén probados en el proceso civil?. Es necesario antes de toda respuesta considerar que el orden jurídico, aún cuando sean materias distintas, se basa en la armonía que debe existir en todas las disposiciones coercitivas vigentes, un mismo concepto no puede ser objeto de diversas interpretaciones, aún cuando los fines sean distintos, en tal virtud, lo que se debe probar es que han existido los delitos en referencia, con todos los elementos que requiere el derecho penal, porque el Código Civil no contempla este tipo de delitos y al referirse a los mismos, necesariamente tiene que ser como los tipificados en la legislación penal.

Si para poder resolver en el derecho privado, es necesario la plena prueba del hecho que se discute o que se alega, es indispensable que para poder acceder a declarar el reconocimiento forzoso en el caso planteado esté plenamente probado el delito base de la acción; pero esta prueba tendrá que ser análoga a la requerida por el derecho penal o tendrá que regirse por el derecho privado. Tanto el estupro como la violación son delitos que se caracterizan por las señales que dejan, y la comprobación que han existido es por la constatación de sus rasgos, de manera que siendo permitida la prueba de meritos también en lo civil, no habría nin-

gún problema en ordenar la misma. Lo anterior, aunque no tiene ni tendrá ninguna aplicación práctica, por cuanto la averiguación del delito se hace hasta que se establece la acción de reconocimiento forzoso, cuando ha nacido el hijo que se atribuye al delincuente, precisamente cuando ya han desaparecido toda clase de señales, si de lugar a una interrogante. ¿Si se hubiese comprobado este delito en lo penal, en la demanda de investigación de la paternidad tendrá pleno valor para establecer el delito, el reconocimiento que hicieron los médicos forenses? Entiendo que sí, porque aquélla también constituye plena prueba y es aceptada por la ley.

Cuando ya ha desaparecido toda señal de los delitos y éstos no fueron denunciados ante las autoridades criminales, la comprobación tiene que hacerse de conformidad al Art. 130 I. por cualquier medio legal de prueba y es en este caso, la de más fuerza, la testimonial.

Los delitos enunciados, estupro, violación y rapto, se caracterizan precisamente porque atentan contra la libertad sexual y es comprensible que si por efecto de estas relaciones hay descendencia, ésto no por su origen quite a la mujer el sentimiento maternal, pero

si produce una aversión al consanto de tales relaciones, en este caso creo no es justo que aunque la mujer denuncie el hecho para el castigo del culpable, éste sea condenado también a reconocer a la prole como natural y en todo caso a prestarle alimentos, porque la declaración de tal parentesco debe dejarse enteramente al ámbito privado de las personas, quienes atendiendo los dictados de su propia conciencia y del bienestar del mismo, hagan decidir si tal paternidad le beneficia o en cambio le perjudica. El Art. 402 Pn. sólo establece el parentesco como una pena, tomando en cuenta que aquél solo es motivo de obligaciones pecuniarias, pero como ya se ha visto, este criterio que es el sustentado por la legislación no es correcto; los beneficios o perjuicios de la paternidad natural no sólo son materiales, sino también espirituales y esto último no ha sido tomado en cuenta en la referida disposición.

Es necesario también analizar, si el Art. 46 I. que dice: " Sólo la sentencia absolutoria ejecutoriada en juicio criminal o el sobreseimiento definitivo salvo las excepciones legales, o la prescripción, extinguen la acción civil que pudiera haber nacido del hecho que motiva la acción penal" tiene relación con la acción de reconocimiento forzoso de hijo natural.

La disposición transcrita está relacionada con el Art. 45 I. que dice que ejercitada la acción penal se entenderá también ejercitada la acción civil que nace del delito, y no si se renunciere expresamente y que si se ejercita la acción civil, en un delito no perseguible de oficio, se entenderá renunciada la acción penal. En ambos artículos habla de acción civil que nace del delito y esta acción, de conformidad al Art. 69 Pn. comprende la restitución de la cosa; la reparación del daño causado o la indemnización de perjuicios y es a esta precisamente a la que se refiere el Art. 46 I. Pero como la acción de investigación de paternidad, no obstante que nace de la comisión de un delito, no está comprendida en la responsabilidad civil que nace del mismo y además tiene la característica de la imprescriptibilidad, perfectamente puede ejercitarse aún cuando haya sentencia absolutoria, haya sobreseimiento definitivo o haya prescrito la acción penal.

Finalmente, no ofrece ninguna duda y es lógicamente así sea, que la ejecución de los delitos referidos para que den lugar a la causal en estudio deben haberse verificado en la época en que según la ley, pudo verificarse la concepción, o sea no más de trescientos días ni menos de ciento ochenta contados hacia a-

trás, desde la media noche en que principia el día del nacimiento.

3o.- Si ha habido seducción de una mujer de buena fama, llevada a cabo con maniobras dolosas, abuso de autoridad o promesa de matrimonio, en la época correspondiente a la concepción. Pero en este caso último es necesario que exista un principio de prueba por escrito.

De la lectura de la causal se colige que el legislador se ha referido a relaciones sexuales, que si bien es cierto no nacieron de una violencia física, real o presunta como en los delitos de la causal anterior, si se atentó contra la libertad sexual, porque la mujer al acceder a la cohabitación, lo hizo engañada o bien por el efecto de una fuerza moral, como en el caso del abuso de autoridad.

La seducción se caracteriza por ser una persuasión, convencimiento que mueve a voluntad; y aquí se refiere precisamente a tres maneras de obtener ese convencimiento, las cuales no es necesario que existan juntas, sino que basta con una sola de ellas para que pueda dar lugar a que se declare la paternidad. Así, basta probar las maniobras dolosas, el abuso de autoridad o la promesa de matrimonio.

El criterio del Juez juega papel preponderante

en la calificación de lo que es una seducción con ma--
niobras dolosas; debe tomarse en cuenta fundamentalmen--
te para establecerlas, el grado de cultura tanto en la
mujer como en el hombre, porque son innumerables las -
razones de una mujer para yacer con un hombre y a lo -
que un tercero en la relación, pueda ser indiferente,
constituir un fraude para la mujer; de manera que por -
ser subjetiva esta causal, sólo se pueden obtener pre--
sunciones, las que sí deben hacer de hechos ciertos y
concluyentes, tales como: a) La instrucción y educación
del hombre y la mujer; b) La edad de las personas; c) El
medio social en que se desenvuelve cada uno de ellos;
y d) La vida interior.

No es menor el problema que se presenta para ca--
lificar lo que es un abuso de autoridad, porque perfec--
tamente puede suceder que una mujer se encuentre en si--
tuación de sumisión y respeto hacia un hombre, como en
el caso de un maestro o un tutor y cohabite con él por
su propia y libre voluntad, sin que de parte de aquél
intervenga en manera alguna la calidad con que está in--
vestido: de sí que también en este caso la calificación
de la prueba debe dejarse al arbitrio del Juez.

La promesa de dote que no pasa de ser eso,

una promesa, es una de las maniobras más comunes para arrancar los favores de una mujer y cuando no existe prueba por escrito la prueba testimonial de este hecho, es suficiente para declarar el r conocimiento forzoso con base al primer requisito o sea por maniobras dolosas, porque la razón para exigir prueba por escrito - cuando se trate de la promesa de matrimonio es para evitar la multitud de procesos que se entablarían tomando en cuenta esta causal, abriendo el camino de los falsos testimonios.

Exige también este numeral que la mujer seducida sea de buena fama, entendiéndose por tal para este efecto, aquélla que es conocida por su honradez sexual, porque de no exigirse esta circunstancia, habría un punto de partida para hacer el juicio de investigación de paternidad un instrumento de abuso y desprestigio. 4o. En el caso en que existan cartas y documentos privados de otra naturaleza provenientes del supuesto padre en los que haya confesado de manera inequívoca la paternidad que se pretende establecer.

Se ha dicho que los casos a que se refiere éste numeral no son otra cosa que reconocimiento voluntario, los cuales adolecen de la falta de solemnidades que la ley requiere y por consiguiente, por no tener valor pro

batorio pleno, no pueden ser incluidos en el Art.280C.

Acquiérese que en los documentos privados existe una verdadera confesión de paternidad, en términos claros que denuncien la intención del padre de referirse a su hijo. No existe la ley, ni tampoco lo ha hecho la jurisprudencia, que el texto del reconocimiento sea igual al de una confesión o declaración de paternidad, sino que, las palabras usadas no dejen lugar a dudas de que el padre se está refiriendo a una persona a quien considere como su hijo. Las cartas y documentos privados pueden ser de cualquier clase, estar escritos en cualquier papel y que no se refieran directamente a un reconocimiento, pero si que en la conclusión que se haga en los mismos, no deje lugar a dudas que se refiere a un hijo.

Si el documento privado en que consta la declaración, lo único que le falta para que haga fé del estado civil que en el mismo se declara, son las formalidades legales propias de los instrumentos públicos, podría el interesado verificar el reconocimiento de -- firma de conformidad al Art. 265 Pr.?. Aún cuando el presunto padre compareciera al Juzgado a manifestar que reconocía aquella firma, lo mismo que la declaración que ampara y por consiguiente tener aquél docu--

mento el valor de escritura pública de conformidad con el Art. 1563 C. y hacer plena prueba, no podría con ésto tener por establecido su estado civil de reconocimiento de hijo natural.

Es cierto que una de las ideas que inspiran este trabajo es el de abogar por la facilidad que se debe dar a los hijos extramatrimoniales de tener derechos frente al padre, pero ésto debe tener como base una reforma a las disposiciones que regulan dichas instituciones y no la inobservancia de las mismas, porque tal como se encuentra nuestra legislación, aceptar lo dicho en el párrafo anterior de que valdría ese reconocimiento, no sería sino violar el espíritu de la ley cual es la de aceptar una investigación de paternidad pero no en forma absoluta, sino relativa, fijando taxativamente las maneras de reconocimiento voluntario y las causas legales para investigar la paternidad y si lo anterior no se encuentra dentro de dichas formas, no obstante su pleno valor, no puede servir por sí solo para establecer la paternidad sino que como prueba dentro del juicio respectivo. Ocurre lo mismo cuando el padre asienta la partida de nacimiento pero que no se llenan todas las solemnidades que requiere la ley para tener

por establecido el reconocimiento; éste también podría servir de prueba en el juicio, no obstante haberse otorgado la declaración ante un funcionario público.

Ha aceptado también la jurisprudencia que presentándose un solo documento en que conste la declaración de paternidad y no siendo redarguido de falsa, no es necesaria otra prueba para declarar la paternidad, en primer lugar porque este documento adquiere el valor de escritura pública y por consiguiente hace plena fé y también otro documento u otra clase de prueba no añadiría más fuerza a la confesión que vale por sí misma.⁷
50. En el caso en que el pretendido padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante la época en que, según el Art. 74 pudo verificarse la concepción, si la madre ha observado durante el tiempo del concubinato una conducta honesta.

Es importante determinar lo que debe entenderse por concubinato, pues el concepto que de él se tenga señala los alcances que puede llegar la disposición. En Roma aún cuando reconocido por el derecho, el concubinato no era sino el producto de la desigualdad entre los hombres, porque cuando una mujer por su condición de inferioridad, como una m-numitida o ingenua, no po-
7. Rev. Jud. de 1933 Pág. 151

día ser considerada como esposa se permitía ser recogida en calidad de concubina; en España la situación se produjo más o menos semejante, pero como eran reconocidas como uniones, entre su reglamentación estaba la de que ambas personas, fuesen púberes, que la mujer fuese única y que habitasen con el hombre en la misma casa, pudiendo contraer matrimonio, si quisiesen.

La evolución de la institución familiar, hace pensar que estos conceptos históricos no pueden servir sino como una ilustración, ya que la situación actual es completamente distinta; importa determinar lo que es el concubinato ahora; nuestra jurisprudencia que no ha permanecido ajena a tal afán, en varias de sus sentencias ha señalado lo que debe entenderse por tal concepto, y así en uno de ellos dice: "La ley no define el concubinato, y por lo tanto, el vocablo debe entenderse en su sentido natural y obvio según el uso general del mismo, conforme el Art. 20 C. esto es, el trato y comunicación entre un hombre y una mujer con quien vive y cohabita como si aquél fuere su marido; la significación apuntada es la que del concubinato dan los diccionarios de la lengua y la jurisprudencia" 8

En la definición anterior resalten como elemen-
8.Rev. Jud. de 1957. Pág. 296

tos importantes de la unión, el trato o cohabitación entre el hombre y la mujer y el hecho de que ésta trate al hombre como si fuera su marido y que éste a su vez, reconozca a aquélla como su mujer. Siendo estos los elementos esenciales, resulta secundario que ambas personas vivan en la misma casa y que la unión sea duradera. Es el anterior concepto el que más se apega a la realidad en nuestro país, porque es el que se puede aplicar a la gran mayoría de uniones, que dan lugar al nacimiento de hijos naturales; y considero secundario el hecho de que ambas personas vivan bajo el mismo techo, por cuanto no es de la esencia ni del matrimonio, porque hay casos, también reconocidos por la jurisprudencia, que los cónyuges convienen en vivir en lugares distintos con el objeto de hacer llegar más fondos al hogar o por cualquier otra causa, sin que por ello aquélla unión pierda tal carácter; también el tiempo no es factor decisivo en la calificación de la unión, porque el mayor tiempo de una relación no le dé más valor a aquella cuyo vida ha sido efímera.

Lo que sí llamo invívito el concubinato es el hecho de la notoriedad, porque el trato de una mujer a un hombre como si fuera su marido sólo tiene lugar al

exteriorizarse, al entrar en relación con las demás -- personas, porque en la intimidad, no hay diferencia substancial con una relación pasajera que satisfaga un apetito. De tal manera que una relación sexual en que el tratamiento de marido y mujer no sea notorio, no puede constituir un concubinato.

Con vista de lo dicho y del medio ambiente, surgen las siguientes cuestiones: Puede un hombre casado sin menoscabar las relaciones con su cónyuge, vivir en concubinato con otra mujer?. El análisis de esta interrogante, para ser de utilidad debe examinarse desde el punto de vista netamente empírico de nuestro medio.

Precisamente para aquellos que defienden la moralidad del derecho como un escollo insalvable, no puede haber duda de que, o existe un hogar bajo el vínculo matrimonial o un concubinato, pero nunca coexistir simultáneamente: más esta posición del juzgador no sería justa si se observa que existen perfectamente delimitados: el hogar constituido bajo el vínculo matrimonial; la relación que se da preferentemente en la familia rural y en la de más bajos recursos dentro de la ciudad, o sea de un hogar permanente, cohabitación bajo un mismo techo que da lugar a una unidad familiar y económica; y la que se da en las demás clases sociales

que se caracterizan por ser relaciones que si bien es cierto son notorias, con aportación económica de parte del hombre y respeto de parte de la mujer hacia aquél como si se tratara de su marido, difieren de las anteriores al no existir la vivencia constante bajo un mismo techo ya sea porque el hombre tiene otro hogar establecido o es persona que aún no ha salido del hogar paterno.

Desconocer esta última clase de unión, de donde nacen aquellos hijos que no reconoce el padre por cuanto constituye una carga para él, al representar una disminución en el patrimonio, es no ver la realidad y dejar en desamparo a menores que nada tienen la culpa de ello.

Tempoco el reconocimiento de dichas relaciones puede decirse que constituyan una inmoralidad y que se esté violando el derecho; en primer lugar, en un juicio de investigación de paternidad el Juez no autoriza ni justifica dicha unión, únicamente reconoce su existencia; y porque el mismo legislador se dió cuenta que al pasar inadvertidos las mismas a quien se hacía el daño era a la descendencia, por ello suprimió la frase "no siendo de dñado ayuntamiento" haciendo un camino para el reconocimiento de los hijos adulterinos e incestuosos.

tuosos. Son también en favor de la tesis que el hombre casado con un hogar si puede vivir en concubinato, las palabras de la misma jurisprudencia, al referirse a la autorización de reconocer a los hijos adulterinos " -- que esto determinó un progreso en la legislación positiva en el sentido de dar al concubinato un margen de interpretación más amplio que los rigurosos extremos del Derecho Canónico, por el cual indudablemente estaba influida la anterior legislación".9

También son justificativas las anteriores razones de la afirmación que un hijo de familia, el que aún no tiene peculio propio, también puede vivir en concubinato.

Si lo anterior ha sido un avance no muy estable, por cuanto la jurisprudencia no es acorde sobre la determinación de lo que es concubinato, pues como se verá más adelante, existen sentencias en donde se plasma un pensamiento romanista o canónico, más difícil ha sido todavía la determinación de la prueba para justificarle al Juez la existencia de esta clase de unión.

Es tradicional en los Tribunales de Justicia -- que para probar el concubinato por medio de testigos, las preguntas que se hacen a éstos son precisamente -
9.Rev. Jud. 1959 Pag. 543

las mismas que se verificarían si se tratase de un estado civil de casados; así son infaltables en los cuestionarios las interrogantes: "que digan los testigos, si el señor tal trató a la señora tal como a su mujer y le ayudó económicamente; le proporcionó los gastos necesarios para su sostenimiento, como son la alimentación, vestuario, habitación; que si la presentó como su mujer a sus amigos, deudos y vecindario y que si estos reconocían a dicha señora como la mujer de aquél.

Serían necesarias todas estas preguntas?. Al declarar afirmativamente los testigos sobre las mismas no estarán dando fé, sino de la existencia de un estado civil que por no existir otro de la misma clase en nuestra legislación, sería el de casados; pero si ya se dejó sentado que el concubinato no debe entenderse como se desarrolló historicamente, sino el trato de un hombre y una mujer con quien vive y cohabita como si aquél fuese su marido, no precisa la respuesta afirmativa a la totalidad de las mismas.

Lo que si es especial probar son las relaciones sexuales, pero sobre esto debe dejarse un margen de apreciación al Juez, por cuanto los testigos no pueden declarar sino sobre hechos que las hagan presumir; el

trato de marido y mujer como ya se explicó conlleva la notoriedad, porque marido debe entenderse según su sentido natural, como aquél que teniendo relaciones sexuales con una mujer la auxilia y protege y para ello, como es lógico tiene que relacionarse con los demás quienes reconocerán en aquél hombre las responsabilidades dichas, por un espacio más o menos continuado, como también la fidelidad de la mujer para con aquél hombre. - No está demás decir que dentro de auxilio y protección está precisamente la defensa de los derechos de la mujer en un momento dado y la provisión de los medios necesarios de subsistencia cuando la mujer no se los puede proveer por sí misma. Si en un medio social existe el conocimiento de la anterior situación, con respecto a determinadas personas, no puede dudarse que se está frente a un verdadero concubinato, aún cuando declararen los testigos que no vieron que el hombre presentó a aquélla mujer como tal a sus parientes y deudos; ni que tampoco vieron que el hombre vivía continuamente en casa de la mujer.

Hay que hacer notar también que el legislador no sólo ha exigido el concubinato para poder declarar el estado civil de hijo natural, sino también que probar la honestidad de la mujer durante la convivencia -

marital; esto da lugar a preguntarse: ¿Puede una prostituta vivir en concubinato?. La interpretación sin -- prejuicios del numeral en estudio deja libre de dudas que si puede existir, dándose todos los requisitos señalados y más que todo el trato como marido y mujer, porque la fidelidad en el auxilio y protección espiritual no se pierde, sólo momentáneamente la material. Y es a ésta a la que le ha vedado el legislador el derecho de poder seguir el juicio de investigación de paternidad, porque las causales se basan en presunciones de paternidad, las que destruye la infidelidad sexual. ✓

Que el concubinato debe haber existido durante el tiempo que pudo verificarse la concepción, es lógico, porque en el juicio de reconocimiento forzoso de hijo natural, lo que la ley requiere es una presunción de paternidad.

En el siguiente numeral se estudiarán las diferentes maneras en que se aprecia la prueba vertida, conforme los distintos criterios que se tienen sobre lo que es el concubinato.

3. Análisis crítico de la jurisprudencia patria. Es fundamental la idea en el desarrollo de este trabajo, la observación del desarrollo actual de la institución -

familiar y de las leyes que la regulan, por ello se concretará a los distintos enfoques que se han hecho de lo que es concubinato.

Partiendo de los últimos datos estadísticos, los hijos nacidos de relaciones extramatrimoniales constituyen casi el setenta y cinco por ciento, de manera que estas uniones constituyen la generalidad dentro de nuestra patria; la manera de estudiarlas y la regulación de las mismas da lugar a las opiniones más variadas y contradictorias, debido más que todo a que, profundizar en el estudio de las mismas es penetrar en el campo meramente privado de las personas, al que el derecho debe respetar.

La jurisprudencia que se debe caracterizar por establecer la manera en que deben ser interpretadas las distintas disposiciones legales, no ha estado ajena de estos varios modos de pensar en lo que se refiere a la institución familiar, y ello se refleja en las distintas sentencias que no denotan un pensamiento uniforme; el fallo a veces concuerda con la realidad ambiente, sin dejar de estar subsumida dentro de la ley, como son éstas: "El concubinato se manifiesta generalmente como una relación sexual más

o menos permanente, notoria, en la que los concubinos se prestan mutua ayuda. Pero dadas las condiciones especiales del medio social, en el que existen pronunciadas diferencias económicas y de clase, el concepto tradicional de concubinato cede a la realidad en ciertos casos, en los cuales no se produce la convivencia de los concubinos bajo el mismo techo".10

"Si en juicio ordinario de reconocimiento de hijo natural, por la causal contemplada en el numeral 5o. del Art. 283 C. se comprueba suficientemente que la madre del supuesto hijo natural sostuvo relaciones carnales con personas distintas del pretendido padre durante el plazo del concubinato no procede declarar el estado civil demandado, por no haber guardado la madre la fidelidad que el mencionado numeral exige en su parte final".11

"La ley salvadoreña no da una definición de lo que debe entenderse por concubinato por lo que debe darse a dicha palabra el sentido natural y obvio, según el uso general de la misma. Art. 20 C. Si el Tribunal de cuya sentencia se recurre, así lo ha hecho declarar que el concepto de concubinato que actualmente rige

en nuestra legislación, es el de una unión extramatrimonial

10. Rev. Jud. 1953 Pag. 520

11. Rev. Jud. 1954 Pag. 307

monial, comunicación o trato de carácter sexual de un hombre con una mujer, la cual es su concubina o mancebo, sin que sea necesario que ambos estén libres de vínculo matrimonial, con otra persona, no hay interpretación errónea ni aplicación indebida del Art. 283 No.5 C. y en consecuencia no procede casar tal sentencia."12

Pero ejemplo de discordancia de enfocar de distinto punto de vista el tema en estudio, es la siguiente sentencia: "Las simples relaciones sexuales, aunque frecuentes, no son las que constituyen el concubinato a que la ley se refiere. El legislador al establecer el medio de reconocimiento consignado en el ordinal 5o. del Art. 283 C. tuvo las mismas razones que las que existen para considerar al nacido en matrimonio como hijo del marido, ya que el concubinato se caracteriza por la unión permanente de un hombre y una mujer, bajo un mismo techo; donde existe, aunque no sancionado por la ley, un verdadero hogar. No puede considerarse como concubinato, las simples relaciones sexuales de marido y mujer, con el único objeto de satisfacer apetitos sexuales; y menos cuando estas relaciones " por razones de orden económico, de orden familiar, moral si se quiere, determinan a un hombre a tener esta clase de rela-

ciones con cierta reserva, con cierta cautela, porque la ley exige que dichas relaciones sean notorias, es decir públicas a las vista de todos. Concubinato, pues, significa, que un hombre tenga relaciones sexuales con una mujer, que la trate como amante y salga a la calle con ella. Puede decirse que en el concubinato existe la realidad del hogar; de hecho es un verdadero matrimonio al que sólo falta el reconocimiento legal. Matrimonio y concubinato guardan entre sí, la misma relación que dominio y posesión; por eso, con razón se ha dicho que la posesión es la apariencia del dominio y en el dominio encontramos un estado de derecho; en el concubinato y posesión estamos frente a una situación de hecho¹³.

No importa un error de apreciación en determinar lo que es posesión notoria de estado civil, pues este afecta únicamente a aquél a quien interesa dicha declaratoria; tampoco es interesante determinar lo que debe ser la seducción de una mujer de buena fama, porque estos no representan sino casos aislados, una excepción de la vida normal de las personas; pero si debe dejarse claro desde todo punto de vista, fuera de toda apreciación personal o ideología, lo que debe enten-

13. Rev. Jud. de 1963 Pág. 243

derse por concubinato, porque éste si es general, representa el modo de vivir de un pueblo, es la fuente de parentesco del medio ambiente y cualquier duda o contradicción en el entendimiento de dicha unión, no representa sino un daño irreparable a personas que más lo necesitan: digo que daño irreparable, porque el reconocimiento forzoso de hijo natural es un juicio que pasa en autoridad de cosa juzgada y una vez absuelto el padre de la acción contra él intentada, no puede volverse a intentar por la misma causa.

CAPITULO III

DERECHOS DE LOS HIJOS NATURALES.

Ha quedado establecido la manera estricta y formalista que el legislador ha establecido para obtener la calidad de hijo natural; esto hace pensar - naturalmente, que si ello es producto de la influencia histórica o por la amplitud de derechos que se dan al hijo reconocido, porque si tal situación aún se mantiene en vigencia la única razón de ser es por lo último.

Resalta el hecho de que todas las disposiciones referentes a los hijos naturales han sufrido a través del tiempo importantes reformas, a excepción de la que se refiere a los derechos, que se mantiene exactamente igual a como apareció en la edición del Código Civil de 1860, la cual dice: " Art. 285. Los hijos naturales no tienen respecto del padre que los ha reconocido con las solemnidades legales, otros de rechos que los expresamente les conceden las leyes."

Determinar la amplitud de este lazo de consanguinidad, o de parentesco del hijo natural con respecto al padre, es factor importante para el mayor número de derechos que se puede referir a los cuida-

dos, crianza y protección del padre, alimentos y herencia que concede el derecho civil, sino que también a los otorgados por otras leyes tales como a los que se refiere la ley procesal en cuanto libera de costas cuando el pleito versa entre parientes; en las excusas absolutorias que contiene el Código Penal; en el aumento o disminución de impuestos en las leyes tributarias; y en todas las incapacidades o prerrogativas que contemplan otras disposiciones cuando se trata de parientes.

Sin entrar en detalle sobre las opiniones de los distintos tratadistas, por considerar que cada país debe tener sus propias normas, más que todo en cuestiones tan propias como es la institución familiar, si es preciso analizar como punto de partida a uno de los expositores cuyas obras son texto de consulta de todos los estudiosos del derecho, como es don Luis Claro Solar, quien categóricamente dice: "" Pero los derechos que las leyes conceden al hijo natural, son sólo respecto del padre o madre que lo haya reconocido. De aquí se desprende que el hijo natural no entra por el hecho del reconocimiento en la familia del padre o madre que reconoce al hijo. La familia natural principia en el padre o madre que -

reconoce al hijo, y en la línea ascendente por el hijo reconocido y su posteridad legítima que es llamada a representarlo. No existen pues, abuelos naturales, como los hay ilegítimos".¹

Esta tesis ha influido también en nuestra jurisprudencia y así en sentencia pronunciada el día doce de mayo de mil novecientos sesenta, ha sentado la siguiente doctrina:" el hijo natural jurídicamente no está comprendido en la familia de su padre que lo ha reconocido, ya que a excepción de los derechos que a éste puede reclamar, está privado de todos los demás provenientes de los vínculos familiares, de conformidad con lo estatuido en los Arts.40,285,338,986 inc. 2o. y 988 No. 2o. todos del Código Civil."². y la pronunciada el trece de junio de mil novecientos sesenta y tres, también dice:"La calidad de hijo natural que la ley reconoce, establece entre el hijo y el padre una clase de parentesco especial que solo existe entre ambos; padre e hijo, pero que no origina legalmente ningún vínculo de familia entre el hijo y los parientes del padre.No hay parentesco entre dos personas hijas del mismo padre, cuando una de ellas es legítima y la otra natural. Por consiguiente, no

1.Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil y Comparado. Tomo III. Pag. 49
2.Rev. Jud. de 1960 Pag. 292

existe ninguna disposición legal que prohíba a la esposa y a la madre del hijo natural, acusar criminalmente al hijo legítimo, por el homicidio cometido en el primero" 3

En la primera de dichas sentencias, se reconoce en uno de sus considerandos que tal posición es criticable, pero se hace la salvedad que como juzgadores lo que tienen que hacer es aplicar la ley vigente y además porque esta tesis está sostenida por expositores como Laurent, Josserand, Colin y Capitant, Ruggiero, Coviello, Borja y Claro Solar; y la segunda sentencia no es sino la conclusión del análisis-histórico de las disposiciones.

No puede servir entonces la anterior doctrina para tener por ciertos los conceptos que ahí se vierten de que el parentesco exista únicamente entre padre e hijo natural, pues ésto nos llevaría a absurdos como el de autorizar a dos hermanos hijos de un mismo padre, uno legítimo y la otra natural, a que contraigan matrimonio.

El parentesco nacido de la misma naturaleza no puede ser desconocido ni mucho menos negado por la ley; el hecho que se hayan restringido los derechos pecuniarios que nacen del mismo en el Código - 3.Rev. Jud. de 1963 Pag. 452

Civil, limitándolo a lo que se refiere a la crianza y educación, alimentos y herencia cuando faltare la -- descendencia legítima no se puede considerar que es también una restricción al parentesco; este criterio es el que ha tomado la legislación penal al establecer entre las circunstancias agravantes de los delitos, el ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano legítimo, ilegítimo uterino o natural...., porque en tal materia el legislador no se preocupa de garantías patrimoniales.

Ha sido la misma jurisprudencia la que en sentencia posterior a las citadas, precisamente la pronunciada el seis de mayo de mil novecientos sesenta y cinco, ha establecido. "Ni el código civil de mil ochocientos sesenta, ni ninguna de sus ediciones posteriores contentivas de sus reformas iniciadas en el Decreto Legislativo de mil ochocientos ochenta contienen declaración expresa de que los hijos naturales -- solamente tienen esa calidad respecto del padre que los reconoce como tales; consiguientemente no existe fundamento legal para hacer la declaración de que la familia natural sólo alcanza hasta el padre. La familia natural es una institución real de regimen legal de la República; encuentra su fundamento en el -

parentesco y goza de los grados de éste, reconocidos por la familia que tiene como base el matrimonio civil. La disposición del Art. 278 del Código de mil ochocientos sesenta, ahora 285 de la actual edición de ese cuerpo legal, no pasa de ser una simple declaración, carente de trascendencia jurídica, por cuanto nadie puede exigir ni recibir otros derechos que los mismos que la ley señala".⁴ Explicando además que - no existe en la legislación una disposición que declare expresamente que la familia natural sólo existe entre padre e hijos naturales, porque esa disposición no es el Art. 285 C. pues la familia civil o natural se tipifica por el parentesco y jamás por los derechos que puedan gozar sus miembros.

El hijo natural es parte integrante de la familia natural que nace de la sangre, independientemente que esté sancionado o no por el derecho, por consiguiente el hijo reconocido tiene parentesco con su padre y con la familia consanguínea de éste; esto aunque no plasmado como disposición en la ley secundaria, existe como precepto constitucional, cuando dice que los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y protección del padre, por--
Rev. Jud. de 1965 Pag. 76

que explicado está que la educación no es material, sino espiritual que no podría otorgarse si se negara el parentesco.

La filiación o parentesco es propio de la persona al que no puede renunciar; los derechos que emanan del mismo son los limitados, pero esto es común a todas las personas, por cuanto la restricción de los mismos es una necesidad para la posible convivencia entre los hombres bajo la protección del derecho; pero hay que recalcar que derecho no es parentesco, importando no olvidar esta diferencia.-

CAPITULO IV.

ASPECTO PROCESAL DE LA ACCION
DE RECONOCIMIENTO FORZOSO DE
LOS HIJOS NATURALES;-

El derecho que los hijos tienen a ser reconocidos por los padres, llamado también reconocimiento forzoso de hijo natural o investigación de la paternidad, ha estado íntimamente vinculado con la estructura familiar de los distintos pueblos.

En el derecho romano no existió la investigación de la paternidad pues el concubinato era una forma de unión reconocida por el derecho, de tal manera que la descendencia de tal relación, por ser reconocido y no dar lugar a dudas acerca de quienes eran los padres, se les denominó hijos naturales, sucediendo lo mismo en el derecho español con las barraganas; pero después, siguiendo al derecho canónico se admitió como hijos naturales únicamente para el efecto de obligar a los padres a dar alimentos a los hijos que no nacían precisamente de tales uniones pero que si eran reconocidos por el padre en la forma voluntaria o forzada, siendo el abuso de esta clase de juicios que hizo fuera suprimida la investigación de la paternidad.

El derecho francés se caracterizó también por la prohibición de estos juicios de reconocimiento - forzoso de los hijos, reduciendo como razones el escándalo que producen en la sociedad; autorizándolos después en casos específicos. De esta manera y tal como dice don Luis Claro Sola "Las legislaciones modernas pueden clasificarse en tres grupos en lo que se refiere a la investigación de la paternidad natural: uno que establece la prohibición absoluta; otro que acepta la libre investigación por toda clase de pruebas y otro que acepta una investigación relativa." 1/

En base a las anteriores palabras y a la definición legal de que hijos naturales son los ilegítimos que han sido reconocidos por su padre de la manera determinada por la ley, hace que nuestra legislación se coloque entre las que aceptan una investigación relativa, porque no acepta que la paternidad se investigue en una forma ilimitada, por todos los medios de pruebas posibles, sino que ya fija los casos por los que se puede obtener la declaratoria; confirmando lo anterior el informe constitucional de la -

1/ Luis Claro Solar. Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado de las Personas. Tomo III.

Corte Suprema de Justicia, dado el 25 de junio de 1928 sobre el Proyecto de Ley sobre Reconocimientos de Hijos Naturales e Investigación de la Paternidad, elaborado por los doctores J. Ernesto Vázquez y don Vidal S. López, el cual en lo pertinente dice: "En cuanto al reconocimiento judicial de hijos naturales, que descansa en la investigación de la paternidad, está en perfecto acuerdo este Tribunal con los autores del citado Proyecto, respecto al sistema que ellos adoptan, que es el mismo aceptado por nuestro Código Civil, consistente en admitir la investigación de la paternidad, pero limitándola a determinados casos que expresamente especifica la ley, tomando por base aquellos hechos que se presentan con tal notoriedad y justicia evidente ante la sociedad, que haya posibilidad de encontrar medios adecuados para justificarlos de una manera irrefragable, evitando el peligro de la declaración de una paternidad que no sea la fiel expresión de la verdad". 2/

El temor de la legislación francesa de que la investigación de la paternidad fuese fuente de desprestigio y continuos escándalos sociales no deja de in--
2/ Revista Judicial enero a marzo de 1928, Pag. 154.

fluir en nuestras leyes, lo que hace que la regulación de esta clase de juicios en el derecho sustantivo sea extremadamente minuciosa, al grado de hacer regulaciones que si bien es cierto están íntimamente ligados, pertenecen a un campo distinto, como es el procesal, y así en el inciso final del Art. 283 C. establece los lineamientos de la acción de reconocimiento forzoso de hijo natural y los elementos de la misma al decir: "La acción para el reconocimiento forzoso a que se refiere este artículo corresponde sólo al hijo por sí -- o por medio de su representante legal, contra el supuesto padre o contra sus herederos o contra el curador de la herencia yacente; debiendo tramitarse dicha acción en juicio ordinario." En la disposición índicada, no obstante pertenecer al derecho civil se señala quienes pueden ser actores en el juicio, quienes los demandados y la manera de ventilarse la acción.

Cabe preguntarse: La acción de reconocimiento forzoso es personalísima? La ley hace hincapié que -- corresponde al hijo o a su representante legal y al -- anteponer el término "sólo" que denota, hace entender exclusividad, de tal manera que no podría ser ejercitada por otra persona.

No cabe ninguna duda, ni ofrece problema alguno que el hijo es el interesado en que se establezca su filiación para poder reclamar los derechos a que con la misma tienen lugar; aún si no tiene capacidad para comparecer en juicio lo puede hacer por él su representante legal, o sea la madre, tutor o curador según el caso y si carece de representante legal puede demandar por medio de un curador especial nombrado por el Juez de Primera Instancia competente, según el Art. 134 Pr. En todas estas situaciones la titularidad de la acción es del menor y lo que no puede hacer es ejercitarlo, haciéndolo por él una persona capacitada según la ley. El problema se plantea cuando el presunto hijo natural fallece, si la acción fuese personalísima / ésta no podría pasar a otras personas ni aún a sus herederos, tal como los derechos de uso, habitación o de pedir alimentos; pero si el hijo natural tiene derecho en la herencia de su padre y fallece antes de haber aceptado dicha herencia, sus herederos o los cesionarios de éstos perfectamente pueden seguir el juicio ordinario para que se declare la calidad de hijo natural del que les transmite la herencia. Es más, si el pretendido padre natural fallece y el hijo aún no

ha sido declarado natural ni ha promovido ningún juicio para tal efecto, pero si concurren en él alguna -- de las circunstancias que enumera el Art. 283 C. y no hay posteridad legítima, puede en vida, ceder su derecho en dicha herencia y entonces quien seguirá el respectivo juicio de reconocimiento forzoso de hijo natural ya no va ser el cedente pues ya no tiene ningún -- interés en dicha declaratoria sino que lo hará el cesionario. También el Ministerio Público está autorizado para poder seguir esta clase de juicios en repre--sentación del hijo, pero entiendo que aunque no esté expresamente declarado, puede hacerlo perfectamente a nombre de los herederos del presunto hijo natural con base en el numeral 2o. del Art. 23 de su ley orgánica.

Cabe concluir de todo lo anterior, que no obstante que el inciso final del Art. 283 C. según su tenor gramatical haya querido que únicamente el hijo siguiése el respectivo juicio de investigación de paternidad y por consiguiente darle a la acción los caracteres de personalísima; ésta no lo es; de manera que pueden ser actores en el juicio: 1o.) El presunto hijo natural; 2o.) La madre, tutor o curador y a falta -- de éstos un curador especial, nobrado de conformidad

con el Art. 134 Pr.; 3o.) Los herederos del hijo natural o las personas a quienes éstos hayan cedido sus derechos hereditarios y 4o.) El Ministerio Público, - por medio de sus Agentes Auxiliares, ya sea en nombre del hijo o de sus herederos de éstos siempre que éstos fuesen personas de escasos recursos económicos.

En la misma disposición tantas veces citada, - inciso final del Art. 283 C. expresa como legítimos - contradictores en el juicio en estudio al supuesto padre, sus herederos o contra el curador de la herencia yacente.

Es natural que el principal responsable moralmente para reconocer a un hijo es el padre, no importa la edad que éste tenga, ya que la naturaleza en su sabiduría no ha dado la capacidad de engendrar sino - a la edad en que se tiene pleno discernimiento sobre la gravedad de las actuaciones y por consiguiente estimo que en esta clase de juicios, estando vivo el pa--dre, él debe ser el único demandado sin importar la - edad que tenga. Si al hijo natural se le han concedido derechos que podría llamarse como de excepción a - las reglas generales dado su carácter de subsidiarios y así han sido y siguen entendiéndose y se han llena-

do de excesivos y minuciosos formalismos los procedimientos para poder adquirir dichos derechos, es justo que también sobre esta materia dentro del derecho pro
ccsal se haga la excepción y se conceda capacidad al padre que aún siendo menor de edad, pueda ser demanda
do personalmente.

No parece de mayor trascendencia lo anterior - en cuanto perfectamente puede argumentarse que dentro del procedimiento la dirección es profesional y ya - sea el padre menor de edad y haya sido demandado por medio de su representante legal o mayor de edad y demandado personalmente, siempre buscará el asesoramiento de un abogado; pero tomando en cuenta que la inves
tigación de la paternidad, tal como lo he manifestado anteriormente, tiene por objeto el conocimiento de si
tuaciones cuya notoriedad o publicidad son únicas en el concubinato, y si además, no se pueden aportar más pruebas que las determinadas por la ley, no obstante que existan otras de mayor valor, no pueden llegarse al conocimiento exacto de la cuestión ventilada sino que tiene que basarse necesariamente en meras presun
ciones las que, en virtud de la prueba tasada, ceden su lugar a pruebas más contundentes sobre circunstan-

cias que nieguen los hechos; de ahí que estimo que es prueba vital en estos juicios la confesión judicial, que aunque actualmente no refleja honor y responsabilidad, estimo determinante. Ante esta clase de prueba se presenta el inconveniente de la falta de capacidad de un padre, en primer lugar porque se necesita par que sea válida dicha confesión, que el que la hace sea mayor de edad, pero ésto no tiene relevancia - porque si se sigue el juicio de reconocimiento forzoso es precisamente porque ha fallado todo intento de reconocimiento voluntario y en tal caso lo pertinente son las posiciones, pero, cómo se va a pedir esta clase de prueba si el demandado es menor de edad no puede comparecer en juicio?; el resultado es entonces que no se puede probar el parentesco y el hijo que aunque naturalmente tenga padre, ante la ley no lo tiene por la falta de prueba.

Es también legítimo contradictor el curador de la herencia yacente; entiendo que la razón de tal disposición es darle facilidades al hijo natural para poder iniciar su acción lo más pronto posible, pues la herencia se declara yacente después de transcurridos quince días del fallecimiento del causante y si no --

hubiere lugar a la acción contra el curador de esta herencia, el presunto hijo natural tendría que esperarse que dicha herencia fuese aceptada lo que puede llevarse mucho tiempo, todo lo cual sería en detrimento de los derechos del hijo.

La acción de investigación de la paternidad se puede intentar también contra los herederos del supuesto padre natural, a quienes la misma ley considera como continuadores de la persona del causante en todos sus derechos y acciones. No está demás decir que siendo ésta una acción indivisible y habiendo dos o mas herederos se debe demandar a todos.

El problema que se ha suscitado es que, los legítimos contradictores son tal como lo dice la disposición, los herederos declarados con la administración y representación definitivas de la sucesión, o basta con que únicamente se haya aceptado la herencia; sobre lo anterior me parecen muy acertados y huelgan los comentarios, el razonamiento de la sentencia pronunciada por la Cámara de Tercera Instancia de esta ciudad el día quince de octubre de mil novecientos cuarenta y siete: "El Art. 283 del Código Civil reformado por Decreto Legislativo del 15 de agosto de 1928, al admi

tir varios casos de reconocimientos forzosos de la calidad de hijo natural, establece en su inciso último que la acción a que se refiere, corresponde al hijo -- por sí o por medio de su representante legal, contra el supuesto padre o contra sus herederos o contra el curador de la herencia yacente; y los tribunales de -- justicia han mantenido que es suficiente que personas llamadas por testamento o por ley acepten expresamente una herencia determinada y que el juez haya resuelto favorablemente la aceptación, para que pueda dirigirse contra ellas demanda para obtener el reconocimiento judicial de hijos naturales del de iure; dado que el Art. 1163 C. requiere que los aceptantes prueben su calidad de herederos para que el Juez los nombre administradores y representantes interinos de la sucesión, con las facultades y restricciones de los -- curadores de la herencia yacente, sea dable equiparar un heredero o persona llamada por la ley a suceder y que ha probado su calidad de heredero con un curador de bienes como lo es el de la herencia yacente que se dá, como expresa el Art. 480 C. "a la herencia yacente, esto es, a los bienes de un difunto, cuya herencia no ha sido aceptada". Conviene tener presente que fue en

las reformas decretadas el 15 de agosto de 1928 que se dió al curador de la herencia yacente capacidad para ser demandado en los juicios de reconocimiento forzoso; pues aunque ya la jurisprudencia de los tribunales se había pronunciado en la admisión del curador como legítimo contradictor en tales juicios, lo hicieron por interpretación y en vista de que bastaba a los herederos abstenerse de expresar su aceptación de la herencia, para diferir indefinidamente la posibilidad de que de parte del presunto hijo se pudiera entablar el juicio correspondiente, sin que baste la aceptación ni la providencia del juez con la que reconoce dicha calidad con vista de la prueba presentada, es exigencia infundada porque el heredero representa a la persona del difunto y aunque la representación de la sucesión se le confíe interinamente y con restricciones, éstas no pueden restarle la representación del difunto de que los inviste su calidad de heredero comprobada ante el juez; representación que dá la ley al curador de la herencia yacente, el cual, con vista a proteger al hijo ilegítimo, se le ha atribuído como queda dicho, capacidad para ser demandado en los juicios de reconocimiento, cuando los herederos se abs--

tienen de aceptar la herencia. 3/

La acción de reconocimiento forzoso se tramita en juicio ordinario de hecho si existe oposición de parte del padre o de derecho, si éste confiesa los hechos demandados. La amplitud en los trámites favorece no sólo al padre en cuyo favor se establece, sino también al hijo, que tiene oportunidad de presentar el mayor número de pruebas en las permitidas por la ley.

Como en todo juicio ordinario, cabe la oposición de toda clase de excepciones, dilatorias o perentorias; excepto la de prescripción de la acción, ya que nuestra legislación, apartándose de la francesa y siguiendo de acuerdo con los expositores del derecho, no ha fijado tiempo para el ejercicio de esta acción, tomando en cuenta sin duda el sinnúmero de circunstancias no sólo económicas, sino que también sentimentales, las que conllevan el iniciar un juicio de investigación de paternidad, más que todo cuando los hijos son producto de un engaño o de un hecho bochornoso como rapto o violación y que, al herir profundamente los sentimientos de la madre y su familia, se prefiere que el nombre del padre quede en el anonimato o que --

si se conoce, sea cuando el tiempo haya hecho que se suavicen u olviden los resentimientos.

Es procedente que el demandado pida que el actor rinda fianza para responder de los costos, daños y perjuicios en que pueda salir condenado?

Considero que desde el punto de vista puramente legal, tal petición es procedente, por cuanto el Art. 439 Pr. manifiesta que no hay especial condenación en costas cuando la demanda versare entre ascendientes y descendientes, hermano o cónyuges. El reconocimiento forzoso de hijo natural es para establecer un parentesco, pero al momento de iniciarse, las partes no tienen ninguno, y por consiguiente, no es aplicable dicha disposición.

Tomando en cuenta las ideas expuestas en la primera parte de este trabajo, la procedencia en rendir fianza en el procedimiento no representa sino una vigencia de las ideas que se mantuvieron sobre esta clase de juicio a principios del siglo, o sea el de evitar en cuanto fuese posible, la investigación de la paternidad por considerarla dañina en la tranquilidad del conglomerado; pero si en aquella época no tuvo razón de ser, mucho menos la tiene actualmente en que -

los hijos con derecho frente al padre representan una ínfima parte.

La rendición de una fianza representa un obstáculo insalvable para aquél hijo, que el único motivo para seguir el juicio es que se le reconozca lo necesario para subsistir y es una injusticia que teniendo pruebas suficientes para poder justificar el parentesco, se le niegue éste y por consiguiente en desamparo por no llenar una formalidad procesal. Puede suceder y en efecto ocurre, que los temores de la legislación francesa de que una madre con el sólo propósito de - causar un daño u obtener beneficios económicos personales, demande en esta clase de juicios y dé lugar a daños y perjuicios considerables, no sólo en el aspecto material, sino que también moralmente, pero es innegable también que - estos casos son una excepción y si conllevan mala fé, ésta no se va a cortar con - una simple fianza; adem's en todo caso probando el daño, hay lugar como una sanción, a la indemnización de perjuicios.

Estimo pues que la fianza que se solicita es - legal, pero como todas las disposiciones que actualmente se refieren a los hijos extramatrimoniales, es injusta.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Alvarado h., Dr. Hermógenes La Familia
- 2.- Barberena, Santiago I. Historia de El Salvador
- 3.- Claro Solar, Luis Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo III.
- 4.- Cornejo, Mariano H. Sociología.
- 5.- Engels, Federico El Origende la Familia La Propiedad y el Estado.
- 6.- Góchez Castro, Dr. Angel Indice de Jurisprudencia Civil Salvado eña
- 7.- Ots Capdequi, José María Manuel ee Historia del Derecho Español de las Indias y del Derecho propiamente Indiano.
- 8.- Ogburn William F. y Meyer F. Nim Koff Sociología
- 9.- Petit Eugene Tratado Elemental de Derecho Romano.
- 10.- Rodríguez Ruiz, Dr. Napoleón Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas.
- 11.- Suárez, Dr. Belarmino Código Civil de El Salvador.
- 12.- Terán Lomas, Roberto Los hijos extramatrimoniales.
- 13.- Código de Derecho Canónico y Legislación Comparada
- 14.- Documentos Históricos de la Constitución Política 1950.
- 15.- Código Civil por el Distrito y Territorio de México
- 16.- Revistas Judiciales.