

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

LA INVESTIGACION DE LA
PATERNIDAD

TESIS

PRESENTADA POR

FELIX ANTONIO ORELLANA HIJO

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MARZO DE 1969



SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA.

T
346.017
Ø 66é

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10122256

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. José María Méndez.

SECRETARIO GENERAL:

Dr. José Ricardo Martínez,

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

DECANO:

Dr. René Fortín Magaña.

SECRETARIO:

Dr. Fabio Hércules Pineda.



TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y
LEGISLACION LABORAL:

PRESIDENTE: Dr. José Antonio Morales Erhlich.
PRIMER VOCAL: Dr. Alfonso Moises Beatriz,
SEGUNDO VOCAL: Dr. Francisco Bertrand Galindo.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES

ADMINISTRATIVAS:

PRESIDENTE: Dr. Jorge Alberto Huete.
PRIMER VOCAL: Dr. Ricardo Falla Cáceres.
SEGUNDO VOCAL: Dr. Francisco Arrieta Gallegos.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES Y

MERCANTILES:

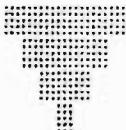
PRESIDENTE: Dr. Manuel Arrieta Gallegos.
PRIMER VOCAL: Dr. Miguel Antonio Granillo,
SEGUNDO VOCAL: Dr. José Ernesto Criollo.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

PRESIDENTE: Dr. José Ignacio Paniagua.
PRIMER VOCAL: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz.
SEGUNDO VOCAL: Dr. José Ernesto Criollo.

ASESOR DE TESIS:

Dr. Rafael Ignacio Funes.



DEDICATORIA

DEDICO ESTA TESIS:

A DIOS TODOPODEROSO.

A mis padres:

FELIX ANTONIO ORELLANA y

MARIA ORTIZ DE ORELLANA,

Con profundo cariño ofrezco este trabajo como
fruto de todos sus esfuerzos.

A mi esposa:

JULIA ESCOBAR DE ORELLANA,

Que con su fe y confianza en Dios supo darme
animo y comprensión en esta dura prueba.

A mis adorados hijos.

A mi hermana:

GLORIA ORELLANA,

Con sincero cariño.

A mis apreciables amigos de Guatemala:

JOSE ARISTIDES SANCHEZ y

LEONOR DE SANCHEZ.

Con el respeto y agradecimiento que guardo por
ellos:

Al Doctor

RAFAEL IGNACIO FUNES,

Con agradecimiento por su valiosa ayuda.



LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

Introducción

PRIMERA PARTE

Título I

GENERALIDADES

Capítulo Unico.

Título II

Capítulo I.- Fundamento de la investigación de la paternidad

Capítulo II- Concepto de hijo natural.

Capítulo III Status de hijo natural.

SEGUNDA PARTE

La investigación de la paternidad en el Derecho Civil
Salvadoreño.

Título III

Capítulo Unico.- Desarrollo histórico.

Título IV

Acción de reclamación de estado de hijo natural.

Capítulo I Quienes pueden ejercerla.

Capítulo II Contra quienes puede ejercitarse.

Título V

Estudio del Art. 283 C.

Capítulo I Caso 1º- Posesión notoria.

Capítulo II Caso 2º- Estupro, Violación y Rapto.

Capítulo III Caso 3º- Seducción de mujer de buena fama.

Capítulo IV Caso 4º- Confesión inequívoca por escrito.

Capítulo V Caso 5º- Concubinato notorio.

Título VI

Capítulo I Casos en que procede la investigación de la
paternidad dentro del matrimonio.

Capítulo II La investigación de la paternidad en el De-
recho Internacional Privado.

Capítulo III Conclusiones.



LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

INTRODUCCION

La investigación de la paternidad ha sido uno de los problemas jurídicos más controvertidos, no obstante su gran importancia, debido a la diversidad de opiniones que se han suscitado sobre si debe admitirse o nó, polémica de la cual me ocuparé muy poco, pues mi trabajo resultaría demasiado extenso y por que los avances sociales en relación con innegables principios de justicia y equidad, han hecho que la gran mayoría de las legislaciones modernas acepten la investigación de la paternidad, unas con mayor amplitud que otras, para evitar que el padre no responsable abandone a sus hijos quienes necesitan de su protección.

El ideal sería que todos los hijos nacieran en hogares legítimamente constituidos, pero no pudiendo convertirse esto en realidad, existen también como consecuencia los hijos extramatrimoniales, que tradicionalmente se les ha denominado ilegítimos, por lo que la ley no puede ignorarlos, ya que los justos derechos de éstos como seres inocentes que no han elegido su propio destino, no pueden quedar al arbitrio de los padres, por lo que al lado del reconocimiento voluntario se ha establecido su imposición forzosa.

El sólo interés en mi despertado me ha decidido a escribir sobre este tema, tomando como fuente necesaria nuestra jurisprudencia patria, que con esfuerzo he podido obtener, sin descuidar las doctrinas y principios esenciales expresados al respecto por los tratadistas en materia civil.

Como se verá en el desarrollo de este trabajo, en la primera parte me refiero a aspectos generales que he considerado conveniente exponerlos para tratar la investigación de la paternidad en nuestro derecho civil, refiriéndome en primer lugar a la extramatrimonial y luego a la matrimonial, no haciendo mención a los problemas de la maternidad por no ser objeto de esta tesis.

Dada mi falta de preparación en tan intrincado problema lo abordo en forma elemental, dentro del orden exclusivamente jurídico, pues para hacer un estudio acabado se necesita mucho tiempo, desvelado ahínco y sobre todo madurez intelectual, de la que carezco, siendo pues la única cualidad que abona a mi favor el entusiasmo que he puesto en este trabajo, por lo que espero que quien lo lea sepa dispensar mis errores.

PRIMERA PARTE

Título I

GENERALIDADES

Capítulo Unico

Considero conveniente comenzar este trabajo exponiendo algunos aspectos históricos de la investigación de la paternidad, dado que ésta no siempre ha sido admitida, y ha tenido notables alternativas según las épocas y según los países.

En el Derecho Romano no existió, la investigación de la paternidad natural, pues la condición de hijo natural sólo nacía del concubinato, no requiriendo el reconocimiento del padre, pues se presumía por la ley que el hijo nacido de la concubina era del concubinario, presunción que era suficiente para fijar su estado; siendo las condiciones del concubinato según los autores, de que la concubina fuese mujer única, que viviese con el hombre en su casa, que ambos fuesen púberes, no parientes en el grado prohibido para el matrimonio y que no hubiese mujer legítima, pues de lo contrario los hijos eran espúreos dentro de los cuales quedaban comprendidos los incestuosos, adulterinos, sacrílegos, etc.

En el Derecho Español, según las Partidas, hijo natural era el tenido con barragana, que en este aspecto sigue a la legislación romana, pero hay una diferencia entre el Derecho Romano y el de las Partidas, que consiste en la circunstancia de que el primero exigía que la concubina habitare en la casa del que la tiene, la cual no

se encuentra expresamente señalada en las segundas. Según el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, de don Joaquín Escribano, Tomo Segundo, la palabra barragana "se compone de la voz arábiga barra, que significa fuera y de la castellana gana, de modo que las dos palabras juntas quieren decir ganancia hecha fuera de legítimo matrimonio; y así los hijos de una barragana se llamaban hijos de ganancia: Ley 1, título IV, Partida 4".

El cambio de ideas acerca de la barraganía, produjo el desuso de la legislación de las Partidas, y trajo como consecuencia que la ley 11 de Toro introdujera innovaciones en lo referente a los hijos naturales, al disponer que: "E porque no se puede dubdar cuales son fijos naturales, ordenamos e mandamos que entonces se digan ser los fijos naturales, cuando al tiempo que nacieren o fueren concebidos, sus padres podrían casar con sus madres justamente sin dispensación, con tanto que el padre lo reconozca por su fijo; puesto que no haya tenido la mujer de quien lo hovo en su casa ni sea una sola, en concurriendo en el fijo las calidades susodichas, mandamos que sea fijo natural". Con lo que desapareció la barraganía como institución legal y se estableció el requisito del reconocimiento del padre para que el hijo pudiera ser tenido como natural.

"De este modo, siguiendo el Derecho Canónico, extendió la naturalidad aún a los hijos de mujeres que no eran propiamente concubinas o no constaba que lo fueran, haciendo cesar la presunción de paternidad que el derecho inducía del concubinato y exigió el reconocimiento del padre en su reemplazo; pero este reconocimiento

no estaba sometido a solemnidad alguna y podría resultar de la posesión notoria de la calidad de hijo por actos o hechos del padre que importaban la confesión de las relaciones que había tenido con la madre y de su creencia de ser él el padre, acreditado en juicio contradictorio. El reconocimiento era de este modo, voluntario o forzado; y en el hecho, la investigación de la paternidad era permitida, como lo habían resuelto en repetidas ocasiones los tribunales españoles". (1)

El Derecho Canónico en su afán de regenerar los hábitos favorece el matrimonio y deja al hijo natural solamente el derecho de alimentos; declarándolo indigno de profesar las órdenes sagradas y sus beneficios, ya que se mostró contra los falsos hogares por considerar que las relaciones sexuales son un pecado fuera del matrimonio. El Derecho Canónico reconoció una acción especial a las jóvenes seducidas denominada "Duc Aut dota", que consistía en que éstas tenían el derecho de exigir que el seductor la adoptara o la desposara. "Admitió la investigación de la paternidad para atribuir al hijo un derecho de alimentos; exigió la prueba rigurosa de la paternidad y del acta custodia ventris; es decir, de algo semejante al concubinato durante el período legal de la concepción, o

(1) *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Las Personas, Tomo Tercero, 2ª Edición, Luis Claro Solar, Pgs.18 y 19*

sea la prueba de las relaciones tales entre hombre y mujer, que por implicar la sujeción de ésta a la vigilancia del hombre, determinan la presunción de que aquella no tuvo relaciones sexuales con otro." (1)

El Art. 497 de la costumbre de Bretaña fue más severo pues colocaba el dilema en términos de hierro: "El matrimonio o la muerte", y lo que es peor es que la elección quedaba a cargo de la joven seducida.

Se señala particularmente que en la Edad Media surgió la investigación de la paternidad natural como un medio tendiente a descargar las comunas y parroquias de la pesada carga que tenían éstas de soportar la asistencia y el mantenimiento de los expósitos, recurriendo a la solución de que el padre proveyera al mantenimiento del hijo, aspecto que fue general en la Edad Media durante el siglo XV.

En el Derecho Francés, nos manifiesta Marcel Planiol en su Tratado Elemental de Derecho Civil, Volumen IV "que hasta la Revolución, fue libre la investigación de la paternidad; pero no tenía el mismo objeto que en la actualidad, pues ningún derecho hereditario tenían los bastardos (Loysel, N^o 63). El único objeto era obtener alimentos", y agrega que "cuando una mujer se declaraba en cinta y señalaba un hombre, como autor de su embarazo, se condenaba a éste, tan sólo con la afirmación de aquella mujer, a proveer, provisionalmente, a los gastos de gestación de la madre y al manteni-

(1) La Filiación 1^a Ed. Antonio Cicu, Pág. 235-

miento del hijo".- De aquí surgió la famosa máxima "Virgini praeg -
nanti creditur" cuya fórmula completa era la siguiente: "Creditur
virgini dicenti se ab aliquo agnitan et ex eo paegnantem esse", la
que sólo se admitía a las madres solteras que daban a luz por pri-
mera vez. Según el mismo autor "el verdadero sentido de la regla
fue establecido por Baret", quien fijó definitivamente el sentido
de la misma, apoyándose en otros autores antiguos, demostrando que
es menester distinguir fundamentalmente dos fases del procedimien-
to: el debate sobre la provisión de gastos y alimentos y el debate
sobre el fondo del asunto. Es solamente sobre la primera fase que
se aplicaba la máxima. Es suficiente que la madre designe en el mo-
mento del parto y bajo juramento a un individuo como padre del hi-
jo, para que éste sea obligado a título provisorio a pagar los gas-
tos del parto y proveer las primeras necesidades del hijo. Esta de-
cisión provisorio no prejuzgaba sobre el fondo ni le quitaba al pa-
dre los medios de impugnar la paternidad. La segunda fase del pro-
cedimiento se iniciaba cuando se discutía la cuestión de la pater-
nidad; no era suficiente sólo el juramento, era menester que la ma-
dre probara las relaciones sexuales con el padre durante el perío-
do de la concepción. El demandado podía excepcionarse demostrando
que la demandante había tenido comercio con otros individuos, e in-
dicó que la máxima sólo amparaba a la mujer virgen pero no a la me-
retriz.

Como los juicios de paternidad en Francia habían llegado a
ser según opinión de sus opositores "El azote de la sociedad" se

produjo fuerte corriente de opiniones en contra de la investigación de la paternidad, y como consecuencia la ley 12 Brumario del año II (2 de noviembre de 1793) la suprimió y sólo admitió como prueba el reconocimiento voluntario del padre, concediendo los mismos derechos hereditarios a los hijos naturales que a los legítimos.

"Vino después la dictación del Código Francés, el que no obstante hacer una clara diferencia entre los hijos legítimos y los ilegítimos, conservó en su artículo 340 la prohibición de investigar la paternidad ilegítima. En la dictación de este precepto tuvo ingerencia decisiva Napoleón Bonaparte, en aquel tiempo Primer Cónsul, que, como es sabido, intervino activamente en la discusión del Código. Napoleón era enemigo de la investigación de la paternidad natural. Suyas son las palabras tan tristemente célebres: "La Sociedad no tiene interés en que los bastardos sean reconocidos" palabras, que, por desgracia, pesaron demasiado en el ánimo de los demás redactores del Código. Apenas dictada la prohibición ella fue objeto de duras críticas no sólo de parte de los juristas, sino en general de la opinión ilustrada del país. Ello trajo como consecuencia que los tribunales buscaran una puerta de escape a fin de paliar los efectos de la prohibición. Para ello recurrieron a la responsabilidad delictual, argumentando que el hombre que embarazaba a una mujer y la hacía madre, cometía un delito o un cuasidelito civil que, de acuerdo con el artículo 1382 del Código Francés, lo obligaba a indemnizar los perjuicios causados. Naturalmente, que en el juicio para nada se mencionaba la paternidad ilegítima, y la indemnización se exigía al hombre,

no invocando su calidad de padre, sino como autor del embarazo".(1)

El Art. 340 del Código Civil Francés al prohibir la investigación de la paternidad, salvo en el caso de raptó, cuando la época de éste se relacionaba con la de la concepción, produjo diversas polémicas, como ya se manifestó, pues dejaba el camino abierto para la irresponsabilidad de los padres, con respecto a sus hijos naturales, las que influyeron para que variara la orientación respecto de este asunto, ya que en ella tomaron parte diferentes sectores de la ciudadanía argumentando muy razonablemente que tal prohibición era un aliciente, lamentable por cierto, para que surgiera el libertinaje y el desenfreno, y que no era justo que los padres no fueran obligados a la educación de sus hijos. Dicha campaña hizo posible la reforma del artículo 340 del Código Civil Francés, por la ley de 12 de noviembre de 1912 que permitió la investigación de la paternidad, en los siguientes casos:

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

II.- Si se ha cometido seducción, mediante abuso de autoridad o maniobras dolosas, como promesa de matrimonio o de esponsales, siempre que se prueben por principio de prueba escritos, procedentes del presunto padre.

(1) Derecho de Familia 2ª Ed. Manuel Somarriva Undurraga, Pgs. 499 y 500.

- III.- Si existen cartas u otro escrito privado del pretendido padre, y de los cuales resulte una prueba inequívoca de paternidad,
- IV.- Si el pretendido padre y la madre han vivido en concubinato notorio al tiempo de la concepción del hijo.
- V.- Si el presunto padre ha previsto al mantenimiento y educación del hijo, siempre que esa conducta no se justifique por motivo distinto de la creencia en la paternidad. No se trata de la posesión de estado, sino del cumplimiento de un deber de alimentos y educación.

Expuestos brevemente los anteriores antecedentes históricos de la investigación de la paternidad, considero necesario indicar que las legislaciones modernas han atenuado, unas en mayor grado que otras, las diferencias que tan marcadamente han existido entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y se han regulado los casos en que éstos últimos, pueden llegar a obtener judicialmente su calidad de hijo natural, lo que es muy plausible, pues tienden a borrar los valladares de privar al hijo sin padre de reclamar uno de sus principales derechos cual es de hacerse reconocer por su progenitor, de conformidad a la ley, cimentándose de este modo la realidad de los hijos extramatrimoniales.

Hay también legislaciones que admiten libremente la investigación de la paternidad, o sea, que no especifican taxativamente los casos en que procede, aceptando que en el proceso se empleen toda clase de pruebas, para acreditar las relaciones sexuales del padre y la madre al tiempo de la concepción del hijo. Pero al mismo tiempo

que admiten un libre camino probatorio, es característica de ellas la limitación de los derechos del hijo con respecto al padre, reduciéndolos generalmente a la alimentación y educación:

El tratadista Luis Fernández Clérigo, en su obra "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada" nos manifiesta que como tipos de estas legislaciones, aunque con diferentes efectos, son en Europa, la alemana, la suiza, la de varios estados escandinavos, la soviética y en cierto modo la inglesa, indicando que en el Código Civil alemán, el hijo no tiene otros derechos en cuanto al padre, según los Artos. 1708 al 1714, que los de alimentación y educación, con arreglo a la posición de la madre, y hasta cumplir la edad de 16 años.

Como vía de ejemplo en estas generalidades, transcribo a continuación lo que el mismo tratadista nos expone respecto al Código mencionado: "Limitado es en verdad este derecho, pero para obtenerlo, quedan abiertos libremente los caminos legales a todos los medios de pruebas que tiendan a justificar que el presunto padre ha cohabitado con la madre en la época de la concepción del hijo. Sin restricción alguna, lo establece así el Art. 1717, que no exige pruebas ni justificaciones de rapto, ni de violación ni de abuso de autoridad, ni posesión de estado, ni escrito auténtico, ni una situación de concubinato. Lo interesante es demostrar el hecho de la cohabitación coetánea con la concepción, y esa demostración puede hacerse por cuantos medios el derecho admite.

El demandado es quien, una vez probada la cohabitación con la madre, en la época de la concepción del hijo, podrá utilizar, contra la presunción de paternidad que de ella se deriva, dos excepciones, a saber: que otros hombres han cohabitado con la madre en la misma época, o sea la conocida exceptio plurium concubentium, o que, según las circunstancias, es evidentemente imposible el que la madre haya concebido al hijo por obra del presunto padre.

Para justificar estos extremos tiene el demandado también plena libertad y goza con amplitud de la facultad de utilizar pruebas de toda clase. Entre estas pruebas, podrá el demandado emplear las concernientes a la demostración de la imposibilidad física de acceso con la madre a que suele limitarse la doctrina clásica, pero también, y entre otras, las de raza, caracteres y sangre, que tienen, especialmente la última un gran valor actualmente para establecer la posición negativa en los procesos sobre investigación de la paternidad". (1)

Nuestro Código Civil adopta dos formas, como la mayoría de las legislaciones, para obtener la calidad de hijo natural que son: el reconocimiento voluntario, del que no me ocuparé por ser ajeno a mi trabajo; y el que se adquiere mediante declaratoria judicial, conocido por reconocimiento forzoso, admitiendo en consecuencia, la in-

(1) Obra citada UTEHA, 1947- Luis Fernández Clérigo, Pág. 241.

investigación de la paternidad, pero únicamente en los casos expresamente señalados en el Art. 283, que es el que estudiaré en su oportunidad; por lo que podemos afirmar que pertenece al grupo de los que sin aceptar la libre investigación de la paternidad, la admiten en los casos que específicamente señala.

TITULO II

CAPITULO I .- Fundamento de la investigación
de la Paternidad.

El problema a saber si el hijo extramatrimonial tiene derecho de recurrir a los tribunales para que se investigue quien es su padre, ha causado grandes debates; pero en virtud de lo que expuse en las palabras de introducción, me limitaré a manifestar que sus adversarios alegan el escándalo a que da lugar, el interés de las familias legítimas que importa proteger contra las reclamaciones de los hijos ilegítimos, la protección al honor de hombres de conducta intachable contra falsas imputaciones, la dificultad de la prueba de la paternidad, las discordias que produce en el seno de los hogares, que pueden llegar hasta su disolución. Contra estos argumentos considerados más especiosos que sólidos, se han levantado las voces no sólo de juristas, sino que también de diversos escritores, alegando entre otras razones las siguientes: que el legislador no consideró el temor del escándalo, al permitir procesos judiciales que pueden causarlo más como son las cuestiones de violación, adulterio y divorcio; el interés del hijo inocente de los errores y culpas de los padres; que la incertidumbre de la prueba de la paternidad no es valladar para establecerla, porque puede reglamentarse y rodearse de garantías; que la prohibición va contra el buen orden social; que la ley se hace cómplice de la irresponsabilidad del padre al proteger a éste y desamparar al hijo, lo que perjudica la ética y

los más elementales sentimientos de justicia. En cuanto a las uniones ilícitas se manifiesta que el prohibirse la investigación de la paternidad se les da auge, pues deja libres de obligaciones a los seductores que en la generalidad se prevalecen de la impreparación de mujeres humildes e infelices.

El fundamento de la investigación de la paternidad se puede encontrar sintetizado en las palabras de Luis Fernández Clérigo, cuando expresa: "como el hecho de la filiación extramatrimonial se produce, y se produce frecuentemente, la ley no puede cerrar los ojos ante la realidad y tiene que reconocer y regular el hecho. Lo que ocurre es que este hecho resulta más incierto, de más difícil comprobación, mucho más sujeto a error y a contingencias productoras de graves injusticias, que otros actos de transcendencia jurídica, y por eso la ley se ha inclinado siempre a favorecer y proteger la generación producida dentro del matrimonio, rodéandola de privilegios y degradando la extramatrimonial, en la idea, no muy acertada, de que así se fomentaba el matrimonio y se dificultaba, ya que no se impedía, la unión extramatrimonial y su consecuencia la filiación, más difícil de conocer y probar ante la ley. Es más, la mayoría de las legislaciones han llegado a declarar que sólo la filiación matrimonial se hallaba amparada por la ley, y la han calificado de ilegítima, frente a la extramatrimonial, que desenfadadamente han llamado, y siguen llamando muchas, ilegítima, como que si la ley pudiera apartarse escandalizada de un hecho de la vida humana, que

por dar lugar al nacimiento de un sujeto de derecho, tiene por ne
cesidad que contemplar serenamente y regular de modo adecuado. Tal
criterio jurídico olvida en absoluto, en atención a una situación
o estado social, el derecho subjetivo de la persona, el que corres
ponde al hijo inocente, que al llegar a la vida, ni conoce quien
lo engendró, ni en que circunstancias fue engendrado, y sobre el
cual se descarga para siempre una terrible sanción de culpa muchas
veces supuestas, pero que, aunque sean ciertas, en modo alguno pue
den imputarse al hijo. Por tal procedimiento, no se le hace culpa-
ble, sino víctima, lo cual no es ni puede ser nunca una función ju-
rídica. En consideración a estas razones, las legislaciones más mo-
dernas y progresistas tienden a disminuir, cuando no a borrar com-
pletamente, las diferencias antes muy acusadas entre filiación le-
gítima e ilegítima. Nosotros no creyendo adecuada esta terminolo-
gía, las designaremos con los nombres de filiación matrimonial y
extramatrimonial". (1)

Por lo expuesto, se puede afirmar que el principal fundamento
de la investigación de la paternidad natural es la existencia del
hijo, a la que corresponde el deber del padre de ponerlo en apti-
tud de cumplir su destino, pues como él será en la vida sujeto de
deberes y derechos.

En nuestro país la investigación de la paternidad tiene un
fundamento constitucional, ya que el Art. 180 de la Constitución

(1) Obra citada, UTEHA, 1947- Luis Fernández Clérigo. Pág.180

Política en sus incisos 1º y último respectivamente, prescribe "Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, y los adoptivos, tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y a la protección del padre". "La ley determinará la forma de investigar la paternidad".

La disposición anterior nos indica que la ley no puede desatenderse de los hijos nacidos fuera de matrimonio, pues no es justo que por una situación de la que ellos no tienen ninguna clase de culpa, queden en desamparo, y por lo tanto como seres inocentes merecen de la protección de la ley, lo cual no significa ir contra la institución del matrimonio, pues la misma constitución en el Art. 179 establece que es el fundamento legal de la familia y que debe fomentarse, pero dentro de la justicia ello no obsta para desconocer la realidad o sea la existencia de los hijos llamados ilegítimos, que es de porcentaje elevado en nuestro país, y de conformidad al Inc. final del Art. 180 C.P. corresponde al Estado dictar la legislación adecuada a efecto de hacer realidad los sagrados derechos del hijo. Sobre el tema relativo a la igualdad de derechos entre los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, que el Art. constitucional antes indicado, dada su redacción, lo limita a la educación, asistencia y protección del padre para con sus hijos naturales, no haré ningún análisis por no ser objeto de este breve trabajo.

CAPITULO II Concepto de hijo natural.

He manifestado anteriormente, que en el derecho romano se consideraban naturales los hijos nacidos de concubinato y que para adquirir tal carácter no necesitaban del reconocimiento del padre, dado que el concubinato tenía carácter legal, y que en el derecho español, según las Partidas, que en este aspecto siguió la legislación romana, hijo natural era el tenido con barragana, unión semejante a la del concubinato romano, Así mismo que el concepto de hijo natural cambió por disposición de la Ley 11 de Toro, que exigió el reconocimiento del padre, para que fuese tenido como tal, al desaparecer la barraganía como institución legal. De este modo manifiesta la Enciclopedia Espasa, Tomo 42 Pág. 747, que quedó fijado el siguiente concepto de hijo natural: "e] habido en cualquier género de unión no matrimonial, siempre que los padres tuvieran capacidad para contraer matrimonio, sin necesidad de dispensa, en el momento de la concepción o el del parto, y fuese reconocido por el padre".

El Código Civil Español modificó este concepto al disponer en el Art. 119 Inc. 2º. que "son hijos naturales los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieron casarse sin dispensa o con ella." Al respecto el tratadista José María Manresa y Navarro, en su obra Comentarios al Código Civil Español, nos dice "son dos, pues, y muy radicales, las diferencias entre el Código y la célebre ley 11 de Toro. La primera consis

te en haber hecho desaparecer la dualidad de términos (el de la concepción y parto) conservando aquel que propiamente caracteriza al hijo, que es el de la concepción; y la segunda, en favorecer a los que tienen sólo impedimento dispensable en la fecha de la concepción, ~~h~~ igualándolos, en punto al estado de sus hijos, con los que pudieron casarse libremente por no mediar entre ellos impedimento. La definición del Código tiene, por tanto, muchas ventajas sobre la de la ley de Toro, y excluye las dudas que ésta promovía en su aplicación." (1)

Así mismo el Código Civil español en el Art. 139 manifiesta que "Los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos conforme al Art. 143"; por lo que dicho Código distingue dos clases de hijos ilegítimos: los hijos naturales que son aquellos nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción pudieron casarse con dispensa o sin ella (Art. 119 Inc. 2º) que pueden ser objeto de legitimación y ser reconocidos voluntariamente por sus padres (Art. 129) estando éstos obligados a reconocerlos en los casos señalados en el Art. 135; y los demás ilegítimos en quienes no concurren la condición legal de naturales, que a decir del mismo tratadista son los adulterinos, los sacrílegos y los incestuosos, o sean los de dañado ayuntamiento, que sólo tienen derecho a alimentos como ya se expuso.

(1) Comentarios al Código Civil Español, Tomo I, Séptima Edición,
José María Manresa y Navarro. Pág. 700

Conforme a otras legislaciones, por ejemplo la chilena, se suprimió la prohibición de no poder reconocer a los hijos de dañado ayuntamiento; y sobre el particular don Luis Claro Solar, dice: "la ley N° 5.750 (de 2 de noviembre de 1935) suprimió la frase "no siendo de dañado ayuntamiento", como suprimió la calificación de hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos; y, por consiguiente, no hay actualmente diferencia en la filiación ilegítima para el reconocimiento de los hijos ilegítimos.

Todos los hijos ilegítimos, aún siendo de dañado ayuntamiento, pueden ser reconocidos en la calidad de hijos naturales. Por consiguiente, pueden serlo los hijos adulterinos, los incestuosos y los sacrílegos". (1)

Posteriormente por ley N° 10.271 de fecha 2 de abril de 1952 admitió la legislación chilena, en los casos que expresamente señale y con las limitaciones que contiene, la investigación de la paternidad natural, Es así como el expositor Fernando Fueyo Lanari, manifiesta, que de acuerdo con las nuevas disposiciones legales, "son hijos naturales los hijos ilegítimos a los cuales la ley atribuye el estado civil de hijos naturales, respecto del padre o madre que los haya reconocido o cuya paternidad o maternidad haya sido establecida de acuerdo con las reglas contenidas en el Título XII del Libro I del Código Civil.

(1) De las Personas, Tomo Tercero, Segunda Ed. Pág. 10 -

También puede decirse con mayor acento doctrinal que es el complejo de relaciones jurídicas atinentes al hijo ilegítimo a raíz de un reconocimiento o una declaración judicial". (1)

En iguales términos nos da el siguiente concepto, Manuel Somarriva Undurraga, en su obra *Derecho de Familia, Segunda Edición*, pág. 503, al expresar que: "son los hijos ilegítimos a los cuales la ley atribuye el estado civil de hijos naturales, respecto del padre o madre que los haya reconocido, o cuya paternidad o maternidad se haya establecido de acuerdo con las reglas contenidas en el Título XII del Libro I del Código Civil", expresando que el reconocimiento de hijo natural puede ser de dos clases: "voluntario en las situaciones de los números 1º y 5º del Artículo 271, y forzado o por sentencia judicial en los casos de los números 2º, 3º y 4º del mismo precepto."

Como se ve el concepto de hijo natural varía en las legislaciones, que como ejemplo se han expresado, lo que nos da un índice de la no uniformidad en lo que a ello respecta.

Nuestro Código Civil en el Art. 35 nos dice que: "Son hijos naturales los ilegítimos que han sido reconocidos por su padre de la manera determinada por la ley" y el Art. 279 prescribe que "Los hijos nacidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos voluntariamente por su padre o declarados reconocidos por parte de éste por el Juez respectivo y tendrán la calidad de hijos naturales".

(1) *Derecho de familia, volumen III, Fernando Fueyo Laneri, Pág.*

Es decir, que entre nosotros el estado civil de hijo natural, sólo existe con respecto al padre, tal como expresamente lo señala el Art. 322C. Inc. 2º; ya que en relación a la madre, el hijo ilegítimo tiene iguales derechos que el legítimo, y en este aspecto nuestra legislación al igual que la romana, aplica el hecho fundamental de que la maternidad es cierta - mater semper certa es.

Por lo expuesto, según la ley vigente son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio a los cuales la ley atribuye el estado civil de hijos naturales, respecto del padre que los ha reconocido voluntariamente o cuya paternidad ha sido declarada judicialmente.

CAPITULO III

Status de hijo natural.

En nuestro derecho civil se adquiere el estado de hijo natural por medio de modos determinados, cuales son el reconocimiento voluntario del padre y la declaratoria judicial', y al respecto el Art. 279 prescribe que "los hijos nacidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos voluntariamente por su padre o declarados reconocidos de parte de éste por el Juez respectivo y tendrán la calidad de hijos naturales". Por lo que puede decirse que se obtiene por reconocimiento voluntario y por reconocimiento forzoso.

El estado de hijo natural tiene una exteriorización que es el título de estado. Esto es "el documento fehaciente que acredita legalmente ese estado civil", y es así como en nuestro derecho positivo y en otros, no se concibe el título de estado sin documento, y este puede consistir en testamento, acta de inscripción, escritura pública, sentencia judicial ejecutoriada, etc. También se ha estimado que el título de estado es el fundamento jurídico. En este sentido, el reconocimiento como acto jurídico que constituye el estado es el título (fundamento) de tal estado de hijo reconocido; lo mismo que lo sería la generación por los cónyuges para el estado de hijo legítimo o el matrimonio para el estado conyugal.

"El hijo natural tiene un estado civil que constituye una situación jurídica de carácter permanente, de la cual derivan derechos y obligaciones ajenas a la capacidad del sujeto. A estos derechos que emanan del estado de hijo natural se le aplican las reglas generales, y en cuanto son de orden público están fuera del comercio humano; son inalienables e imprescriptibles. La función del título de estado es

transcendental, inviste a la persona de un estado y luego le sirve para acreditar ese estado y hacerlo oponible a todos". (1)

No basta ser hijo, es preciso tener el título. Las personas no pueden hacer valer sus derechos sino presentan el título, y hecho esto, todos deben considerar como legalmente existente el estado que resulta de ese título. Nuestro Código Civil determina en el Art. 322 Inc. 2º que el estado civil de hijo natural deberá probarse de conformidad a las disposiciones del Título XII del Libro I, en el que se encuentran las disposiciones legales que regulan los modos en que el hijo extramatrimonial adquiere su estado de hijo natural. El reconocimiento voluntario del padre puede hacerse de conformidad al Art. 280 C. "por instrumento público, por acto testamentario, por el acta del matrimonio en el caso del Art. 218, por escritos u otros actos judiciales, y 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." De las causales anteriores la que expresa "por el acta del matrimonio en el caso del Art. 218", no es según mi opinión un caso de reconocimiento voluntario sino que constituye una causal de legitimación, ya que de conformidad al Art. 218 C., el matrimonio de los padres legitima ipso jure a los que uno y otro hayan reconocido como hijos de ambos en el acta del matrimonio. Otras formas de obtener el reconoci-

(1) Derecho de Familia, Volumen III, Fernando Fueyo Laneri. Pág. 435.

miento voluntario, la regulan los Artos. 281 y 282, que por su orden prescriben "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." "Si el demandado no compareciese por sí o por apoderado especial a prestar la declaración, se le citará 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." Conforme al primer artículo si el padre comparece ante el Juez y declara que reconoce al hijo, queda establecida la calidad de natural de éste; pero como la declaración del presunto padre se deja a su conciencia, puede suceder que al comparecer niegue la paternidad. Si no comparece a la primera citación el Art. 282 permita que se le cite por segunda vez, y si aún así comparece el Juez tiene por reconocida la paternidad.

Pero si el padre no verifica en forma voluntaria el reconocimiento del hijo, entonces éste por sí o por medio de su representante legal, puede recurrir al reconocimiento forzoso en los casos contemplados en el Art. 283 C que es del que me ocuparé.

Como ya lo manifesté anteriormente, en nuestra legislación, el estado civil de hijo natural, sólo existe con respecto al padre, ya que con respecto a la madre los hijos ilegítimos tienen iguales derechos que los legítimos, y prueban su calidad de tal con la certificación de la partida de nacimiento, en consecuencia no necesitan de una reconocimiento de la madre o en su defecto recurrir al juicio de investigación de la maternidad, como en otras legislaciones, por ejemplo la chilena.

SEGUNDA PARTE

La Investigación de la Paternidad en el Derecho Civil Salvadoreño.

TITULO III

Capítulo Unico.- Desarrollo Histórico.

Al hacer una revisión de nuestra legislación a partir del 15 de septiembre de 1821, fecha de nuestra independencia, hasta la promulgación del Código Civil de 1860, no encontramos ninguna disposición que se refiera a la investigación de la paternidad.

Ante la necesidad imperiosa de unificar y sistematizar las leyes que se habían dictado a partir de la independencia, por ley de 4 de febrero de 1858 se autorizó al Poder Ejecutivo para que nombrara una comisión que redactase el proyecto de Código Civil, que fue integrada por los Licenciados José María Silva y Ángel Quiróz, y al concluir éstos su trabajo se nombró otra comisión para que lo revisara, que quedó formada por los Licenciados José Eustaquio Cuéllar, Anselmo Paíz y Tomás Ayón, quienes presentaron el proyecto aludido con el informe respectivo, el día 20 de agosto de 1859, y tres días después el Presidente de la República General Gerardo Barrios dió el Decreto de Promulgación del Código.

La Primera Edición fué impresa en Nueva York, en la imprenta de Eduardo O. Jenkins, habiéndose emitido el 10 de abril de 1860 el Decreto en vigencia, que aparece publicado en la Gaceta Oficial del día 14 del mismo mes, razón por la cual se denominó Código Civil de 1860. Del informe rendido por la Comisión entresacamos los párrafos que dicen: "Comprendidos los funestos resultados del abandono de la próle ilegítima, se ha dado en el proyecto a los hijos ilegítimos to-

da la protección compatible con los derechos de los legítimos, proveyendo a lo menos a su necesaria subsistencia y educación. La calidad del hijo natural confiere ciertos derechos, y se ha excluido la prueba de testigos, adoptándose exclusivamente la instrumental para el reconocimiento del padre natural." "Por lo que toca al método y plan de la obra, la Comisión observa, que se ha seguido el del Código Chileno, que es en realidad el más completo; como que en su formación se consultaron varios códigos de Europa y América. El informe del Presidente de aquella República al Congreso Nacional del presente año, justifica la elección de los señores redactores del proyecto". "Antes de concluir, su informe, la Comisión revisora se toma la libertad de hacer una importante indicación al Excelentísimo señor Presidente de la República. No puede asegurar la Comisión que el Código revisado esté exento de imperfecciones y vacíos; por que en materia de legislación es imposible la perfección absoluta. La observación empero, del Supremo Tribunal de Justicia, y el transcurso del tiempo, irán poniendo de manifiesto los defectos que hayan podido ocultarse en el exámen del proyecto, y de este modo se corregirán oportunamente las disposiciones del Código que no alcanzan a dar el lleno a los fines de su emisión."

En el Código de 1860 figuraba el Capítulo XIV - De los hijos no reconocidos solemnemente - del cual se transcriben los siguientes artículos:

Art. 286. Por parte del hijo espurio habrá derecho a que el supuesto padre sea citado ante el Juez a declarar bajo juramento

si cree serlo; expresándose en la citación el objeto de ella.

Art. 287. Si el demandado no compareciere pudiendo, y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, si aún no hubiere comparecido en el término señalado en la segunda citación.

Art. 288. Si el demandado confesare que se cree padre, o según lo dispuesto en el Art. 287, se mirare como reconocida la paternidad, será obligado a suministrar alimentos al hijo en la proporción que le corresponda, según el Art. 283; pero sólo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia.

Si el demandado negare ser el padre, podrá el hijo probar que lo reconoció por alguno de los hechos siguientes:

1º- Por escritos u otros actos judiciales.

2º- Dándole a conocer como hijo suyo a sus herederos declarándolo éstos judicialmente.

Art. 289. No es admisible la indagación o presunción de paternidad, por otros medios que los expresados en los tres artículos anteriores.

Pero el Art. 290 prescribía que "El reconocimiento hecho en la forma que se expresa en el Art. 288 no confiere al hijo espurio en ningún caso la calidad de natural ni otros derechos respecto de su padre que el de pedirle alimentos."

Los legisladores del Código influenciados por las doctrinas romanistas y españolas, empleaba el epíteto tan duramente adversado de espurios, para designar a los ilegítimos que no adquirían la ca-

lidad de naturales. Ya que por otra parte en el Título XII que trataba de los hijos naturales, el 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."

Con respecto a lo que prescribía el Código de 1860 puede aplicársele las palabras del profesor Manuel Somarriva Undurraga, cuando al referirse al Código Civil Chileno, antes de la ley Nº 5750, expresa "Nuestro Código, a pesar de lo dicho y de que sólo faculta al hijo ilegítimo para exigir alimentos de su padre, prácticamente no aceptó la investigación de la paternidad. Decimos prácticamente porque el único derecho que le confería al hijo en los artículos 282 y 283 era el de citar a su padre a la presencia del Juez para que bajo juramento declarare si reconocía la paternidad que se le imputaba. Si el padre reconocía buenamente la paternidad, quedaba obligado a darle alimentos al hijo; pero, por el contrario, si la desconocía, la cuestión concluía: el hijo carecía de medios para llevar adelante la investigación. Como puede verse en el fondo, el Código no aceptó la investigación de la paternidad. En realidad el reconocimiento del hijo ilegítimo era tan voluntario como el del hijo natural, con la sólo diferencia que la confesión de la paternidad ilegítima podía ser espontánea o provocada (esto último a virtud de la citación del padre para que compareciere ante el Juez); mientras que la confesión de la paternidad natural jamás podía ser provocada, sino siempre espontánea". (1) Con la aclaración de que

(1) Derecho de Familia, Manuel Somarriva Undurraga. Pág. 449.

nuestro Código de 1860 en el Art. 288, después del inciso primero decía: "Si el demandado negare ser el padre podrá el hijo probar que lo reconoció por alguno de los hechos siguientes: 1º por escritos u otros actos judiciales. 2º- Dándole a conocer como hijo suyo a sus herederos declarándolo éstos judicialmente", lo que no altera el fondo de lo transcrito, ya que dichos números se referían a caso en que la misma ley consideraba de antemano que el padre había reconocido al hijo.

Conforme lo expuesto existían hijos ilegítimos reconocidos e hijos naturales, lo que el mismo tratadista Somarriva manifiesta que el Código Chileno lo reglamenta de una manera "sui generis", y que el mismo Bello se encargó de advertirlo expresamente.

Pero el Título XIV del Código de 1860 fue suprimido por mandato expreso de la ley de 4 de agosto de 1902, en consecuencia no figura en la Ed. de 1904 ni en las posteriores, y trasladó las disposiciones a que se referían los Artos. 286 y 287 al "Título XII - De los hijos naturales", que con la redacción que les fue dada por la ley de 21 de junio de 1907 figuran actualmente con los números 281 y 282. Así mismo la ley 4 de agosto de 1902, incluyó entre las formas de reconocimiento de hijo natural las siguientes "por escritos u otros actos judiciales, o dando el padre a conocer al hijo como suyo a sus herederos presuntivos, declarándolo éstos judicialmente", reformando el Inc. 1º del Art. 316 en la Edición de 1893.- Anteriormente por ley de 30 de marzo de 1880 se suprimió del Art. 274 del Código de 1860 la frase "no siendo de dañado ayuntamiento".

Este último artículo con sólo dicha reforma en la Edición de 1926 con el N^o 279 se les así: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio, podrán ser reconocidos por su padre y tendrán la calidad legal de hijos naturales."

Como se ve con las reformas anteriores se comenzaba a aplicar los principios de justicia reconocidos a favor de los hijos nacidos fuera de matrimonio, ya que se suprimió la prohibición de no poder reconocer voluntariamente a los hijos de dañado ayuntamiento, se establecieron formas nuevas de reconocimiento de hijo natural, ya relacionadas, por ley de 4 de agosto de 1902, y por ley de 22 de octubre de 1903 se suprimió la definición de espurios.

En la Edición de 1926, El Art. 283, conservando la redacción dada por ley de 21 de junio de 1907, prescribía: "Si por sentencia firme pronunciada en juicio criminal se probare estupro, violación o raptó, y con arreglo al artículo 74 hubiere sido posible la concepción al consumarse cualquiera de los dos primeros delitos, o mientras estuvo la robada en poder del raptor, el hijo tendrá derecho a que se le declare natural y el Juez lo hará así con conocimiento de causa.

La acción que por este artículo se concede, expira en diez años contados desde la fecha en que pudo intentarse."

Conforme a dicho artículo para que el hijo tuviere derecho a que se le declarare como natural, era requisito indispensable la sentencia ejecutoriada respectiva pronunciada en juicio criminal. Por lo que si el acusado de cualquiera de dichos delitos obtenía

veredicto absolutorio y en consecuencia la sentencia pronunciada le era favorable, no podría obligársele a que reconociera al hijo. Por otra parte el Art. 402 del Código Penal, ya establecía que "Los reos de violación, estupro o raptó serán también condenados por vía de indemnización: 2º- A reconocer a la prole como natural".

Pero por ley de 12 de noviembre de 1928 la Asamblea Legislativa, considerando "que es un deber del Poder Público procurar el mejoramiento de la condición de los hijos ilegítimos y que esta finalidad puede obtenerse, en parte, facilitando con disposiciones justas y convenientes la investigación de la paternidad" decretó reformas al Código Civil, permitiendo la investigación en juicio de la paternidad, al reformar entre otros, los artículos 279 y 283 en la forma siguiente:

Art. 279. Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos voluntariamente por su padre o declarados reconocidos de parte de éste por el Juez respectivo y tendrán la calidad de hijos naturales.

Art. 283. La declaratoria judicial de hijos naturales procederá en los casos siguientes:

1º- Cuando el hijo se halle 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 en 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 pa-

dre hubiese fallecido antes de vencerse ese término:

2º- En el estupro, violación o raptó cuando la época en que estos hechos se consumaron coincide con la concepción, según el artículo 74:

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 último caso es necesario que exista un principio de prueba por escrito:

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 pretenda establecer:

5º- En el caso en que el pretendido padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante la época en que, según el artículo 74, pudo verificarse la concepción, si la madre ha observado durante el tiempo del concubinato una conducta honesta:

Además de tal reconocimiento forzado la madre tiene derecho, en caso haya lugar, a una indemnización conforme al artículo 2080.

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, entre el supuesto padre o contra sus herederos o contra el curador de la herencia yacente; debiendo tramitarse dicha acción en juicio ordinario.

Con relación a la reforma de los artículos del Código Civil, por ley de 12 de noviembre de 1928, se encuentra en el archivo de la

Asamblea Legislativa, el expediente N^o 17, del cual tomamos los datos siguientes:

El día 10 de febrero de 1925 varios vecinos de esta capital se dirigieron a la Asamblea Nacional, pidiendo entre otros asuntos, se estableciera de un modo categórico la investigación de la paternidad y la responsabilidad subsiguiente al ser declarada. El día 2 de abril de 1925 se proveyó el auto que dice: "A moción del señor Presidente doctor Rodríguez, se resuelve: excitar al Honorable Consejo Superior Universitario, muy atentamente; para que si lo tiene a bien se sirva formular el correspondiente proyecto de ley, tomando en cuenta la solicitud de los interesados y el dictámen de la Comisión respectiva". Firmas ilegibles. Con fecha 6 de mayo de 1926, el señor Rector de la Universidad Nacional, doctor J. Max Olano, remitió a la Asamblea Nacional el Proyecto de reformas elaborado por los doctores J. Ernesto Vásquez y Vidal S. López, con el oficio que en parte dice: "De conformidad con lo acordado en su resolución del día de ayer por el Honorable Consejo Universitario, tengo el honor de dar cuenta a esa Augusta Asamblea Nacional con el Proyecto de reformas relativo a la investigación de la paternidad, que los señores académicos doctores don J. Ernesto Vásquez y don Vidal S. López, han elaborado por Comisión de la Honorable Junta Directiva de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, a quien el Honorable Consejo pasó la excitativa que para el efecto de la elaboración de dicho proyecto le hiciera el retropróximo año esa misma Asamblea."

A continuación se transcribe el informe constitucional que so-

bre dicho proyecto emitió la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas del día veinticinco de junio de mil novecientos veinte y ocho:

"Este Supremo Tribunal ha estudiado con toda atención el Proyecto de Ley sobre reconocimiento de hijos naturales e investigación de la paternidad, de éstos, elaborado por los académicos doctores don J. Ernesto Vásquez y don Vidal S. López, comisionados al efecto por la Honorable Junta Directiva de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, a quien el honorable Consejo Universitario pasó la exitativa que para el mismo fin le hiciera la Honorable Junta Directiva de la Facultad de mil novecientos veinticinco; y tiene a bien emitir el informe constitucional que se le ha pedido, en los términos siguientes:

"Dos medios primordiales establece el Proyecto de Ley mencionado para el reconocimiento de hijos naturales, y son los mismos que se determinan en la ley civil vigente, esto es: reconocimiento voluntario por su padre y reconocimiento declarado por el Juez respectivo, con las formalidades legales.

"Nada nuevo tras el Proyecto en lo referente a la primera clase de reconocimiento, porque las formas enumeradas en el Art. 280 C., son idénticas a las ya establecidas en el Código Civil, con la única ventaja, por razón de método de haber consignado en dicho artículo solamente los medios de reconocimiento voluntario. Sin embargo, opina este Tribunal que el reconocimiento que hace el padre del hijo firmando en concepto de tal la 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 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".

"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.

"Examinando cada uno de los casos enumerados en el Art. 283 C., que trae el proyecto, es de parecer que son, en general, aceptables en su mayor parte, pero cree conveniente hacer algunas supresiones, modificaciones y adiciones que se indicarán en seguida, lo mismo que

las razones que asisten a la Corte para ello, debiendo además re-
dactarse en una forma más apropiada el inciso 1º del referido artí-
culo.

Dicho inciso deberá redactarse así:

"La declaratoria judicial de hijos naturales procederá en
los casos siguientes:....."

Los números 1º y 2º del citado artículo se fusionará en una
sólo, debiendo redactarse de esta manera:

"Nº 1º- Cuando el hijo se halle 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, edu-
cación y establecimiento; que lo ha presentado en ese carácter a sus
herederos presuntos, a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecinda-
rio 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
ese término."

"Los autores del proyecto, en el número 2º del Art. 283 es-
tablecen como un medio de reconocimiento del hijo natural, que el su-
puesto padre haya dado a conocer al hijo como suyo a sus herederos y
suprime la condición final del Nº 6º del Art. 280 C., que dice: "de-
clarándolo éstos judicialmente". Esta supresión obedece, con razón,
a que tal como está la ley se deja el buen éxito de la acción que se
intenta, a la voluntad exclusiva de los herederos, que nulificarían
casi siempre con su negativa, la prueba del actor por más robusta que

fuere, y por eso sin duda en la historia de la jurisprudencia no se registra ningún juicio fundado en ese medio legal establecido, Sin embargo, considera este Tribunal que el simple hecho aislado de que el padre dé a conocer al hijo como suyo a 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 aquel hecho aislado como un elemento de la posesión notoria de dicho estado.

"También el hecho consignado en el N^o 1^o del citado Art. 283 del Proyecto, no ha de ser por sí sólo fundamento 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 éste concepto se halla vinculado a otros hechos que han de poner en evidencia, de una manera ostensible, que el padre da a conocer el carácter de tal a sus deudos 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 de hijo natural. Por eso estima la Corte conveniente, para mayor garantía de dicho estado, siguiendo en esto al Código Civil de Guatemala, apoyar la declaratoria del reconocimiento en la posesión notoria y fusionar los números 1^o y 2^o del artículo mencionado en uno sólo, como queda

redactado. Ha considerado también necesario que esa posesión notoria dure por lo menos diez años contínuos, 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 dirigido por una influencia extraña de cualquiera 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.

El N^o 4^o del referido Art. 283 del Proyecto debe suprimirse. Piensa este Tribunal que la seducción de la mujer, llevada a cabo en las circunstancias que expresa dicho número, no presta la firmeza necesaria para que pueda servir de fundamento al reconocimiento del hijo natural. La variedad de medios y formas de seducción, traería en la práctica un semillero de acciones investigadoras de la paternidad, amparadas por la prueba testimonial, de la cual puede abusarse fácilmente, produciendo intranquilidad en el seno de las familias, y que si en algunos casos hubiere justicia y equidad, en muchos más aparecerían pasiones innobles y fines interesados. La seducción, además, está velada casi siempre por medios ocultos y la caída de la mujer pasa ignorada muchas veces, por tiempo indeterminado, a los ojos de la sociedad, haciendo difícil la prueba respectiva para fijar con precisión la coincidencia de la época de la concepción con la del hecho que la origina, y es aquí donde resalta más el peligro de la prue-

ba testimonial sospechosa.

El N^o 6^o del mismo Art. 283 del Proyecto debe redactarse así:

"Cuando los padres hayan vivido maritalmente en una misma casa, siempre que la mujer sea de conducta honesta, y que el hijo nazca después de ciento ochenta días de comenzada la vida común, o dentro de los trescientos días siguientes a la separación."

La declaración anterior ha sido tomada exactamente del N^o 5^o del Art. 268 del Código Civil de Guatemala vigente, por considerar que se llena mejor así las exigencias de garantía y firmeza que reclama la investigación de la paternidad en este caso, pues queda de esa manera más visibles y patentes, por largo tiempo y al amparo de la honestidad de la mujer, los hechos que originan dicha paternidad, asimilándolos en cierto sentido a los de la paternidad legítima, habiendo por consiguiente más facilidad y probable veracidad en la prueba testimonial que la justifique.

El siguiente inciso al N^o 6^o del Proyecto, establece a favor de la madre, en caso de reconocimiento forzado, el derecho a una indemnización conforme el Art. 2080 C. La exposición de motivos del Proyecto, refiriéndose a esta indemnización, dice que se introduce tal novedad en interés de la mujer que ha sido seducida o abandonada por el hombre, indemnización cuya cuantía es posible apreciarla en dinero por los tribunales. Si la seducción es la causa de la indemnización, no tendría ya ningún enlace con la reforma que se propone al reconocimiento de hijos naturales, puesto que esta Corte ha expuesto atrás la conveniencia de eliminar la seducción como fundamento de la

investigación de la paternidad; no siendo pertinente consignar en la reforma dicha, el derecho a esa indemnización fundada en tal seducción o en el abandono que el hombre hace de la mujer. Ha podido tratarse de ese derecho en otro lugar más apropiado de la ley civil, reglamentándolo de tal manera que ponga dique desde luego a los abusos que pudieran cometerse so pretexto de daños y perjuicios ilusorios encaminados a la explotación.

«Los dos últimos incisos del repetido Art. 283 del Proyecto, establecen qué personas, contra quiénes y en qué tiempo es permitido promover la acción para el reconocimiento forzoso de hijo natural. Este Tribunal, después de un atento examen del contenido de esos dos incisos, concluye que, según su entender, pueden ambos reducirse a uno sólo, redactado en los términos siguientes:

«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.»

«El Proyecto restringe a corto tiempo la prescripción de la acción mencionada, pero admite sin embargo la suspensión de ella durante la minoría de edad, lo cual facilita al demandado o demandados la defensa que pueda hacerse en caso de una acción indebida, que es la razón principal que se tuvo en mira, en el Proyecto, para aquella restricción.»

«Predomina como criterio general en la Legislación, que la

prescripción de la acción de la naturaleza indicada, tenga toda la amplitud de tiempo posible, sin duda por el hecho esencial de que la sociedad está intensamente interesada porque el verdadero estado civil de las personas, fuente de multitud de derechos, sea bien definida como un medio de estabilidad social; y por eso estableció el Art. 337 C., el precepto trascendental de que "ni prescripción ni fallo alguno, entre cualquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que lo desconoce; lo cual se entenderá sin perjuicio de no ser admisible la indagación o presunción de paternidad por otros medios que los expresados en los Artos. 280, 281 y 282 C."

"La Corte no encuentra fundada razón para cambiar el criterio legal establecido acerca de la prescripción de la acción que se discute, y sostiene su opinión en el sentido de que prevalezcan los preceptos legales vigentes.

"Debe hacerse constar, además, que el inciso como queda redactado, comprende el caso de que un hijo mayor de edad, demente o sordomudo, pueda entablar la referida acción por medio de su representante legal.

Por último, el inciso final del Art. 286 del Proyecto, debe redactarse así:

"2 No haberse verificado el reconocimiento conforme a la ley".

La modificación que encierra es de pura forma, pero se considera más precisa y correcta."(1)

(1) Revista Judicial, Tomo XXXIII, abril a junio de 1928, Págs. 154, 155, 156, 157 y 158.

El anterior informe constitucional aparece suscrito por los señores magistrados Ochoa, Arrieta Rossi, Gómez, Cáceres B., Chavez G., Funes, Cortés Reales."

Expuesto lo anterior se empezará por exponer qué personas pueden ejercer la acción de reclamación de estado de hijo natural y contra quiénes, para luego entrar al estudio de las causales.

TITULO IV *Acción de Reclamación de estado de hijo natural.*

CAPITULO I *Quienes pueden ejercerla.*

La acción para reclamar en juicio el estado civil de hijo natural, que nuestro Código Civil denomina reconocimiento forzoso, corresponde de conformidad al Art. 283 Inc. último sólo al hijo por sí o por medio de su representante legal.

Al hijo ilegítimo menor de edad, lo representa la madre, a quien el Art. 252 C. concede la patria potestad. En defecto de la madre por muerte, por habersele suspendido la patria potestad o por cualquier otro motivo legal, lo representa el tutor, pues están sujetos a tutela los menores que no han obtenido habilitación de edad, según lo prescribe el Art. 362 C.; por otra parte la Ley Orgánica del Ministerio Público, dada por Decreto Legislativo Nº 603 de fecha 4 de marzo de 1952, publicado en el Diario Oficial del día 18 del mismo mes y año, en el Art. 63 establece que a falta de madre y de representante legal del menor podrá solicitar el reconocimiento el Agente Auxiliar Permanente o el Agente del Procurador General de Pobres que tuviere conocimiento de ese estado de cosas.

Al Procurador General de Pobres, entre otras atribuciones, le corresponde de conformidad al Art. 100 de la Constitución Política "1º- Velar por la defensa de las personas e intereses de los menores y demás incapaces". "2º- Dar asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos, etc.", motivo por el cual el Art. 63 antes mencionado da cumplimiento a un mandato constitucional, que ya

figuraba en la Constitución Política de 1950, y constituye una adición a lo dispuesto por el Código Civil.

Al hijo mayor de edad, sordo mudo que no pueda darse a entender por escrito o demente, lo representa su curador, pues en esas circunstancias está sujeto a curatela, de conformidad al Art. 363.C.-

Nuestra Legislación no fija plazo al hijo ni a su representante legal, para el ejercicio de la acción, y su justificación la encontramos en el informe constitucional emitido por la Corte Suprema de Justicia, a las 10 horas del día 25 de junio de 1928, transcrito en el capítulo anterior, en la parte que se refiere a los dos últimos incisos del Art. 283 del proyecto ya mencionado, por lo que no se considera oportuno exponer nuevamente las razones indicadas en dicho informe.

Hay legislaciones que fijan plazo para el ejercicio de la acción, por ejemplo la francesa que en el Art. 340 del Código Civil concede a la madre un plazo de dos años, a contar de la fecha del nacimiento del hijo, excepto en los casos de concubinato y de que el padre haya provisto a los gastos de mantenimiento y educación del hijo, en los que se empieza a contar dicho plazo de dos años desde la cesación del concubinato o desde los últimos actos realizados por el padre para el mantenimiento o educación. Y si la acción no fue iniciada durante la minoría del hijo, éste tiene un plazo de un año para ejercitarla a contar de su mayoría de edad. Los plazos que se han relacionado se establecieron a decir de Planiol y Ripert para evitar que un hombre permaneciere indefinidamente bajo la amenaza de una in-

vestigación de paternidad que en forma de chantaje pudiera usarse contra él. (1)-

Sustenta criterio contrario a lo manifestado por Planiol y Ripert, Angel Osorio, que en el Anteproyecto del Código Civil que le fue encomendado por el Gobierno de Bolivia, establece en el Art.297 la imprescriptibilidad de la acción de reclamación de la filiación, y en la nota a este artículo dice:

"Si alguna acción debe haber imprescriptible es precisamente ésta, porque los fueros de la sangre no deben perderse nunca y porque un hombre puede pasar largo tiempo de su vida en vacilaciones hijas del miedo o del respeto, y sería injusto vetar su iniciativa precisamente cuando aquél se hubiera resuelto a romper sus ligaduras morales. Se dirá que con esto se mantiene intranquilo a un hombre durante toda su vida. Pero el reparo no es para asustar a ninguna persona ecuánime. La inquietud es consecuencia de haber tenido empresas amatorias irregulares. El que las sostuvo deberá cargar con sus consecuencias durante toda su vida, ya que también puede haber engendrado un ser que se mantenga desgraciado toda su vida por falta de paternidad legítima". (2)

Las anteriores palabras pueden servir también de fundamento

(1) Tratado Práctico de Derecho Civil Francés por Marcel Planiol y Jorge Ripert, Tomo Segundo, Pág. 726. 1946.-

(2) Tomado de la obra Los Hijos Extramatrimoniales de Roberto A.M. Terán Lomas, Pág. 34.-

sobre lo que al respecto dispone nuestra legislación,

Conforme al Art. 279 C. podrán establecer su filiación natural todos los hijos nacidos fuera de matrimonio, ya que no hace distinción entre éstos, por lo que pueden ejercitar la acción los hijos que el Art. 35 C. denomina de *dañado ayuntamiento* y que prescribe que son los *adulterinos e incestuosos*. Este principio tiene actualmente un fundamento constitucional pues el Art. 180 Inc. 1º de la Constitución Política establece que "Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, y los adoptivos, tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y a la protección del padre".

En relación a este tema vale la pena señalar que se ha producido diversidad de opiniones, en el caso de los hijos *adulterinos e incestuosos*, y hay legislaciones como la española y la francesa que no les permiten investigar su paternidad. Pero las doctrinas modernas reconocen a todo hijo investigar quién es su padre, manifestando el Licenciado Belisario Becerra al referirse al Art. 382 del Código Civil Mexicano, que permite a todos los hijos la investigación de la paternidad en los casos que determina, lo siguiente: "los derechos de los inocentes deben estar bajo la protección de las leyes, Nada ni nadie tiene derecho a impedirlo y es por ello que el legislador, al establecer estas disposiciones, si bien ha roto con la tradición, ha hecho respetar un derecho de humanidad: no hacer del inocente una víctima de sus propios padres y de la sociedad." Por otra parte en la obra *Los Hijos Extramatrimoniales* de Roberto A. M. Terán Lomas, figuran las opiniones de varios autores que propugnan mejorar la condición de los hijos *adulterinos e incestuosos*, entre las cuales figuran las siguientes: D, Aguanno señala que nadie está obligado a

a pagar culpas o caprichos ajenos, propugna la investigación de la paternidad y se refiere a la distinción entre los hijos naturales y los adulterinos e incestuosos, como un tributo pagado a aquella odiosa y fuerte aversión de los legisladores hacia estos pobres frutos de amores criminosos. Guarnieri Ventimiglia subraya el hecho de que en lugar de establecer las responsabilidades y las obligaciones de los padres, la ley hace responsable a la prole por el hecho de sus progenitores y consagra así la impunidad de los culpables. Considera Jiménez de Asúa que el Estado "debe cuidarse de paternidad y filiación estableciendo los derechos de los padres y los derechos de los hijos y permitiendo la investigación de la paternidad." "Para el Estado no debe haber diferencia sobre los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio. Con todo acierto se refiere a la filiación ilegítima como mal llamada y subraya que "en todo caso los ilegítimos serían los padres."

De acuerdo a lo expuesto, las orientaciones modernas propugnan porque todos los hijos extramatrimoniales puedan establecer su paternidad, e igualarlos en derechos a los legítimos, ya que la ley no debe ser severa con los hijos, sino por el contrario con los padres a quienes no debe escudar ni eximir de responsabilidades.

En nuestro país, la siguiente jurisprudencia confirma de que el Art. 279 C. no hace distinción entre los hijos para el ejercicio de la acción, ya que como anteriormente se ha manifestado, la ley de 30 de marzo de 1880 suprimió la prohibición de no poder reconocer a los hijos de dañado ayuntamiento, al reformar el Art. 274 del Código Civil de 1860, que corresponde al 279 de la actual Edición.

JURISPRUDENCIA

El Art. 279 C, sin hacer ninguna distinción, establece: que los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos voluntariamente por su padre o declarados reconocidos de parte de éste por el Juez respectivo, y tendrán la calidad legal de hijos naturales. (Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 21 junio de 1933, Pág. 270).

Los hijos de dañado ayuntamiento pueden ser reconocidos como naturales (Revista Judicial, Tomo LIV, 8 febrero de 1949. Pág. 226).

El hijo de dañado ayuntamiento tiene derecho, según la ley vigente, Art. 279 C., a ser reconocido por su padre como hijo natural, porque la prohibición que lo impedía quedó derogada por la ley de 30 de marzo de 1880. (Revista Judicial, Tomo XXXIX, julio 7 de 1934, Pág. 176).

CAPITULO II *Contra quienes puede ejercitarse.*

Antes de la ley de 12 de noviembre de 1928, no había ninguna disposición que facultare demandar al curador de la herencia yacente, en juicio de reconocimiento de hijo natural; y por lo tanto se estimó que como curador de bienes no tenía representación para intervenir en dicho juicio, ya que sus facultades de conformidad al Art. 486, que aparece con el mismo número y contenido en las Ediciones de 1912, 1926, 1947 y 1967, son meramente administrativas y están limitadas a la custodia y conservación de los bienes, al cobro de créditos y al pago de los derechos de sus respectivos representados; sin embargo, se opinaba que podría demandarse; pero esa discusión carece actualmente de interés, pues la ley antes mencionada expresamente lo incluyó como legítimo contradictor, lo que juzgo conveniente porque no se deja al hijo sin contradictor, pues se prevee el caso de que al fallecer el padre no deja herederos o éstos no se presenten; además los fines que se persiguen con el reconocimiento son generalmente patrimoniales, como lo son la herencia y el derecho a alimentos, y por otra parte el curador representa a la sucesión, Art. 1164 C.

De conformidad al Art. 283 Inc. último, la acción de reclamación de estado de hijo natural puede ejercitarse contra el presunto padre, contra sus herederos o contra el curador de la herencia yacente; debiendo tramitarse dicha acción en juicio ordinario.

Con respecto al curador ya indicado, el Art. 1164 C. dispone que procede su nombramiento, si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere presentado ninguna persona aceptando la herencia o una cuota de ella, o si habiéndose presentado no hubiere

comprobado suficientemente la calidad de heredero. El Juez competente para nombrarlo es el del lugar donde se ha abierto la sucesión Art. 901 Pr.

También puede dirigirse la acción, contra la persona que sólo ha aceptado la herencia, sin estar declarado heredero, ya que de conformidad al Art. 1163 C. se le nombra interinamente representante de la sucesión, con las facultades de los curadores de la herencia yacente; exigiendo al mismo artículo que se pruebe la calidad de heredero. Por consiguiente exigir la declaratoria de heredero, sería dar ventaja a quienes estuvieran interesados en eludir la acción de reconocimiento, pues podrían postergar voluntariamente tal declaratoria.

Corroborar lo manifestado la siguiente jurisprudencia:

I.- En los juicios sobre establecer la calidad de hijo natural, es legítimo contradictor la persona que ha aceptado la herencia del de cujus y se le ha nombrado interinamente representante de la sucesión.

II.- No es necesario haber sido declarado heredero para poder ser legítimo contradictor. (Revista Judicial, Tomo LII, octubre de 1947. Pág 367).

Es legítimo contradictor en una acción sobre reconocimiento de hijos naturales, el heredero aceptante de la herencia del supuesto padre natural, a quien sólo se le haya conferido la administración y representación interina de la sucesión, con las facultades de los curadores de la herencia yacente. (Revista Judicial, Tomo XL, junio de 1935. Págs. 163 y 164).

Las personas que han aceptado una herencia aunque no hayan sido declarados herederos, son legítimos contradictores en el juicio sobre reconocimiento de un hijo natural. (Revista Judicial, Tomo XLVII, diciembre de 1942, Pág. 322).

TITULO V

Estudio del Art. 283 C.

CAPITULO I - Caso 1º Posesión notoria.

Nuestro Código Civil no define lo que es la posesión notoria de estado civil de hijo natural, pero el Inc. 1º del Art. 283 C. nos indica sus elementos que son: 1º) que el padre lo haya tratado como hijo suyo, proveyendo a su crianza, educación y establecimiento; 2º) que lo ha presentado en ese carácter a sus herederos presuntos, a sus deudos y amigos; 3º) que éstos y el vecindario de su domicilio han reconocido dicho estado; y 4º) que tal estado de cosas haya durado diez años continuos por lo menos, salvo que el padre hubiese fallecido antes de vencerse ese término.

El Art. 280 C. Edición 1926, antes de la reforma de 1928, establecía como modos de reconocimiento de hijo natural los siguientes: "6º Dando el padre a conocer al hijo como suyo a sus herederos, declarándolo éstos judicialmente" "7º Criando y educando el padre a sus expensas al hijo en concepto de tal"; y el Inc. final del mismo artículo preceptuaba "En estos dos últimos casos, el reconocimiento no se produce sino en virtud de sentencia judicial pronunciada en juicio ordinario." Dichos numerales, con la supresión de la condición final del Nº 6º que decía "declarándolo éstos judicialmente", pasaron a formar parte de los requisitos de la causal de posesión notoria, introducida por ley de 12 de noviembre de 1928, que fue re-

dactada en la forma que actualmente figura a propuesta de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y las razones que expuso para ello se encuentran en el informe constitucional que sobre el respectivo proyecto emitió, ya transcrito anteriormente.

Fernando Fueyo Laneri manifiesta que los elementos integrantes de la posesión notoria de estado, sea legítima o natural, conforme estimación tradicional que viene del Derecho Romano, son el nombre, el tractus, el tiempo y la fama. El nomen consiste en haber llevado el apellido del padre presunto. El tractus en haber sido tratado como hijo por el presunto progenitor. La fama, en haber sido considerado como hijo en el concepto del progenitor y en las relaciones sociales. (1) El tiempo se refiere al lapso mínimo que deben durar los hechos que constituyen la posesión continua del estado de hijo.

El requisito doctrinario del nomen no es exigido en nuestra legislación ni en la chilena.

Conforme lo expuesto vemos, que la posesión notoria implica un reconocimiento tácito del progenitor, que se evidencia por sus actos que demuestran su voluntad de tener como hijo natural al que pretende un reconocimiento obligado, como son el de proveer a su crianza y educación, en concepto de padre, y otros actos de igual valor y eficacia.

Revela el mérito de la posesión de estado, la nota puesta al Art. 325 del Código argentino que dice: "Cuando un hombre ha soste-

(1) Derecho de Familia, Volumen III, Fernando Fueyo Laneri. Pág. 473.

nido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella tratándole como suyo, cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesión judicial. La posesión de estado vale más que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; más la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días, de todos los instantes. La posesión de estado es así por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso, como decía una corte francesa. El Juez puede, pues, por los hechos que constituyen la posesión de estado, dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia más segura que la que le daría una escritura pública, un asiento bautismal." Manifiesta el tratadista Fueyo Laneri, que dicha nota que algunos comentaristas argentinos la han llamado sabrosa y no faltará alguien que la llama pintoresca, sirve bastante para dar un concepto de la posesión de estado y establecer un mérito comparativo frente a los otros modos de obtener la calidad de hijo natural, y la define así: "Es el goce y el ejercicio de un estado civil determinado, en su manifestación en los hechos, independiente de la existencia o

inexistencia del título legal". (1)

Estoy de acuerdo con la definición anterior, ya que de conformidad con nuestra legislación la causal de posesión notoria es compleja y se exige para establecerla la comprobación de todos los hechos taxativamente enumerados en el Inc. 1º del Art. 283, que demuestra tácitamente el hecho del reconocimiento.

En relación a esta causal existe la interesante jurisprudencia que a continuación se menciona.

1.- Si con la prueba presentada por el actor no se ha establecido plenamente la causal de posesión notoria invocada, ya que los testigos que declaran sobre los hechos constitutivos de la misma, por las incongruencias y contradicciones en que incurren y por lo diminuto de sus deposiciones en cuanto a tales hechos constitutivos, no llegan a constituir la plena prueba que la ley requiere, habiéndose hasta omitido en el propio cuestionario sometido a la consideración de los testigos el requisito fundamental de que el padre haya presentado al hijo como tal a sus herederos, procede confirmar la sentencia de la Cámara que revocó la del Juez de Primera Instancia favorable a la parte demandante. (Rev. Jud., Tomo LXIV, junio 10 de 1959, Pág. 435 a 439)

La anterior doctrina la establece la Sala de lo Civil, en sentencia pronunciada a las ocho horas del día diez de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, de la cual se transcribe el considerando III que dice: "El Art. 321 Pr. establece: dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales hacen plena prueba. Tomando como presupuesto la disposición anterior y para poder determinar si la sentencia recurrida está o no arreglada a la ley, debe apreciarse la prueba testimonial vertida en el juicio con la cual

(1) Obra citada, Fernando Fueyo Laner, Pág. 471,

las partes han pretendido probar sus respectivas pretensiones. Esta prueba testimonial, así como la prueba instrumental presentada, aparece correctamente relacionada en las sentencias de los tribunales inferiores, razón por la cual esta Sala únicamente se referirá a ella en lo que fuere necesario. En primer lugar, cabe considerar los hechos o circunstancias que la ley requiere de manera indispensable para que sea procedente la declaratoria judicial de un hijo natural con base en la posesión notoria de dicho estado civil: 1º que el padre lo ha tratado como hijo suyo, proveyendo a su crianza, educación y establecimiento; 2º que lo ha presentado en ese carácter a sus herederos presuntos, a sus deudos y amigos; 3º que éstos y el vecindario de su domicilio han reconocido dicho estado; y 4º que tal estado de cosas haya durado diez años continuos por lo menos, salvo que el padre hubiere fallecido antes de vencerse ese término. Los elementos antes indicados demuestran con toda claridad que cuando el legislador introdujo como causal de reconocimiento forzoso la posesión notoria del estado civil de hijo natural, quiso que los hechos en que ésta consiste, fueran de tal naturaleza que demostrasen de modo evidente, no sólo el deseo del padre de reconocer a un hijo como suyo, sino la incorporación del hijo a su propio grupo familiar, exigencia ésta que se cumple cuando se requiere como elemento integrante de la posesión, la presentación del hijo a los herederos presuntos, a los deudos y a los amigos, y el hecho de que aquéllos y éstos, además del vecindario del domicilio del padre, hubiesen reconocido dicho estado. Como se ve de todo lo anterior, el legislador ha sido sumamente estricto y ha exigido tales requisitos como un medio de obtener una absoluta certeza en cuanto a la filiación que se pretende, la cual no puede

deducirse sino cuando los actos ejecutados de modo manifiesto conducen a élla. Ahora bien, en el caso que se resuelva, la sala comparte el criterio de que con la prueba presentada por el actor no se ha establecido plenamente la causal de posesión notoria invocada, ya que los testigos que declaran sobre los hechos constitutivos de la misma, por las incongruencias y contradicciones en que incurren y por lo diminuto de sus deposiciones en cuanto a tales hechos constitutivos, no llegan a constituir la plena prueba que la ley requiere para resolver por ella la cuestión litigiosa. Basta además afirmar, que en el propio cuestionario sometido a la consideración de los testigos, la parte demandante omitió el requisito fundamental de que el padre haya presentado al hijo como tal a sus herederos presuntos, hecho éste sobre el cual los deponentes no hicieron declaración alguna. En tales condiciones, es legal la sentencia de la Cámara que revocó la del Juez de Primera Instancia, razón por la cual, debe confirmarse."

Considero acertadas las razones jurídicas expuestas en dicha sentencia, porque en ella se indican claramente los hechos o circunstancias que el Art. 283 C. Inc. 1º exige de manera indispensable para que sea procedente la declaratoria judicial de hijo natural con base en la posesión notoria, y si los testigos presentados en sus declaraciones incurren en incongruencias y contradicciones y además son diminutas sus deposiciones en cuanto a tales hechos constitutivos, no forman la plena prueba que la ley requiere para comprobarse la causal, en base a lo establecido por el Art. 321 Pr. cuyo texto se copia en la misma sentencia. Además soy de opinión que con sólo no haber probado la parte actora el requisito de que el presunto padre haya

presentado al hijo como tal a sus herederos presuntos, hecho sobre el cual los deponentes no hicieron ninguna aclaración, pues hasta el demandante omitió en el cuestionario ese requisito, es suficiente para declarar sin lugar la declaratoria judicial de hijo natural, pues de conformidad al Inc. 1º del Art. 283 deben probarse los hechos que en el mismo se indican.

2.- Si el Tribunal sentenciador funda su fallo en no haberse establecido los requisitos del Art. 283 C. Inc. 1º afirmando que para que proceda la declaratoria de hijo natural se necesita que el padre haya tratado al solicitante como hijo suyo, proveyendo a su crianza, educación y establecimiento y además el recurrente intentó -sin lograrlo - establecer la prueba del último requisito, no existe infracción de ley por interpretación errónea del precepto citado y, por consiguiente no ha lugar a casar la sentencia (Rev. Jud. Tomo LXIII abril 30 de 1958, Págs. 505 a 511).

La anterior doctrina la establece también la Sala de lo Civil, en sentencia pronunciada a las doce horas del día treinta de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, de la cual se copian los considerandos II y III que al respecto expresan: "II.- Para fundamentar su fallo, la Cámara sentenciadora en el considerando jurídico de su sentencia expresa: "Pero la Cámara encuentra fundada la objeción que tanto contra la testigo Ch. de M. como contra la señora A. de T. hace el apelante, en el sentido de que ambas declaraciones son ineficaces para comprobar que el señor J. M. C. proveyó al establecimiento del menor S. Efectivamente, la señora Ch. de M. manifestó que desconoce el significado de la palabra establecimiento y es obvio que ignorando tal significado su declaración no puede hacer fe en respecto a ese punto.

La deposición de la señora A. de T. (fo. 24) ilustrada y aclarada a fs. 42, no hace mención alguna de la palabra establecimiento, pues primeramente se refirió al mantenimiento de la señora E. S. y su menor hijo y después aclaró que con la palabra mantenimiento quiso decir "alimentación", vestuario y todo lo necesario para la crianza de un niño! Teniendo la palabra establecimiento un significado distinto del de crianza y educación, es evidente que tampoco la señora A. de T. sabía el valor de la palabra empleada, por lo que su testimonio no hace fe en cuanto a este mismo punto. --- El numeral 1º del Art. 283 C. exige la comprobación de varios hechos, entre los cuales está el de que el pretendido padre natural haya proveído al establecimiento del menor. Dada la redacción de dicho numeral los hechos en cuestión deben ser comprobados en su totalidad, y no algunos de ellos solamente, por lo cual la falta de comprobación de uno solo de tales hechos, como en el presente caso, es suficiente para denegar la declaración solicitada. En consecuencia, debe concluirse que la sentencia apelada no está arreglada a derecho, siendo procedente revocarla y pronunciar la conveniente, absolviendo de la demanda a la Sucesión del señor J. M. C., y condenando a la parte actora a pagar las costas de ambas instancias.

III.- Cabe en primer lugar advertir, que el recurrente ataca el fallo pronunciado por la Cámara que conoció en grado por un motivo específico comprendido dentro de los que la ley señala como de infracción de ley: la interpretación errónea de un precepto legal. De acuerdo con lo prescrito por el Art. 9 de la Ley de Casación, esta Sala limitará su fallo a la infracción que de modo particular señala el impetrante, y, en consecuencia, no examinará los demás aspectos jurídicos

del proceso que, por no haber sido impugnados en el recurso, no están bajo del conocimiento del Tribunal.

"De los pasajes que se han transcrito en los considerandos anteriores y del texto del propio recurso, se concluye que la divergencia entre el actor y el Tribunal que pronunció la sentencia recurrida, se concreta en que, en opinión del segundo, resulta necesario en el caso de autos, para poder declarar el estado civil que se impetra, la comprobación plena, por parte del demandante, entre otras circunstancias, la de que el supuesto padre trató como hijo suyo al menor S. proveyendo a su establecimiento; y que, a juicio del recurrente, tal comprobación resulta innecesaria en las circunstancias del caso planteado por él, debiéndose hacer la declaratoria aunque no existe prueba sobre el extremo indicado. Esta Sala considera acertada la opinión sostenida en el caso que se discute, por el tribunal sentenciador. En efecto, cuando la Cámara dice que para que proceda la declaratoria demandada, se necesita que el padre haya tratado al solicitante como hijo suyo, proveyendo a su crianza, educación y establecimiento, no está sino repitiendo el texto de una disposición legal imperativa, que de modo general establece los requisitos indispensables para que sea procedente la declaratoria del estado civil de **hijo natural**. Puede darse el caso de que en ciertas condiciones tal requisito no resulte necesario porque las circunstancias que se han producido los hechos constitutivos del estado civil, no permiten al padre haber proveído al establecimiento del hijo, como por ejemplo, cuando los hechos de la posesión notoria se desarrollan en los primeros años de la vida de aquél, ya que en tales condiciones resultaría absurdo

exigir la prueba de un hecho cuya imposible existencia resulta evidente. Pero en el caso de autos, el propio actor al fundamentar su demanda, dice de modo expreso que el señor C. trató al menor S. como hijo suyo, proveyendo a su crianza, educación y establecimiento circunstancia esta última que trató de comprobar durante el término probatorio, pues el cuestionario presentado para el examen de los testigos contiene una pregunta cuyo texto es como sigue: "Digan si les consta que dicho señor C. proveyó siempre a la crianza, educación y establecimiento del menor J.A.S."-- Planteadas así las cosas, resulta que no existe el vicio de interpretación errónea del Artículo 283 C. N° 1º, que el recurrente imputa al fallo de la Cámara, y que lo que ha pasado, es que el actor ha sucumbido por no haber establecido uno de los extremos propuestos en la demanda. Por lo expuesto procede declarar que no ha lugar a casar la sentencia de que se viene haciendo mérito con condenación en daños y perjuicios para la parte recurrente."

Estimo arreglada a derecho la sentencia indicada pronunciada por la Sala de lo Civil, pues en el juicio respectivo no se comprobó la circunstancia de que el presunto padre haya proveído al establecimiento del hijo, pues una de las testigos manifestó que desconoce el significado de la palabra establecimiento y la otra se refirió al mantenimiento de la señora E.S. y de su menor hijo y después aclaró que con la palabra mantenimiento quiso decir "alimentación", vestuario y todo lo necesario para la crianza de un niño, dichos que no se refieren a la palabra establecimiento, y no comprobándose éste no procede declarar el estado civil de hijo natural, pues como acertadamente se manifiesta en la misma sentencia los requisitos señala-

dos en el N^o 1^o del Art. 283 son de carácter imperativo y por lo tanto no probándose cualquiera de ellos se sucumbe en la acción intentada, como ya se manifestó anteriormente. Del concepto de la palabra establecimiento me refiero en la parte final de este capítulo, en que soy de opinión que por su difícil explicación en la generalidad de los testigos, se suprima como requisito de la posesión notoria.

Sobre lo manifestado anteriormente de que para establecer la posesión notoria de estado civil de hijo natural se necesita comprobar todos los requisitos que exige el Art. 283 Inc. 1^o, sirve también de fundamento la siguiente jurisprudencia:

1.- Es procedente declarar la existencia del estado civil de hijo natural, si se ha probado plenamente, conforme a la ley, la posesión notoria de dicho estado, sin que haya logrado la parte contraria desvanecer esa prueba (Rev.Jud., Tomo XLIV, agosto 30 de 1939, Pág.521).

2. Procede declarar el reconocimiento de hijo natural a favor de una persona, si con las declaraciones de testigos presentados por el actor, se ha probado plenamente el conjunto de hechos que, conforme a la ley, constituyen la posesión notoria del estado civil de hijo natural expresado. (Rev.Jud.Tomo XLIV, enero 21 de 1939, Pág.461)

3. Probado que una persona ejecutó los actos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, en favor de sus presuntos hijos, procede declarar la existencia de dicho estado. (Rev.Jud., Tomo LIII, mayo 11 de 1948, Pág. 282).

4. Es procedente declarar el estado civil de hijo natural reclamado por una persona con fundamento en la posesión notoria de ese estado civil, si hay plena prueba testimonial de todos los requisitos

que la ley exige, aunque algunos de los testigos examinados no den fe de todos los requisitos, pero sí corroboran con sus dichos la prueba principal (Rev. Jud., Tomo XLVII, marzo 18 de 1942, Pág. 165).

5. El Art. 283 N^o 1^o C es imperativo al prescribir que deben comprobarse los hechos que en dicho número se puntualizan, y tal exigencia tiende al completo esclarecimiento de la vinculación entre el padre y el hijo; es ésta la misma finalidad que, al tratarse de la posesión notoria del estado civil de matrimonio y la de hijo legítimo e ilegítimo, se persigue al exigir el Art. 330 C. que tal posesión notoria se debe comprobar con un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable. (Rev. Jud. Tomo LXII, 5 de septiembre de 1957, Págs. 296 a 306).

Sin embargo la experiencia ha demostrado que en la forma como está redactada esta causal presenta muchos problemas para su aplicación, pues dada la complejidad de requisitos que exige, es de difícil comprobación, y al respecto el doctor Napoleón Rodríguez Ruiz, en su ponencia presentada a la Primera Convención Nacional de Abogados, sobre la Investigación de la Paternidad y Otros Problemas Afines, manifiesta: "Tal como está actualmente considerada la posesión notoria del Estado Civil del hijo natural, resulta difícil de probarse. En efecto, se exige probar que el padre ha presentado al hijo como tal a sus herederos presuntos, a sus deudos y amigos y que éstos y el vecindario de su domicilio, han reconocido dicho estado; exigir esos requisitos es una inconsecuencia porque el legislador no debe ignorar que en la mayoría de esos casos es imposible que el padre haya presentado al hijo como tal a sus herederos presuntos, deudos y amigos, porque lo corriente en nuestra sociedad no es presentar a los hi-

jos naturales a la familia, la cual por ello siempre ignora o parece ignorar lo que es de dominio público. Por tales razones en la reforma se ha puesto la disyuntiva "o" significando que cualquiera de los dos requisitos basta para la posesión notoria"(1) y propone la reforma del N°1 del Art.283 en los siguientes términos "Cuando el hijo se halle en posesión notoria de su estado civil como tal. Esta posesión notoria consiste en que el padre haya tratado al hijo como suyo proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre, a virtud de aquel tratamiento. La posesión notoria deberá haber durado diez años continuos por lo menos, salvo que el padre hubiese fallecido antes de vencerse ese término." A lo anterior me permito agregar que otro de los requisitos de la posesión de estado civil de hijo natural, que generalmente es de difícil explicación, es la palabra establecimiento, y para el caso en estudio se ubicará su significado dentro del Derecho de Familia. El tratadista Manuel Somarriva Undurraga, en su obra Derecho de Familia, Segunda Edición, Pág. 252 al respecto expresa "los gastos de establecimiento son los necesarios para dar al hijo un estado o colocación estable que le permita satisfacer sus propias necesidades, como los que demanden su matrimonio o profesión religiosa, su ingreso a un servicio público o particular, la instalación de su oficina o taller, etc." Fernando Fueyo Laneri, en su obra Derecho de Familia, Volumen III, Pág.358, manifiesta que la culminación de los deberes-funcionales de los padres se logrará estableciendo convenientemente a los hijos, lo que importa una verdadera elección previa, pues entre las tantas

(1) Revista LEX Primera Convención Nacional de Abogados Págs.539 y541.

actividades lucrativas y decentes es preciso proponer al hijo una determinada, y al hablar del concepto del establecimiento dice: "Concretamente podrá tratarse de una profesión, liberal o no, de la explotación de algún giro comercial o industrial, del ingreso a la administración pública como empleado. Podrá referirse también de la facilitación de la nupcialidad, especialmente en el caso de la mujer. Tratóndose de profesiones liberales—de algunas en particular— será preciso abordar el montaje de un estudio profesional, que en algunas especialidades es particularmente costoso". Para Luis Claro Solar, el establecimiento equivale a la elección del estado o profesión futura del hijo, y sobre el particular en el Tratado de las Personas, Tomo Tercero, Pág. 207, expone: "Los gastos de establecimiento son los que demandan la adquisición de estado del hijo, como su matrimonio, la profesión religiosa, la instalación de estudio u oficina para el ejercicio de una profesión liberal, la instalación del taller en que ejercerá su oficio."

Muchas veces la actividad profesional, industrial y comercial elegida por el hijo coincide con la del padre, lo que representa una magnífica oportunidad para éste de lograr la mejor formación del hijo, pues puede enseñar al mismo sus conocimientos adquiridos con la experiencia y los medios necesarios para que se desenvuelva, como sería facilitarle clientela, darlo a conocer en los ambientes pertinentes, etc., siendo en este caso cuando el padre se halla en mejor posición para establecer a su hijo. Pero el derecho del padre de elegir el estado o profesión futura del hijo, está limitado por el inciso tercero del Art. 246 C. de conformidad al cual el hijo al llegar a la edad de dieciocho años podrá abrazar una carrera honesta, más de su

gusto que la elegida para él por su padre o madre. De todo lo anterior me permito manifestar que al decir el Inc. 1º del Art. 283 C. proveyendo a su establecimiento, debe entenderse que el padre suministra ayuda al hijo para que adquiriera una profesión, industria, oficio, o que lo capacite para el ingreso a la administración pública como empleado, que son las formas corrientes para considerar a una persona como establecida, o sea que pueda satisfacer sus necesidades, siendo de opinión que para el caso de reclamación de estado de hijo natural bien podría suprimirse esta exigencia, sin que ello implique exoneración del padre de esta obligación, tomando en cuenta que conforme al N° 7º del Art. 280 antes de la ley de 12 de noviembre de 1928 no se exigía esa circunstancia. Así mismo con frecuentes los casos de padres que no cumplen con esta obligación, y por tal motivo encuentran en la misma ley cierta ventaja para que no se declare la paternidad por falta de comprobación de ese requisito.

CAPITULO II Caso 2º
a) Estupro
b) Violación
c) Rapto.

Este caso comprende tres causales distintas que son el estupro, la violación y el rapto. Antes de la ley de 12 de noviembre de 1928 el Art. 283 C. establecía como requisito para declarar natural al hijo, la sentencia ejecutoriada pronunciada en juicio criminal, en que se probare cualquiera de dichos delitos, y la acción prescribía en diez años contados desde la fecha en que pudo intentarse. Pero la indicada ley, reformó ese artículo en los términos que actualmente figura, el cual en el numeral 2º no hace mención de dicho requisito, pues exige únicamente que la fecha de tales hechos coincida con la época de la concep-

ción, según el Art. 74 C., que establece la presunción de derecho sobre el plazo mínimo y máximo relacionado con la preñez prescribiendo: "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según las reglas siguientes: Se presume de derecho que la concepción, ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principia el día del nacimiento."

Y Los autores del Proyecto de Ley sobre la Investigación de la Paternidad, doctores J. Ernesto Vásquez y Vidal S. López, en lo que respecta a la supresión del requisito de la sentencia ejecutoriada pronunciada en juicio criminal a que se refería el Art. 283 C., dan en la Exposición de Motivos, la siguiente explicación: "Este artículo contiene la restricción, de que para llevar a cabo el reconocimiento judicial es necesario que el juez de lo criminal haya primero condenado en la sentencia respectiva al pretendido padre por los delitos a que se refiere la disposición legal de que se trata. Por esta restricción que tiene el artículo es que no ha tenido aplicación en la práctica y deja desamparados seres que merecen protección. Opinamos, por tal motivo, que para que la disposición aludida tuviera una bienhechora aplicación es necesario permitir el ejercicio de la acción civil de una manera independiente con respecto a la acción criminal. Sobre el particular, cabe mencionar también que en la misma Exposición de Motivos se reconoce que la fuente del proyecto mencionado es la legislación francesa, por lo que considero de importancia mencionar que los tratadistas Planiol y Ripert, al referirse a este aspecto en el Código Civil Francés, manifiestan: "Antes de la ley de 1912, se admitía que procedía la investigación de la paternidad por causa de raptó aun-

que ~~hubiera~~ recaído sentencia criminal. La propia interpretación procede en los casos de raptó y de violación previstos en el nuevo precepto. La frase que exigía que el raptó y la violación fuesen legalmente comprobados fue rechazada en los debates quedando en definitiva establecido que el Tribunal tiene entera libertad de apreciación sobre la existencia material de esos hechos."(1) Por otra parte, Manuel Somarriva Undurraga, en su obra *Derecho de Familia, Segunda Edición*, al referirse a estas causales de investigación de la paternidad ilegítima, contempladas en el Art. 280 N° 5 del Código Civil Chileno, expresa: "La ley contempla tres hechos delictivos: La violación, estupro o raptó de la madre, pero como no ha exigido que previamente exista sentencia criminal condenatoria, ellos pueden comprobarse en el mismo juicio en que se investiga la paternidad."

Considero, pues, que el Art. 283 C. Inc. 2° permite ejercitar sólo la acción civil sin ejercitarse la acción penal. Estoy de acuerdo con la reforma de 1928, pues era un contrasentido de la ley exigir para reclamar la paternidad por los delitos mencionados, la sentencia criminal condenatoria, ya que el fin que se persigue en materia penal y civil en razón de los mismos es distinto, pues en la primera el fin perseguido es la imposición de la pena, y en la segunda establecer la paternidad, por lo que era necesario independizar la acción civil de la penal. Igual principio de independencia de dichas acciones consigna la ley en el caso de divorcio absoluto por la causal 4° del Art. 145 C o sea por el atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro. Para el caso que nos ocupa en vista de lo manifestado sería ilógico que un individuo que ha obtenido sentencia penal absolutoria por cualquiera de dichos delitos, no pueda demandársele civilmente para

(1) Tratado Práctico de Derecho Civil Francés por Marcel Planiol y Jorge Ripert. Tomo Segundo, Pág. 701. 1946.

el reconocimiento de hijo natural, En consecuencia la acción civil que se origina de los delitos de estupro, violación y raptó tiene un carácter autónomo en nuestra legislación ya que por otra parte la paternidad no puede ubicarse en ninguno de los números del Art.69Pn, que regula lo que comprende la responsabilidad civil que nace de un delito. Me limito a un sencillo deslinde de la acción civil de la penal únicamente en lo que se refiere a la paternidad por razón de dichos delitos, que es lo que me corresponde en este trabajo en vista de su contenido, que se aleja de hacer un análisis de la acción civil y penal.

Pero también la ofendida puede optar por acusar o denunciar criminalmente al actor del estupro, violación o raptó, ya que de conformidad al Art, 402 Pn. numeral 2º los reos de estos delitos son también condenados por vía de indemnización a reconocer la prole como natural.

El estupro se encuentra contemplado en el Art.396Pn.y el Inc. final del mismo lo define como "la desfloración de una doncella", lo que significa que sólo puede cometerse en mujer virgen, y sus otros requisitos son:

1º- que la mujer sea mayor de doce años y menor de veintinueve.

2º- que se cometa por persona que ejerza autoridad pública, o por sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, o por cualquiera otra persona con abuso de autoridad o confianza, o engaño.

Si la mujer es mayor de 21 años hay estupro si es desflorada por hermano o ascendiente.

Constituye violación según el Art. 392 Pn., el acceso carnal con persona de uno u otro sexo-pero para la causal en estudio sólo puede ser sujeto pasivo la mujer-concurriendo cualquiera de las cir-

cunstancias siguientes:

1º que la víctima sea menor de doce años;

2º usando fuerza o intimidación bastante para conseguir el propósito culpable;

3º encontrándose la víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa, o cuando por enfermedad o por cualquier motivo no pudiera resistir.

El rapto puede ser violento o consensual. El violento lo tipifica el Art. 398 Pn. que dice: "El rapto de una mujer de buena fama ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas, está castigado con seis años de presidio, y si no fuera de buena fama, con la mitad de dicha pena. En todo caso, se impondrá la pena de seis años de presidio si la raptada fuere menor de doce años. El rapto se presume ejecutado con miras deshonestas mientras no se pruebe lo contrario"; y el consensual el Art. 399 Pn. que preceptúa "El rapto de una doncella menor de veintiun años y mayor de doce ejecutado con su anuencia, será castigado con un año de prisión mayor." Nuestro Código Civil habla simplemente de rapto, sin distinguir, por lo que comprende tanto el violento como el consensual.

Sobre estas causales no he encontrado jurisprudencia, por lo que lo opinado al respecto carece de tan importante fundamento.

CAPITULO III Caso 3º- Seducción de mujer de buena fama.

Esta causal fue establecida por ley de 12 de noviembre de 1928, y no aparece contemplada en el Código Chileno ni en el Español pero si en el Código Francés, cuyo Art. 340 Inc. 2º admite la investiga-

ción de la paternidad, en caso de seducción realizada mediante actos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, si existe un principio de prueba por escrito. Este requisito nuestra legislación solo lo exige para el caso de promesa de matrimonio.

El Inc. 3º del Art.283 dice: "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."

De conformidad a dicha disposición legal, no se toma en consideración cualquier hecho por el cual una mujer haya consentido en tener relaciones sexuales, ya que la simple seducción no es motivo para la declaratoria judicial de hijo natural, como sería la realizada por un hombre que sólo se hubiese válido de su aspecto físico, o de su buen trato, pues la ley requiere que la seducción se efectúe con maniobras dolosas, señalando como tales el abuso de autoridad y la promesa de matrimonio.

Comete abuso de autoridad el patrón que se vale de la preponderancia de su situación para lograr el consentimiento de las relaciones sexuales de la mujer que está a su servicio; y en relación a este caso se encuentra la siguiente doctrina:

"El hecho sólo de que un patrón seduzca a una mujer de buena fama sirviente suya, no basta para presumir que tal seducción la verificó el patrón con abuso de autoridad; es preciso probar los hechos que demuestren ese abuso, esto es, que se haya prevalido de su carácter de patrón para lograr su propósito. Faltando esta circunstancia,

no puede invocarse la seducción como base del reconocimiento de hijo natural."

En el caso de seducción la ley no exige un principio de prueba por escrito, para obtener el reconocimiento de hijo natural. Ese requisito sólo es necesario cuando ha mediado promesa de matrimonio." (Rev. Jud., Tomo XLVI, octubre 22 de 1941, Pág. 432).

La Cámara de Tercera Instancia de lo Civil, establece la anterior doctrina, cuyo ponente es el doctor Félix Antonio Gómez, y en uno de sus considerando en parte dice: "El tercer elemento de la causal invocada, consisten en que el señor X haya seducido a Y, sirviente suya, con abuso de autoridad en su carácter de patrón. El simple hecho de ser patrón el señor X de Y, no hace presumir el abuso de su autoridad como tal, es preciso establecer los hechos que demuestren ese abuso en la seducción de la mujer: y analizando los actos realizados por el señor X probados en la causa, para seducir a Y, sólo se reducen a requerimientos de amor, empleando medios persuasivos a convencer, para obtener el favor deseado, mediante la voluntaria aceptación de la requerida, quien al fin se rindió a los halagos, no porque el señor X se haya prevalido de su carácter de patrón para lograr su objeto, que en esto consiste el abuso de autoridad ejerciendo dura presión en la voluntad de la seducida, sino por la confianza creciente e ilimitada que le infundió el señor X al colocarse en esto al mismo nivel de ella. Se deduce de lo expuesto que no hubo, en el caso contemplado, abuso de autoridad en la seducción de Y".

En la seducción llevada a cabo con promesa de matrimonio, nuestra ley exige el requisito indispensable de un principio de prueba

por escrito, por lo que no puede establecerse libremente con testigos, como en caso de abuso de autoridad. Dicho principio de prueba escrita debe referirse a la promesa de matrimonio y no a la paternidad, y debe proceder del supuesto padre.

El principio de prueba por escrito frecuentemente se da en la promesa de matrimonio, por ejemplo en la correspondencia, por lo que considero adecuado tal requisito; el que no puede exigirse en caso de abuso de autoridad, ya que por su naturaleza, el seductor no va a dar a la seducida una prueba por escrito. La legislación francesa, que exige el principio de prueba por escrito, para todos los casos de seducción que contempla, ha sido criticada y al respecto Planiol y Ripert expresan: "Ya la Jurisprudencia había admitido que la acción de responsabilidad por seducción mediante promesa de matrimonio debía fundarse en un principio de prueba por escrito, conforme a la definición del Art. 1347; pero dicha exigencia criticada por muchos autores, estaba limitada ese caso de seducción, que lleva en sí una promesa, la cual es susceptible de probarse por escrito. Los Tribunales nunca habían pretendido exigir un principio de prueba por escrito para las otras clases de seducciones y principalmente para la del abuso de autoridad". Y agregan "el derecho común autoriza libremente la prueba testifical o por indicios cuando se trata de probar un simple hecho. De acuerdo con dicha distinción, el precepto propuesto por la Comisión del Senado sólo exigía el principio de prueba escrita para el caso de seducción con promesa de matrimonio, pero una enmienda de Théodore Girard, alegando el peligro de que algunas aventureras se pretenderían víctimas de abuso de autoridad, pre-

sentando pruebas por medio de testigos o de indicios dudosos, hizo suprimir dicha distinción. Así pues, se votó el texto actual como una concesión a los partidarios de la prohibición de la investigación de la paternidad".(1) Anteriormente he mencionado que el Art. 340 del Código de Napoleón únicamente permitía la investigación de la paternidad en el caso de raptó, cuando la época de éste se relacionaba con la concepción y que fue por ley de 16 de noviembre de 1912 que se reformó dicho artículo ampliando los casos en que aquélla procede.

La causal de seducción ha tenido poca aplicación en nuestros tribunales, ya que sólo he encontrado la doctrina anteriormente relacionada, y no ha producido el semillero de acciones investigadoras de la paternidad, que se adujo en su contra.

CAPITULO .IV Caso 4º Confesión inequívoca por escrito.

Esta causal requiere que la carta o documento privado de cualquier naturaleza, provenga del supuesto padre y contenga una confesión inequívoca de la paternidad, es decir segura, que no admite dudas, por lo que la carta o documento debe constituir por si solo prueba plena de dicha confesión, no siendo admisible pues proponer completarla con testigos u otra prueba.

No es necesario que la carta, etc., se concrete exclusivamente a reconocer la paternidad, sin vinculación a otra clase de asuntos, bastando que en ella consten expresiones en que de manera indubitable se confiese la paternidad, tal sería por ejemplo la que dirige el se-

(1) Tratado Práctico de Derecho Civil Frances por Marcel Planiol y Jorge Ripert, Tomo Segundo, Págs. 704 y 705.

ñor P. H. a J. R., individualizándolo, en la cual le manifiesta que como su hijo siempre lo recuerda, y después de hablarle de diversos asuntos, termina diciéndole de una manera expresa tu padre firmando después al pie de la misma.

Si esta carta se presenta en juicio, y es agregada con citación de partes, sin ser redarguida eficazmente por el demandado, antes de la sentencia, debe tenerse por reconocida gozando del valor de escritura pública, y por lo tanto forma plena prueba para obtener la declaratoria judicial de hijo natural, de conformidad con el Art. 283 Inc. 4º C., en relación con los Artos. 1573 C y 258, 264 y 265 No. 3 Pr., no siendo necesario en consecuencia que existan a la vez cartas y documentos privados. En efecto el Art. 1573 C. prescribe que el Instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, etc.; de conformidad al Art. 258 Pr. las escrituras públicas hacen plena prueba; el Art. 264 Pr. dispone que el instrumento privado, reconocido judicialmente o que la ley da por reconocido, tiene el valor de escritura pública, en los casos y términos expresados en el Código Civil; y finalmente el Art. 265 Pr. expresa "Se tiene por reconocido el instrumento privado en los casos siguientes: 3º cuando presentado en juicio y agregado a los autos no redarguye su legitimidad, antes de la sentencia, la parte contra quien se opone". Dichas disposiciones legales han servido de fundamento en los siguientes casos de jurisprudencia.

JURISPRUDENCIA de la Cámara de 3ª Instancia.

Una carta dirigida por el supuesto padre natural al hijo que reclama su reconocimiento, en la cual, hablándole de diversos asuntos, termina diciéndole de una manera expresa e inequívoca: "tu padre", y firma después al pie de la carta, no habiendo sido redargüida ésta en primera instancia, no obstante haber sido agregada al juicio con citación contraria, forma dicha carta plena prueba, por este medio legal, del reconocimiento de hijo natural, del demandante. (Rev. Jud. Tomo XXXVIII, diciembre 28 de 1933, Pág. 151).

Para tener por reconocido a un individuo como hijo natural de otro, por sentencia judicial, no es necesario que existan a la vez, cartas y documentos privados o de otra naturaleza que establezcan a quel estado civil, interpretando así erróneamente el numeral 4º del Art. 283 C; basta que haya una sola carta, un sólo documento, que determine de manera inequívoca el reconocimiento de hijo natural. (Rev. Jud., Tomo LI, diciembre 9 de 1946, Pág. 461).

De la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil a las diez horas del día veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y seis, copio los siguientes párrafos, que explican los motivos para no exigir cartas y documentos privados a la vez: "Según ha sostenido la parte demandada en las diversas instancias el numeral 4º del Art. 283 C., requiere en el caso especial que contempla "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"; pero en concepto de esta Sala, no es riguroso que existan varias cartas ni mucho menos, que además de esta, existan documentos privados de otra naturaleza, para comprobar la paternidad; de consiguiente bastaría con que hubiese una sola carta en que inequívocadamente el supuesto padre confesara su paternidad, para tener ésta por establecida, tanto más que la ley no exige número determinado de aquellas cartas o documentos para lograr tal comprobación". "Es oportuno hacer notar, que una sola carta (documento privado), en que sin duda alguna se confesara la paternidad; y fuere presentada en juicio y agregada a los autos sin que se re-darguiera su legitimidad, bastaría para establecer plenamente aquella paternidad y haría del todo innecesario la presentación de otras cartas más o de documentos privados de otra naturaleza para comprobar la pretendida paternidad, pues esas otras cartas y demás documentos no añadirían fuerza legal a la única carta presentada." (Rev. Jud., Tomo LXI, abril 24 de 1956, Pág. 307 a 314),

Por lo expuesto soy de opinión que el Inc. 4º del Art. 283 C., para mejor claridad del mismo y en atención al espíritu que animó a nuestro legislador, debe reformarse en el sentido de sustituir la frase "existan cartas y documentos privados de otra naturaleza" por la de "exista carta o documento privado de cualquier naturaleza."

CAPITULO V CASO 5º.- Concubinato notorio.

Esta causal de declaratoria judicial de hijo natural fue establecida por ley de 12 de noviembre de 1928, que reformó el Art. 283 C., y cuyos requisitos de conformidad al Inc. 5º son: a) existencia del concubinato notorio entre el pretendido padre y la madre; b) que éste haya existido durante la época en que conforme al Art. 74 C. pudo verificarse la concepción y c) que durante el concubinato la madre haya observado una conducta honesta.

La concubina entre los romanos casi no se diferenciaba de la mujer legítima sino en el nombre y la dignidad, ya que el concubinato era reconocido por la ley y el carácter de hijo natural sólo nacía de él. Eugéne Petit, expresa que "esta especie de matrimonio, completamente extraño a nuestras costumbres actuales, aunque frecuente en Roma, parece haber nacido de la desigualdad de las condiciones. Un ciudadano tomaba para concubina a una persona poco honrada, indigna, por tanto, de hacerla esposa; tal como una manumitida o una ingenua de baja extracción (Marciano, L.3, Pr.D., de Concub., XXV, 7)"(1) o sea, que se tomaba como concubinas a mujeres que se consideraban de inferior condición; habiéndose indicado en páginas anteriores que las condiciones del concubinato en el Derecho Romano eran: que la concubina fuese mujer única, que viviése con el hombre en su casa, que ambos fuesen púberes, no parientes en el grado prohibido para el matrimonio y que no hubiese mujer legítima. En tal virtud, si se trataba de personas casadas o parientes en el grado prohibido para el matrimonio, el concubinato se consideraba como adulterio o incesto y era objeto de sanción penal. Las Partidas siguiendo el derecho Romano instituyó la barraganía como institución legal, y la ley 2ª Título

(1) Tratado Elemental de Derecho Romano. Eugéne Petit. Pág. 110.

XIV, Partida IV establecía que "Comunalmente según las leyes segla-
res mandan, todo home que no fuese embargado de orden, o de casa-
miento auer barragana sin miedo de pena temporal; solamente que non
haya virgen, nin sea menor de doze años; ni tal biuda, que buia ho-
nesta, o sea de buen testimonio". De conformidad a la cual se prohi-
bia el concubinato a ciertas personas como a los clérigos y a los
casados.

Por diferir la concepción actual del concubinato del que da-
ban dichas legislaciones y apartarse incluso del rigorismo del dere-
cho canónico, no considero necesario, tomando en cuenta la sencillez
de mi trabajo, volver a referirme a este aspecto:

La aceptación del concubinato para los efectos de establecer
la paternidad, se encuentra justificada en el interés del hijo extra-
matrimonial, que como se ha manifestado es un ser inocente de los e-
rrores y culpas de los padres, que "al llegar a la vida ni conoce
quién lo engendró ni en qué circunstancias fue engendrado", por lo
que la ley no debe ignorarlo. El tratadista Manuel Somarriva Undurra-
ga, expresa que de las muchas definiciones que se han dado del conou-
binato, quizás la más apropiada es la que lo caracteriza como "la u-
nión de un hombre y de una mujer que mantienen relaciones sexuales
y que comparten una vida en común" y agrega que de esta definición se
desprende que son tres los elementos característicos del concubinato:
unión entre un hombre y una mujer; relaciones sexuales; y vida en
común. (1) El concubinato excluye pues las relaciones sexuales de ca-
rácter pasajero, ya que requiere cierta continuidad y permanencia de
las mismas. Nuestra legislación exige también que sea notorio.

En el Código Civil Chileno, el concubinato notorio no es cau-
_____ (1) Derecho de Familia, Manuel Somarriva Undurraga, Pág. 169.

sal para obtener la declaratoria judicial de hijo natural, sino para obtener el reconocimiento de hijo ilegítimo, que produce un solo efecto, que consiste en el derecho de demandar alimentos, ya que dicho código "con un criterio propio y original" contempla por separado los casos en que procede el reconocimiento forzoso de hijo natural y el de ilegítimo: Y fue la ley Nº 10.271 de 2 de abril de 1952, la que estableció dicha causal, por lo que en este aspecto nos adelantamos a la legislación chilena, pues en nuestro código se contempló a partir de 1928, y como causal de declaratoria judicial de hijo natural, en el Inc. 5º del Art. 283 C., que dice "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". Esta causal tiene su fuente en el Código Civil Francés cuyo Art. 340 Inc. 5º dice: "En el caso en que el pretendido padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante el período legal de la concepción". Aunque en esta disposición no figura expresamente que la madre observe buena conducta, la jurisprudencia francesa ha establecido que las relaciones en el concubinato se caracterizan por cierta conducta de la mujer, que manifieste afecto a su amante y cierta apariencia de fidelidad.

Nuestra legislación al igual que la francesa no definen lo que es concubinato notorio, por lo que para poder definirlo, es necesario recurrir a nuestra jurisprudencia, que es la fuente más importante de que disponemos para la causal es estudio, y a la consulta de textos enciclopédicos y doctrinarios.

JURISPRUDENCIA

La Cámara de Tercera Instancia, integrada por los magistrados

doctores Alberto Gómez Zárate, Félix Antonio Gómez y Antonio R. Méndez, en la sentencia pronunciada a las 11 horas del día 31 de octubre de 1933 expresa: "Para que se tenga por establecida la causal de reconocimiento de hijo natural, comprendida en el N° 5° del Decreto Legislativo de 15 de agosto de 1928, es preciso probar: a) que haya existido concubinato notorio entre los padres del supuesto hijo natural; b) que durante ese concubinato haya podido verificarse conforme al Art. 74 C. la concepción de la madre que originó la existencia del supuesto hijo natural; y c) que la madre haya observado durante el concubinato una conducta honesta". "Para ser aceptable la prueba testimonial del concubinato notorio es preciso justificar con ella, para los efectos del reconocimiento de hijo natural, que los supuestos padres de éste hayan vivido juntos como marido y mujer, bajo un mismo techo, haciendo una vida así ostensiblemente pública, tanto en su trato familiar, como en sus relaciones sociales, de tal manera que sólo falte entre ellos para la perfección de su hogar la sanción de la ley. (Rev. Jud., Tomo XXXVIII, octubre 31 de 1933, Pág. 108).

JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL

De la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil, a las doce horas del día veintitrés de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, integrada por los magistrados doctores Rafael Ignacio Funes, Manuel René Villacorta y Francisco Guillermo Pérez, se copia del considerando III la parte que dice: "En relación a la primera de las infracciones reclamadas relativa a los alcances del citado N° 5°, es del caso hacer las estimaciones siguientes: la circunstancia de que

no existe en nuestra legislación un concepto de "concubinato notorio" para los efectos del artículo controvertido, obliga a recurrir, de conformidad con los Artos. 19, 20 y 21 C, a la consulta de textos enciclopédicos y doctrinarios y a la historia de la misma disposición. En cuanto a lo primero, esta Sala transcribe los conceptos que proporcionan sobre el particular el Diccionario de la Real Academia Española, la Enciclopedia Jurídica Española y el Diccionario Jurídico de don Joaquín Escriche. La Real Academia Española, comienza por indicar que la palabra concubina, que viene del latín "concubina" es la "mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuere su marido; concubinario el que tiene concubina". En la Enciclopedia Jurídica Española, existen las siguientes acepciones: "concubinato, Derecho Civil. En el orden moral y legal, la palabra concubinato significa, legalmente considerada, la cohabitación o acto carnal realizado entre un hombre y una mujer; el concubinato supone una unión carnal no legalizada, pero una unión carnal duradera, continúa, persistente, de larga cuando no de perpetua duración, realizada o convenida entre un hombre y una mujer...." El Diccionario Jurídico de don Joaquín Escriche, conceptúa la palabra concubina como la manceba o la mujer que vive o cohabita con un hombre como si fuera su marido, y en general, cualquier mujer que hace vida maridable con un hombre que no sea su marido, cualquiera que sea el estado de ambos; agregando que los hijos de concubinato son hijos por naturaleza o naturales; concubinario prosigue diciendo este Diccionario: "el que hace vida maridable con alguna mujer sin estar casado con ella"; y finalmente concubinato: "comunicación o trato de un hombre con su concubina." Por otra parte, la Real Academia Española indica, que notorio significa público y sabido de todos; y el Diccionario de don Joaquín Escriche contiene la

expresión notoriedad conceptuándola como "la noticia pública que todos tienen de alguna cosa." Si bien, ninguno de los anteriores conceptos da en forma expresa y literal, el alcance que debe darse a la expresión "hayan vivido en concubinato notorio", es indudable que proporcionan los suficientes elementos de juicio para determinar el alcance de la expresión de mérito; esto es: la relación carnal, el trato como marido y mujer, la duración más o menos larga de tal situación y finalmente, el conocimiento público o general de la misma.

"En cuanto al aspecto histórico de la ley positiva que regula a los hijos nacidos de las uniones de hecho de sus padres, aparece que en el Código Civil de 1860, el Art. 274 cuyo contenido corresponde al Art. 279 del Código vigente, establecía: "los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por su padre y tendrán la calidad de hijo natural." La referida disposición fue variada por reforma del 30 de marzo de mil ochocientos ochenta, por la que se suprimió la frase "no siendo de dañado ayuntamiento". Con la anterior modificación, el impedimento para que los hijos nacidos fuera de matrimonio y de padre casado con tercera persona pudieran ser reconocidos como hijos naturales desapareció; es decir, con dicha reforma, quedó expresamente admitida la posibilidad de la existencia del concubinato entre personas que no fueran solteras, ambas o alguna de ellas y por otra parte, determinó un progreso de 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 legislación anterior.

"En conclusión estima este Tribunal -y así lo ha sostenido ya en varios de sus fallos- que lo característico del concubinato a

que hace referencia la disposición que se considera infringida es además de la permanencia de relaciones sexuales, el que ambos concubinario se hayan tratado como marido y mujer haciendo vida en común; debiéndose entender así aunque el hombre fuere casado y conviviese también con su esposa. De la lectura de los considerandos de la sentencia de vista, se ve claramente que la interpretación que le ha dado el número 5º del Art. 283 C, es conforme con la conclusión anterior por lo que, se considera que dicho Tribunal ha reconocido su verdadero alcance y sentido a la disposición aludida". (1)

Se citan a continuación otros casos de jurisprudencia de la Sala de lo Civil, que demuestran el sentido y alcance de esta causal.

"La causal contemplada en el ordinal quinto del Art.283 C. no es una causal simple sino compleja, y requiere por lo tanto, la comprobación de los siguientes elementos: a) la existencia del concubinato notorio; b) que éste haya existido durante la época en que conforme al Art. 74 C. pudo verificarse la concepción; y c) que durante el concubinato la madre haya observado una conducta honesta.

"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 al 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". (Rev.Jud.Tomo LXII, septiembre 5 de 1957, Pág. 296).

No existe interpretación errónea del ordinal 5º del Art.283 C, si en la sentencia de que se recurre se exige como fundamento del concubinato, una situación permanente de un hombre y una mujer que

(1) Rev.Jud.Tomo LXIV, junio 23 de 1959, Pág.543 a 541.)

viven juntos y cohabitan como si estuviesen casados.

Tampoco existe interpretación errónea del Art. 321 Pr. si lo que hizo el tribunal sentenciador fue apreciar la prueba testimonial, estimando que los testigos no dan razón concluyente de su dicho y que por consiguiente, no son constitutivas de plena prueba. (Rev. Jud. Tomo LXIV, mayo 30 de 1959, Pág. 537).

Por lo expuesto vemos que nuestra jurisprudencia es uniforme en exigir para tener por establecida esta causal, los requisitos siguientes: permanencia de relaciones sexuales, trato como marido y mujer, vida en común, conocimiento público o general de tal situación, que el concubinato haya existido durante la época en que conforme el Art. 74 C. pudo verificarse la concepción y que durante el mismo la madre haya observado una conducta honesta; haciendo plena prueba del nacimiento del presunto hijo, la certificación de la partida de nacimiento de conformidad a los Artos. 322 C y 62 de la Ley del Ramo Municipal.

TITULO VI CAPITULO I Casos en que procede la investigación
de la paternidad dentro del matrimonio.

En este Capítulo se tratarán los casos de la investigación de la paternidad dentro del matrimonio, en nuestra legislación, o sea las causales de impugnación de la paternidad.

Caso del hijo concebido en matrimonio.

El hijo que nace después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio o de la reconciliación de los casados en caso de divorcio, o dentro de los trescientos días subsiguientes a la disolución o declaratoria de nulidad del matrimonio, se reputa concebido durante él y tiene por padre al marido, lo ampara la presunción legal del Art. 194 Inc.1º o sea la presunción "pater is est". Por lo tanto para impugnar la paternidad es necesario destruir esa presunción en el juicio respectivo, y nuestra legislación establece como causales para ello la imposibilidad física de acceso del marido a la mujer, y el adulterio de ésta unido a otros hechos conducentes a justificar que el que impugna no es el padre. Nuestro Código Civil establece en el Art. 196 que "Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo." Este artículo tiene igual redacción en el Código Civil Chileno, y se justifica, porque el marido tiene la mejor información acerca de sus hechos personales, y porque la calidad de tal le permite controlar los actos de su mujer, además la impugnación de la paternidad es un asunto delicado, y por lo tanto si el marido no promueve la acción es porque no desconfía de ello y no sería lógico que si él no tiene dudas al respecto, teniendo al hijo como suyo, se otorguen facultades a terceros, porque como lo dice Somarriva el ter-

cero jamás podrá estar en la misma situación para apreciar la verdad de los hechos.

La ley no deja indefinidamente a voluntad del padre iniciar la acción sino que le fija plazo, que de conformidad al Art. 197 es de sesenta días contados desde aquél en que tuvo conocimiento del parto; por lo tanto toda demanda iniciada fuera del plazo debe ser rechazada, pues la ley emplea la expresión dentro del plazo de sesenta días; y este término es fatal para el interesado, pues así lo dispone el Art. 201 Inc. 1º que dice: "Ninguna reclamación contra la legitimidad del hijo, ora sea hecha por el marido, o por otra persona, tendrá valor alguno, si no se interpusiere en tiempo hábil ante el Juez, el cual nombrará curador al hijo que lo necesitare, para que le defienda en él". La misma ley dá reglas para saber cuando el marido tuvo conocimiento del parto al disponer que la residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto; por otra parte dispone el Inc. 3º del mismo Art. 197 que si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta a la residencia de la mujer, salvo el caso de ocultación mencionado en el inciso precedente; y el inciso final agrega: "que el plazo se suspende por imposibilidad física o moral del marido de tener conocimiento del hecho."

Como causales de impugnación nuestra ley señala las siguientes:

Imposibilidad física de acceso del marido a la mujer. El Inc. 2º del Art.194 establece que "El marido con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, se-

gún el Art.74 pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer". El fundamento de la acción se encuentra en la absoluta imposibilidad física de acceso, que deberá ser absoluta y no relativa, o sea que no presente posibilidad alguna de acceso del marido a la mujer, y debe durar durante la época que según el Art. 74 ha podido producirse la concepción. Como ejemplos de esa imposibilidad puede señalarse: si el marido es impotente, si ha estado en el extranjero, si ha estado cautivo en campo enemigo; esta causal una vez probada destruye la presunción de paternidad, pues resulta evidente que el marido no ha podido ser el padre del hijo.

Adulterio de la mujer. El adulterio de la mujer, que acredita la infidelidad de la misma, es otra de las circunstancias que destruye la presunción de paternidad, pero la ley dispone que no basta el adulterio para desconocer al hijo ya que el Art.195 expresa: "El adulterio de la mujer, aún cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre." En consecuencia el solo adulterio de la mujer no basta para demostrar la ilegitimidad, pues como expone Fueyo Laneri en su obra Derecho de Familia, Volumen III, Pág.318, "frente al verdadero misterio de la concepción, ante la duda que fuera capaz de producir un adulterio comprobado, la ley optó por mantener la presunción de paternidad", pero una vez comprobado, la ley permite proponer otras pruebas conducentes a justificar que el marido no es el padre, como serían que estén separados los cónyuges, que el marido ha estado enfermo, que las relaciones de los cónyuges no fueren muy

cordiales, etc. Tampoco sería suficiente la declaración de la propia madre que en el juicio de legitimidad del hijo declare haberlo concebido en adulterio, pues esta no se admitirá de conformidad al Art. 201 inciso final, disposición que se encuentra también en el Art. 119 del Código Civil español y se señala como fuente de esta disposición una declaración de las Partidas que dice: "Porque las mujeres se ensañan a veces tan fuertemente con los maridos, que por despecho que tienen con ellos dicen que los hijos que tienen en el vientre o que han nacido no son de ellos, sino de otros." Estamos de acuerdo en no dar validez a la declaración de la mujer pues tiene por fin evitar un hecho que repugna a la moral.

Personas que fallecido el marido pueden impugnar la paternidad. El Art. 198C Inc. 1º dispone que si el marido muere antes de vencerse el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo o antes de que nazca el hijo, podrán impugnar la paternidad en los mismos términos los herederos del marido y en general toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual, y también de conformidad al Art. 200 C. los ascendientes legítimos del marido aunque no tengan parte alguna en la sucesión del mismo. El fundamento para que estos últimos puedan ejercer la acción es por el interés moral que tienen en la buena constitución de la familia. Al decir la ley en los mismos términos significa que las personas mencionadas pueden ejercer la acción por las mismas causas conferidas al marido ya expuestas con anterioridad; pero también de conformidad al Inc. 2º del Art. 198 se requiere que el padre no haya reconocido al hijo por testamento o en otro instrumento público, pues en tales casos expresamente ha reconocido al hijo y en tal situación cesa el derecho de las personas mencionadas; lo mismo

sucede en el caso de reconocimiento tácito a sea cuando el marido muere después de vencido el plazo que tenía para impugnar la paternidad, sin hacer uso de la acción. El legislador en estos casos respeta la voluntad del marido, pues no sería lógico que si éste reconoció la paternidad, otras personas puedan impugnarla, por las razones ya manifestadas al hablar del Art. 196. Finalmente la ley requiere que la reclamación se haga en tiempo hábil, que es el plazo perentorio de 60 días contados desde que los interesados supieron la muerte del padre o en caso de haber éste desaparecido, desde el primer decreto de posesión concedido a sus herederos presuntivos, o desde que supieron el nacimiento del hijo, si aquel se verificare después de la muerte del padre (Art.198 Inc.2º). En vista de la redacción de dicha disposición, todas las personas con derecho a ejercitar la acción cuentan con el plazo de 60 días que corre íntegramente desde los hechos indicados, lo que equivale a decir que gozan de dicho plazo y no del residuo que le quedaba al marido al fallecer. Dicho plazo a mi modo de ver es justificable pues como lo dice Somarriva "el legislador lo hace con el deseo de no dejar por mucho tiempo en la incertidumbre la legitimidad del hijo". Por otra parte, el Art.198 Inc.último prescribe "Si los interesados hubieren aceptado la herencia conforme a lo prevenido en el Art.669 sin contradicción del pretendido hijo legítimo, podrán oponerle la excepción de ilegitimidad en cualquier tiempo en que él o sus herederos les disputaren sus derechos." Este artículo contempla una excepción de ilegitimidad la que el legislador la declara imprescriptible.

Caso del hijo que nace después de expirados los 300 días subsiguientes a la disolución o declaratoria de nulidad del matrimonio.

El hijo que nace después de expirados los trescientos días

subsiguientes a la disolución o declaratoria de nulidad del matrimonio, no es legítimo, y en cualquier tiempo que pretenda los derechos de tal, declarará el Juez su ilegitimidad a pedimento de cualquier persona interesada en ello, así lo prescribe el Art.199 C. Este artículo tiene su fuente en la ley de 4 de agosto de 1902, y la razón jurídica que dió para ello la Comisión es la siguiente: "En lo concerniente al que nace después de dichos trescientos días, el texto literal de la ley, se presta a las más absurdas interpretaciones: si la mujer, por ejemplo, dá a luz un hijo después de cuatro, cinco o más años de la muerte de su marido y los que tengan interés en ello no piden que se declare la ilegitimidad de tal hijo, dentro de sesenta días, contados desde que tuvieron noticias del parto, se le deberá tener como hijo legítimo del difunto. Esto es, al menos, lo que se deduce del tenor literal de los Artos.232 y 233, aunque es evidente que no puede haber sido esa la mente del legislador, desde luego que la presunción legal no puede establecerse nunca contra la verdad evidente.

"La Comisión entiende, pues, que debe cambiarse la redacción de estos artículos, dejándose el plazo de sesenta días, sólo para el caso del Art. 231, (Ed. 1893) y disponiéndose expresamente que no es legítimo el hijo nacido después de los antedichos trescientos días, y que el Juez podrá declararlo así en cualquier tiempo, a solicitud de parte interesada."

Considero acertada la reforma aludida, porque en este caso por haber nacido el hijo fuera del plazo que acredita la legitimidad, no rige la presunción de paternidad del marido ya que de conformidad a la presunción de derecho establecida en el Art.74 la duración máxima del embarazo es de 300 días y como consecuencia no puede atribuir-

sele a aquél el hijo, y por tal motivo considero también conveniente la amplitud de la ley en relación a las personas que pueden ejercer la acción, ya que el Art. 199 dice "a pedimento de cualquier persona interesada en ello" dentro de lo cual estimo que quedan comprendidas no solamente las que tengan un interés patrimonial, sino que también los ascendientes legítimos del marido, aunque no tengan parte alguna en la sucesión de acuerdo con el principio consignado en el Art. 200 ya indicado.

En este caso basta comprobar que el hijo nació después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución o declaratoria de nulidad del matrimonio, no siendo necesario alegar falta de acceso del marido a la mujer o adulterio de ésta unido a otras pruebas, pues el hijo de conformidad a la ley se reputa concebido y nacido fuera de matrimonio, faltando pues el primer supuesto básico de toda la legitimidad, por lo que no hay propiamente impugnación de la paternidad sino que desconocimiento de la misma.

Caso del hijo concebido antes del matrimonio y nacido dentro de él.

De conformidad al Art. 217 C. el marido puede impugnar la paternidad del hijo concebido antes del matrimonio y nacido en él, o sea del que nace antes de los 180 días de celebrado el matrimonio, en dos casos:

1º) Si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción según las reglas generales (Art. 217 Inc. 2º). En este aspecto nuestro legislador dá la misma solución que para el caso del hijo nacido después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, que contempla en el Art. 194 Inc. 2º.-

2º) Sin la prueba de la absoluta imposibilidad física de acceso a la mujer, el marido podrá reclamar contra la legitimidad del hijo si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse o si no ha manifestado reconocer al hijo después de nacido. Este derecho cesa de conformidad al Inc. 3º del mismo artículo 217 si se probare que el marido tuvo conocimiento del embarazo de su futura esposa o que ha quedado reconocido el hijo por cualquier medio legal.

El inciso final del mismo artículo dispone: "Para que valga la reclamación por parte del marido será necesario que se haga en el plazo y forma que se expresa en el título precedente." El título precedente habla de los hijos concebidos en matrimonio, por lo tanto el plazo que tiene el marido para hacer la impugnación, es el señalado en el Art. 197 que es de sesenta días que se cuentan desde que el marido tuvo conocimiento del parto. Si reside en el lugar del nacimiento se presumirá que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto; si el marido se hallaba ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su regreso a la residencia de la mujer, salvo el caso de ocultación de que se ha hecho mención. El plazo de que habla este artículo se suspende por imposibilidad física o moral del marido de tener conocimiento del hecho.

Al fallecer el marido, el Art. 227 nos indica qué otras personas pueden impugnar la paternidad y el modo de hacerlo, al prescribir que: "La legitimación del que ha nacido después de celebrado el matrimonio, no podrá ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma manera que la legitimidad del concebido en matrimonio". Al tratar del hijo concebido en matrimonio se expuso qué personas pueden incoar la acción, después de fallecido el marido, las causales y el plazo de que disponen, por lo que no juzgo necesario volver a repetir lo ya tratado.

CAPITULO II.- *La investigación de la paternidad en el Derecho Internacional Privado.*

En este capítulo trataremos algunas generalidades de la investigación de la paternidad en el Derecho Internacional Privado, y principalmente en lo que respecta al ejercicio de la acción, ya que su estudio sería objeto de otro trabajo que se aparta de los lineamientos de esta tesis, que no comprende los efectos que produce la filiación natural, ni mucho menos la condición jurídica de los hijos naturales desde el punto de vista del derecho Internacional privado, que da lugar a serias dificultades, ya que las legislaciones contienen principios muy diferentes.

El tratadista Julián G. Verplaetse, en su obra Derecho Internacional Privado, Pág. 400, manifiesta que en lo que atañe a la filiación natural las legislaciones de los diferentes países pueden agruparse así:

"a) Las legislaciones que atribuyen a ciertas personas el estado jurídico de hijos naturales. Es hijo natural el nacido fuera de matrimonio, que ha sido declarado como tal conforme a la ley. A esta clase pertenecen las legislaciones de la mayor parte de los países, tales como la alemana, la francesa, etc.

"b) Las legislaciones como la Sueca, Noruega y Danesa, que no atribuyen al hijo natural el estado jurídico de tal y no admiten por consiguiente, la comprobación jurídica de la expresada filiación. La legislación inglesa figura también en este grupo; en Inglaterra el hijo ilegítimo carece de estado jurídico, de donde se derivan derechos con relación al padre o a la madre. Aquel que, demandado como presunto padre de un nacido fuera de matrimonio, sea condenado, sólo estará obligado al mantenimiento del hijo hasta que cumpla trece años, si es varón, o diecisiete, si es hembra".

Para el mismo tratadista los problemas conflictuales se rigen por la ley personal del hijo en un sistema, por la ley personal del padre o de la madre en otro sistema, según que el reconocimiento se haga por el padre o la madre, afirmando que esta solución vale tanto para el reconocimiento voluntario como para el forzoso.

En materia de filiación natural las leyes extranjeras son frecuentemente inconciliables con el orden público, que es en todo sistema límite tajante a la aplicación de la ley personal, ya que los estados que prohíben la investigación de la paternidad lo hacen tomando en cuenta motivos de moralidad, por lo que sería contrario a su orden público aceptar un juicio de investigación de paternidad no contemplado en su legislación. Los tratadistas están de acuerdo en que en los estados donde se prohíbe la investigación de la paternidad no podrá intentarse ésta ni contra los nacionales ni contra los extranjeros, y al respecto Verplacetse manifiesta: "en materia de filiación natural, la ley personal está cercenada por el orden público. Si no existe la investigación de la paternidad en la ley del foro, poco importa que exista en la ley personal. Sería igualmente contrario el orden público internacional una investigación de paternidad basada en una causa que no existiese en la ley del foro. También sería contrario al orden público internacional la legitimación de hijos adulterinos si esta legitimación no existiese en la ley del Foro."

Cuando el padre y el hijo tienen la misma nacionalidad, se encuentran colocados sobre un plan de perfecta igualdad, ya que la ley aplicable a uno se aplica también al otro, pero cuando son de distinta nacionalidad y las legislaciones de ambos admiten la investigación de la paternidad, en forma diferente, surge el problema.

Que ley regirá entonces la admisibilidad de la acción. Unos prefieren la ley del padre otros la del hijo.

J.P.Niboyet en su obra Principios de Derecho Internacional Privado Pág.631, prefiere la ley del padre al manifestar, "entre dos personas que, hasta entonces, permanecieron extrañas, ¿porque dar la preferencia al hijo sobre el padre? puesto que se trata de deducir consecuencias a cargo del padre y en beneficio del hijo, es más natural y más justo, el reivindicar su filiación, la establezca conforme a la ley de la persona de la cual pretende ser una continuación." "Por otra parte, si desde el punto de vista de la calificación nos preguntásemos que idea tenemos de la filiación natural, llegaremos fácilmente a la conclusión de que el legislador se ha inspirado, ante todo en la protección de la familia legítima y en general en la protección de las familias."

Otros como Andre Weis, en su obra Manual de Derecho Internacional Privado, Pág.230, considera que cuando las dos legislaciones están de acuerdo para autorizar la prueba de la filiación natural del hijo es necesario, sin embargo, determinar a cuál corresponde indicar los medios por los cuales podrá ser establecida, y en el conflicto de la ley del padre y de la ley del hijo, se pronuncia como lo ha hecho respecto de la filiación legítima, por la ley personal del hijo cuyo estado está directamente afectado.

Conforme se ha expuesto, en el conflicto de la ley del padre y la del hijo, los tratadistas y las legislaciones se han dividido, pero prevalece el criterio dominante de la ley personal del hijo, con las reservas que la ley local impone por razón de orden público.

Para los países que han ratificado la Convención sobre Derecho Internacional Privado, conocida con el nombre de Código de Bustamante, suscrita en la Sexta Conferencia Internacional Americana, reunida en

la Habana en 1928, rigen los preceptos que en ella se estipulan, en el Título Primero, Capítulo V del Libro Primero, y en el cual sobre el particular se encuentran los artículos que dicen:

"Art.63.La investigación de la paternidad y de la maternidad y su prohibición se regulan por el derecho territorial.

"Art.64.Dependen de la ley personal del hijo las reglas que señalan condiciones al reconocimiento, obligan a hacerlo en ciertos casos, establecen las acciones a ese efecto, conceden o niegan el apellido y señalan causas de nulidad.

"Art.65.Se subordinan a la ley personal del padre los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos y a la personal del hijo los de los padres ilegítimos.

"Art.66.-La forma y circunstancias del reconocimiento de los hijos ilegítimos se subordinan al derecho territorial.

Dicha Convención fue ratificada por El Salvador, con ciertas reservas que no afectan los artículos anteriormente transcritos, por Decreto Legislativo de fecha 31 de marzo de 1931, publicado en el Diario Oficial de 10 de junio del mismo año.

Para el tratadista Antonio Sánchez Bustamante y Sirven, la paternidad y la filiación constituyen fundamentalmente relaciones de familia, y las estudia separándolas en grupos, según la condición de los hijos que pueden ser legítimos, legitimados, naturales o ilegítimos y al referirse a los naturales, en su obra Derecho Internacional Privado Tomo II Pág.71, en cuanto a los efectos del reconocimiento dice: "A los efectos del reconocimiento hay que aplicarles en general la ley personal antes preconizada, porque se trata de relaciones de familia. Pu-

diera suceder sin embargo que algunas de las consecuencias del reconocimiento o alguno de sus antecedentes se estimará por el derecho local incompatible con su orden público internacional sobre el que en caso alguno debe prevalecer. La investigación de la paternidad se encuentra en esta última hipótesis. Los motivos en cuya virtud la prohíben algunas legislaciones son de orden moral, y a las reglas locales se habrá de someter el extranjero que necesite intentarlas, aún en el caso de que esté para ciertas situaciones o para todas absolutamente prohibidas." Agregando que en el Código Civil cubano son de orden público los Artos. 135 y 136 que enumeran separadamente los casos en que el padre o la madre están obligados a reconocer al hijo natural.

Por su parte el doctor Eduardo Alvarez, que fue delegado de nuestro país a la Sexta Conferencia Internacional Americana, en donde se suscribió la referida Convención, en su trabajo "El Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante) y la Adhesión de España", que escribió por haberle solicitado su opinión el doctor Antonio Sánchez de Bustamante, sobre el efecto que produciría la adhesión de España al Código mencionado, del cual hace un estudio y en la parte que se refiere a la paternidad y filiación manifiesta: "Se rigen por la ley personal del hijo si fuere distinta a la del padre; son reglas de orden público interno. Es de orden público internacional la regla que da al hijo el derecho a alimentos. El caso de legitimación contempla las dos leyes, la del padre y la del hijo. La investigación de la paternidad y de la maternidad, y el reconocimiento de los hijos ilegítimos, se regulan por el derecho territorial." (1)

(1) trabajo publicado en la Rev. Jud. Tomo XXXIX, julio a diciembre de 1934, Pásg. 13 a 31.-

1) *Estimo que es necesario reformar el Inc. 1º de Art. 283 C. pues como está redactado es de difícil comprobación, máxime cuando hay parte contendora, por la complejidad de requisitos que exige, y siendo la posesión notoria de estado civil de hijo natural, la más invocada en nuestros tribunales, es conveniente que se contemple en forma justa, ya que exigirse a la vez que se presente al hijo en ese carácter a sus herederos presuntos, a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio hayan reconocido dicho estado vuelve en la mayoría de los casos imposible su comprobación, pues como se ha opinado no es corriente en nuestra sociedad presentar a los hijos naturales a la familia, mucho menos cuando son hijos de padre casado. Otro requisito que también se ha señalado como de difícil explicación, en la generalidad de los casos es el referente al establecimiento del hijo. Por tales motivos considero que el Inc. 1º del Art. 283 puede reformarse en los siguientes términos: " Cuando el hijo se halle en posesión notoria de su estado civil como tal. Esta posesión notoria consiste en que el padre haya tratado al hijo como suyo, proveyendo a su crianza y educación, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre, a virtud de aquel tratamiento. La posesión notoria deberá haber durado diez años continuos por lo menos, salvo que el padre hubiese fallecido antes de vencerse ese término."*

2) *Se reforme el Inc. 4º del Art. 283 para darle claridad y evitar opiniones contrarias, pues algunos sostienen que para establecer esta causal, se requiere a la vez de cartas y documentos privados,*

pero estando ya reconocido por nuestra jurisprudencia que basta una sola carta o documento en que de manera inequívoca se confiese la paternidad, me permito sugerir que dicho inciso se reforme así: "En el caso que exista carta o documento privado de cualquier naturaleza proveniente del supuesto padre, en que haya confesado de manera inequívoca la paternidad que se pretende establecer."

3) Se ha manifestado y sostenido que el hijo es un ser inocente, que al llegar a la vida no conoce quien lo engendró, ni en que circunstancias fue engendrado, y que las faltas y errores de los padres en modo alguno pueden imputarse al hijo, y que no es justo emplear para éste calificativos vergonzosos, por lo que considero indispensable que se derogue el Inc. 2º del Art. 35 que expresa que "Son hijos de dañado ayuntamiento los adulterinos e incestuosos", y los Artos. 36 y 37 que prescriben respectivamente quienes son hijos adulterinos e incestuosos.

El objeto principal de mi tesis se refiere al estudio de las causales contempladas en el Art. 283 C. y en estas conclusiones me refiero a las que creo oportuno se reformen.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Fueyo Laneri, Fernando *Derecho de Familia, Volumen III. Imp. y Lito Universo S. A. Valparaíso. Santiago de Chile, 1959.*
- 2.- Fernández Clérigo, Luis *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1947.*
- 3.- Claro Solar, Luis *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De Las Personas, Tomo Tercero, Segunda Edición. Imp. El Imparcial, Santiago de Chile, 1944.*
- 4.- Planiol Marcel y Ripert, Jorge *Tratado práctico de Derecho Civil Francés, Tomo Segundo, La Familia. Cultural, S. A. Habana, 1946.*
- 5.- Planiol, Marcel *Tratado Elemental de Derecho Civil Volumen IV, Traducción de la 12ª Edición Francesa. Editorial José M. Cajica, Jr. Puebla, México, 1946.*
- 6.- Arias, José *Derecho de Familia, Segunda Edición. Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires, 1952.*
- 7.- Albaladejo García, Manuel *El Reconocimiento de la Filiación Natural. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954.*
- 8.- Cicu, Antonio *La Filiación, Primera Edición. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.*
- 9.- Suárez, Belarmino *El Código Civil del año 1860 con sus modificaciones hasta 1948, Tomo I. Imprenta La Idea. San Salvador, 1949.*
- 10.- Somarriva Undurraga, Manuel *Derecho de Familia, Segunda Edición. Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1963.*

- 11.- Borja, Luis F. *Estudio Sobre el Código Civil Chileno, Tomo Quinto. Impresoras Editoras R. Roger y F. Chernoviz, París, 1908.*
- 12.- Petit, Eugene *Tratado Elemental de Derecho Romano, traducido de la Novena Edición Francesa y aumentado con notas originales por José Ferrandez González. Editorial Nacional, México, 1961.*
- 13.- Rodríguez Ruiz Napoleón *Investigación de la Paternidad y Otros Problemas Afines, Ponencia presentada a la Primera Convención Nacional de Abogados celebrada del 2 al 9 de marzo de 1957. Revista LEX, 1957.*
- 14.- Terán Lomas, Roberto A.M. *Los Hijos Extramatrimoniales. Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.*
- 15.- Brugi, Biagio *Instituciones de Derecho Civil Traducción de la Cuarta Edición Italiana. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946.*
- 16.- Silva, José Enrique *Derecho Penal Salvadoreño (Compendio de la Parte Especial). Revista de Derecho Nº 2, 1965.*
- 17.- Verplaetse, Julián G. *Derecho Internacional Privado. Ediciones ATLAS, Madrid, 1954.*
- 18.- *Revista del Ministerio de Justicia* *Años 1953 y 1963.*
- 19.- *Constitución Política de El Salvador.*
- 20.- *Ley Orgánica del Ministerio Público.*
- 21.- *Enciclopedia Universal, Europea-Americana.* *Tomo XLII Editores Hijos de J. Espasa, Barcelona.*
- 22.- *Código de Bustamante.*
- 23.- *Revistas Judiciales.*

