

*TESIS CON
FALLAS DE ORIGEN*

*Jef
6/7*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO
Y LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

JOSE FROYLAN RAMIREZ CASTILLO

MEXICO, D. F.

1986



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Pág.

INTRODUCCION.

CAPITULO I

Progresión histórica de la filiación.

1.- Qué se entiende por filiación?	1
1.1.- La filiación en el Derecho Romano	2
A.- La potestad como fuente de la filiación	4
B.- La familia agnática	5
C.- Fuentes de la patria potestad	6
1ra.- Las justae nuptiae	7
a).- Los hijos legítimos nacidos de matri- monio. Efectos de la justae nuptiae respecto de la relación paterno-filial	8
b).- Filiación legítima respecto a la -- madre	10
2da.- La adopción	10
3ra.- La adrogación	11
4ta.- La legitimación	12
1.2.- La filiación en el Derecho Canónico	13
1.3.- La filiación en el Derecho Germánico	17
1.4.- La filiación en el Derecho Español que tuvo aplica- ción en México durante la Epoca Colonial	20
A.- Las Siete Partidas	20
B.- Las Leyes de Toro	23
C.- La Nueva Recopilación	24
1.5.- La filiación en el Derecho del México independiente, con vigencia anterior al Código Civil de 1928	24

A.- Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el Distrito-Federal y Territorios Federales	24
B.- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917	27

CAPITULO II

La filiación en el Código Civil de 1928.

2.- Concepto de filiación	30
2.1.- Clases de filiación: Matrimonial, extramatrimonial,- legitimada y civil	31
2.2.- Filiación matrimonial	34
A.- Certeza de la paternidad derivada del matrimonio.	35
B.- Acciones relativas a la filiación matrimonial ..	38
a).- Acciones de desconocimiento de la paternidad	39
b).- Sujetos que pueden ejercer dichas acciones.	41
2.3.- Pruebas de filiación matrimonial:	50
A.- Actas del Registro Civil	52
B.- Posesión de estado:	52
a).- Acciones de reclamación de estado de hijo-de matrimonio	55
b).- Sujetos que pueden ejercer la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.	55
2.4.- Filiación extramatrimonial	57
2.5.- Filiación civil	58

CAPITULO III

Los hijos nacidos fuera de matrimonio.

3.- Generalidades	60
-------------------------	----

3.1.- Condición jurídica y social de los hijos extramatrimoniales. El trato discriminatorio que tradicionalmente se ha dado a los hijos nacidos fuera de matrimonio	62
3.2.- Establecimiento de la paternidad extramatrimonial ..	67
A.- Establecimiento voluntario. El reconocimiento ..	67
B.- Establecimiento impuesto a través de una sentencia dictada en un juicio de investigación de la paternidad	68
3.3.- El establecimiento voluntario de la relación pater--no-filial extramatrimonial	69
A.- Concepto jurídico de reconocimiento	69
B.- Formas mediante las cuales se puede llevar a cabo el reconocimiento. Es limitativa la enumeración legal?;	79
a).- Reconocimiento en el acta de nacimiento ..	79
b).- Reconocimiento mediante acta especial	80
c).- Reconocimiento mediante acta notarial	80
d).- Reconocimiento al otorgar testamento	80
e).- Reconocimiento por confesión expresa	81
3.4.- Reconocimiento impuesto por sentencia en un juicio de investigación de la paternidad	85
A.- Qué se entiende por investigación de la paternidad	85
B.- Casos en que conforme al Código Civil para el -- Distrito Federal vigente, esta permitida la investigación de la paternidad	86
C.- Juicio crítico acerca de cuál es el sistema que sigue el Código Civil para el Distrito Federal -- de 1928, en materia de investigación de la paternidad	89

D.- Necesidad de consagrar legislativamente la libertad en la investigación de la paternidad...	91
E.- Necesidad de dar mayor relevancia a la prueba-médica-pericial, para la prueba de la filiación	94
3.5.- Efectos jurídicos del reconocimiento, ya sea voluntario o impuesto por sentencia judicial	105
CONCLUSIONES	108
BIBLIOGRAFIA	112

I N T R O D U C C I O N

Desde el origen del hombre, éste ha cumplido con el ciclo natural de nacer, crecer y reproducirse, por lo que como consecuencia de esta última función natural (la reproducción) ha venido formando su progenie constituyéndose propiamente en familia, la cual se considera como la célula y base fundamental de toda sociedad, toda vez que de ella se obtiene la formación de nuestra conducta para con los demás.

En efecto, la familia ha sido considerada el núcleo principal de la sociedad, por lo que cabe aclarar que quienes originan a ésta, es la pareja que como producto del amor que se profesan determinan unirse en forma libre y a través del matrimonio con la finalidad de perpetuar su especie creando un nuevo ser a quien llamarán hijo, protegerán y educarán. Lamentablemente han existido y en la actualidad aún son demasiadas las parejas que se unen permaneciendo en el concubinato sin alcanzar el matrimonio, trayendo con ello el nacimiento de hijos fuera de matrimonio, quienes en las diferentes épocas y culturas han sido discriminados en forma tal que se han tenido que enfrentar a múltiples obstáculos de orden tanto social como jurídico.

Nuestra Legislación Civil vigente para el Distrito Federal aún y cuando ha progresado en forma humanista en relación a los hijos nacidos fuera de matrimonio, sin embargo no lo ha hecho en su totalidad, ya que nos encontramos en dicho Ordenamiento, afortunadamente, con muy pocas deficiencias al respecto, entre otras como es el caso de la investigación de la paternidad, es por ello que tal situación me ha inquietado proponiéndome cooperar con muchos otros que también se han inquietado, aportando lo que creo conveniente y con apego a derecho para subsanar dichas deficiencias y lograr que jurídicamente y en su totalidad sean protegidos y amparados los hijos nacidos fuera de matrimonio.

CAPITULO I

Progresión histórica de la filiación.

1.- ¿ Qué se entiende por filiación ?

"La filiación como hecho natural se dá siempre en todos los individuos, ya que es el vínculo que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra; - no así jurídicamente, se necesita asegurarse primero de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicamente al hecho de la procreación". (1)

En sentido genérico, se denomina filiación dicha relación; pero considerada desde el punto de vista de los progenitores se llama paternidad, y filiación en sentido específico, desde el punto de vista de los hijos. Además, paternidad se llama así en sentido estricto, considerado en cuanto al padre y maternidad en cuanto a la madre. (2)

Sánchez Román la define diciendo: "la filiación es un estado civil del hijo en relación a su padre o a su madre, de donde derivan como recíprocos los dos estados de paternidad y maternidad, el primero de ellos es el estado civil del padre respecto del hijo engendrado por él y el segundo, es el estado civil de la madre respecto de los hijos que ha dado a luz" (3) Este concepto o idea de filiación, que no es otra cosa que la generación, puede ser matrimonial o extramatrimonial, - la primera es la que deriva de la procreación dentro del matrimonio, y la segunda, la que se genera exclusivamente por el hecho natural de la procreación.

- (1) "La Filiación" Antonio Cicu. Pág. 16. Traducción F. Jiménez Arnau y J. Santacruz Teijeiro. Madrid 1930. Ed. Helénica
- (2) "Derecho Civil". Benjamín Flores Barroeta. México 1960.
- (3) "Derecho Civil". Felipe Sánchez Román. Vol. II. Pág. 952. Madrid, 1899.

No está por demás hacer la siguiente aclaración: "La relación entre progenitor (a) e hijo (a) es el parentesco más cercano que puede darse y toma el nombre estricto de FILIACIÓN. La filiación es parentesco, más no todo parentesco es filiación". (4)

1.1.- La filiación en el Derecho Romano.

"Las relaciones entre padres e hijos han sido contempladas por el Derecho Romano más tarde que las relaciones entre cónyuges, porque mientras la manus cedió rápidamente desde el principio de la segunda época, la patria potestad perdura todavía en el Derecho justinianeo, y el poder soberano del pater familias impidió la reglamentación jurídica de las relaciones domésticas entre padre e hijo. No obstante estas relaciones se desarrollaron progresivamente, aun prescindiendo, en cierto modo de la patria potestad". (5)

Los hijos se distinguen en legitimos (iusti, en el lenguaje justinianeo legitimi) y spurii (vulgo concepti). Forman una categoría distinta por la posición especial conseguida, - los hijos de una concubina, a los cuales en la época cristiana les fue reservado en sentido específico el título de hijos naturales (naturales liberti).

"Legítimos son los hijos que tienen un padre jurídicamente cierto. La legitimidad se deriva del matrimonio de los padres, de la adopción y, en la última época, de la legitimación". (6) La denominación más general para los hijos nacidos

(4) "Derecho de Familia" Sara Montero Duhalt. Ed. Porrúa, S. A., México, 1984. Pág. 46.

(5) "Instituciones de Derecho Romano". Pedro Bonfante, profesor de la Universidad de Roma. Trad. por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Ed. Parma, Turín, 1902.

(6) IDEM, pág. 199.

fuera del matrimonio es la "spurii, vulgo quaesiti o vulgo -- concepti, expresión que contempla, sobre todo, la situación -- del hijo que legalmente carece de padre o -- como dicen las -- Institutas, (I, 10, 12), con una palabra griega-- aquéllos -- que han sido concebidos sporaden, (diseminadamente)". (7)

"Se sabe que en el Bajo Imperio se les llamó naturales,-- a los hijos, cuando habían sido engendrados en un concubina-- to, denominación que anteriormente se aplicó a los hijos de -- los esclavos (D. XXXI, 88, 12) o a los nacidos de un matrimo-- nio, con relación a él y por oposición a los adoptivos (Gayo, III, 41). Agréguese además; ...los hijos incestuosos, esto -- es, los nacidos de una unión entre quienes existe impedimento para casarse por razón de parentesco, que no pueden ni aún so licitar alimentos a sus padres (Nov. 89, cap. 15)". (8)

En materia de filiación, la paternidad no era comprobada por sí misma sino que estaba sometida a presunciones legales-- basadas en el hecho mismo del matrimonio; por lo que: "el hi-- jo se considera legítimo si ha nacido por lo menos en el sépti-- mo mes o más, precisamente después de los ciento ochenta y-- dos días de la celebración del matrimonio y antes de los diez meses de su disolución; de lo contrario, se debe probar la pa-- ternidad si el marido desconoce la prole. La acción de recono-- cimiento llámase actio de partu agnoscendo o de liberis agnos-- cendis, según que sea concedida a la madre o a los hijos". (9) En cuanto a la maternidad, ésta siempre era cierta (mater sem per certa est) y quedaba constatada en el momento mismo del -- nacimiento del hijo.

(7) "Manual de Derecho Romano". José Arias. Ed. Guillermo -- Draff. Buenos Aires, 1949. Pág. 202.

(8) IDEM, pág. 202.

(9) Pedro Bonfante, opus cit., pág. 199.

A propósito del término legal, máximo y mínimo, establecido para presumirse hijos concebidos dentro del matrimonio, a la mujer viuda o divorciada, se le imponía la obligación de no volver a casarse antes de diez meses de disuelto el matrimonio, a fin de evitar la incertidumbre, respecto a la paternidad del hijo nacido en ese período. "Una violación de esta prescripción, arrastraba a la infamia sobre el segundo marido, para los ascendientes que teniendo autoridad sobre el esposo habían consentido el matrimonio, y finalmente sobre la mujer". (10)

A.- La potestad como fuente de la filiación.

En el Derecho Romano, encontramos desde su origen, un sistema familiar estrictamente patriarcal. La autoridad paternal y marital fue efecto derivado de la religión; Platón en sus leyes define al parentesco como "La comunidad de los mismos dioses domésticos"; (11) y en efecto la religión doméstica -- era lo que constituía el parentesco; el derecho de hacer los sacrificios al hogar sólo se transmitía de varón a varón y el culto de los muertos se dedicaba únicamente a los ascendientes en línea masculina.

Sólo el parentesco por línea paterna contó en Derecho, -- no era la procreación ni el parentesco de sangre (cognatio) -- sino los vínculos de la patria potestad lo que creaba relaciones jurídicas; el parentesco civil (agnatio) que podía ser al

- (10) "Tratado Elemental de Derecho Romano". Eugene Petit, --- pág. 108; Trad. José Fernández G. Ed. Nacional. México 1958.
 (11) "La Ciudad Antigua". Foustel de Coulanges. Pág. 36. Ed.-- Nueva España, S.A. 1944.

mismo tiempo parentesco de sangre, pero que podía no serlo como en los casos de la adopción y adrogación, era el único al que se le reconocían consecuencias de derecho.

"El antiguo Derecho romano no reconocía la potestad solamente como fuente de paternidad entre el padre y el hijo, la hacía el fundamento exclusivo del parentesco. La familia romana estaba desde el círculo más estrecho al más alejado exclusivamente asentada sobre la unidad de la potestad doméstica". (12)

En el sentido propio que nos interesa se entendió por familia o domus a la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único o sea del pater familias; - están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado agnatio. "Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo - entre sus hijos que hechos sui juri, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias o domus que entre los miembros de las cuales están formadas. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma familia civil". (13)

B.- La familia agnática.

"Agnación -agnatio- es el vínculo jurídico que une a -- los parientes por línea masculina, (Gayo, 1, 156; agnati --- sunt per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati) es decir, a todas las personas que se encuentran

(12) "Manual Elemental de Derecho Romano". Paul Frederic Girard. Pág. 146. Ed. Librería Nueva de Derecho. París 1913.

(13) Eugene Petit, opus cit., pág. 96.

bajo la potestad de un mismo pater familias, o que se encontrarían, si éste no hubiere fallecido". (14) Luego entonces - podemos decir que la familia agnática comprende: Los que están bajo la autoridad paternal o la manus del jefe de familia, los que hayan estado bajo la autoridad paternal del jefe y lo estarían si aún viviese; los que nunca han estado bajo la autoridad del padre, pero que lo hubieran estado de haber vivido éste.

Al lado de este parentesco civil los romanos reconocieron la cognatio, que es el parentesco de sangre creado por la generación. "No es lo opuesto a la agnatio como se le presenta generalmente, porque en la vida regular la mayoría de los cognados son agnados, con la excepción rara de los hijos adoptivos y la más rara aún de la mujer in manu; en el derecho clásico la agnatio no es sino una cognatio limitada". (15)

"La sucesión legítima y el llamamiento a la tutela son regulados por el ius civile de acuerdo con la agnatio. La cognatio es tomada en cuenta por el mismo ius civile en materia de impedimentos matrimoniales. El derecho honorario y la legislación imperial prestan mayor atención al parentesco de sangre, cerrándose el curso de la evolución jurídica con su exaltación definitiva". (16)

C.- Fuentes de la patria potestad.

"Como fuente de la patria potestad el Derecho Romano señala

(14) "Derecho Romano". Instituciones de Derecho Privado. Juan Iglesias, catedrático de Derecho Romano en la Universidad Complutense de Madrid. Págs. 560 y 561. Ed. Ariel, - S. A. Barcelona, 1982.

(15) José Arias, opus cit., pág. 164.

(16) Juan Iglesias, opus cit., pág. 561.

la una natural y general al lado de tres artificiales y excepcionales, entre las cuales la legitimación requiere empero un fundamento natural"(17): la *justae nuptiae*, la adopción, la adrogación y el reconocimiento de los hijos habidos fuera de matrimonio.

lra.- Las *justae nuptiae*.- En rigor se entiende por matrimonio legítimo o *justae nuptiae* la unión permanente del hombre y de la mujer en cuya formación se ha respetado en --- cuanto a los requisitos legales relativos a capacidad de las partes: doce años en la mujer y catorce en el hombre; las formalidades y demás exigencias jurídicas, como eran, el consentimiento de los futuros cónyuges y del *pater familias* si no eran *sui juris*; y el *connubium* que es la aptitud legal para contraer las *justae nuptiae*. Para tener el *connubium* era necesario ser ciudadano romano; por tanto, en derecho antiguo estaban privados del *connubium* los esclavos y los latinos, salvo los *verteres* y los peregrinos, que bajo concesiones especiales podían gozar de él. "Bajo Justiniano y con motivo de la extensión del derecho de ciudadanía los únicos que no tuvieron *connubium* fueron los bárbaros y los esclavos". (18)

La característica de este matrimonio es la identidad de la condición social de los esposos, por eso Valentiano III y Teodosio II presumieron al matrimonio "cuando hay unión permanente entre personas de la misma clase social". (19) En un principio los matrimonios se realizaron *cum manus*, o sea la mujer pasaba a tener la calidad de *loco filiae* del marido y -

(17) "Derecho Privado Romano". Guillermo Floris Margadant. -- Pág. 138. Ed. Esfinge. México, 1960.

(18) Eugene Petit, *opus cit.*, pág. 105.

(19) José Arias, *opus cit.*, pág. 174.

bajo la potestad del pater familias de la domus del mismo; la manus se adquiría de dos formas solemnes: La confarreatio, ceremonia religiosa del uso exclusivo de los patricios con asistencia del flamendialis, el gran pontífice y diez testigos - siendo elemento necesario la consagración del pastel de trigo. La coemptio, casi exclusiva del uso de los plebeyos realizada bajo una mancipatio ficticia.

Desde fines del Siglo VI de Roma, la transformación de - la familia admite la posibilidad de una unión legítima sin la conventio in manus. "Los matrimonios sin manus se perfeccionaban por el mero consentimiento y podían por tanto confundirse exteriormente con el concubinato del que sólo los diferenciaba un factor interno, el affectus maritalis, la intención de constituir una familia, la de fundar una unión liberorum quarendorum, causa e intención que se podía y debía inferir de - las circunstancias que rodeaban a la unión, especialmente las de carácter económico, como era sobre todo el hecho de dotar a la mujer". (20)

a).- Los hijos legítimos nacidos de matrimonio. Efectos de la justae nuptiae respecto de la relación paterno-filial.

Las legislaciones modernas declaran legítimos a los hijos nacidos dentro de las condiciones que ellas determinen, - independientemente de la voluntad de los padres, es la ley y no ellos la que fija el estado civil. Sin embargo en los indi

(20) "Historia del Derecho Romano". Roberto Von Mayer. Pág. - 152, profesor de la Universidad de Praga, traducida directamente del Alemán por el profesor Wenceslao Roces de la Universidad de Salamanca.

cios del Derecho Romano, la aceptación del recién nacido se dejaba al arbitrio del jefe de la casa, por la sencilla razón de que su voluntad era omnimoda; no era suficiente nacer del matrimonio, era sobre todo estar aceptado por el pater familias. "El jefe de la domus que ha tomado una mujer para tener hijos no se comprometía a tomar todos los que ella le diera, podía ordenar el aborto que no era punible, después del nacimiento del niño le era presentado, se colocaba a sus pies y podía desconocerlo dándose la vuelta (*liberum repudiat negat*)" (21). Cosa que hace inútiles en esta época las presunciones del derecho posterior en favor o en contra de la legitimidad del parto.

De este viejo Derecho resulta también, que los hijos póstumos nacen *sui juris*, no tenían ni padres ni abuelos para -- considerarlos dentro de la familia, era excluido de hecho ni siquiera era agnado. Sin embargo, "una Jurisprudencia dada -- por los prudentes tuvo por heres suos (heredero suyo y necesario, de su padre) a los nacidos póstumos dentro de los diez meses de muerto el marido, si se consideraba que vivió bajo su potestad inmediatamente a la hora del nacimiento. Esta solución remota parece del Siglo VII fue la primera norma esencial del estado de familia que el Estado dictó de manera soberana". (22)

Los efectos desprendidos como consecuencia del matrimonio *cum manu* y *sine manu* se confunden, dentro de uno o de otro el hijo toma la condición del padre, nacido bajo su potestad es agnado.

(21) "Roma y la Organización del Derecho". J. Declareuil, *tra ducc.* Lic. José López Pérez. Pág. 87.

(22) IDEM, pág. 87.

El Derecho que va del Siglo III al Derecho de los Seve--ros define la legitimación de un hijo así: "El hijo de una mujer casada es obra del marido". (23)

b).- Filiación legítima respecto a la madre.

La filiación legítima respecto a la madre es un hecho - fácil de establecer, el sistema de la manus establecía una línea muy limpia entre la madre y el hijo, la mujer sui juris - es loco filiae y se reputa hermana del hijo, hay entre ella y ellos el derecho de sucesión recíproca que existe entre hermanos y hermanas. Ella los tendrá por tutores después de la --- muerte del marido; es un parentesco estrecho pero basado en - la potestad y no en la línea de la sangre, el parentesco que se establece entre ellos es de agnados. (24)

"Las cosas fueron modificandose cuando se reconoció el - parentesco de la sangre como fuente de deberes y derechos, admitidos primero por el pretor y después por los senados con--sultos y más tarde por las Constituciones Imperiales". (25)

2da. La adopción.- La adopción, la adrogación y la legitimación fueron vías abiertas al pater familias para agregar más gente a la domus. "La adopción fue una Institución de derecho civil, cuyo efecto era establecer entre dos personas relaciones similares a las que creaban las justae nuptiae entre el hijo y el jefe de familia. El pater familias adquiría-

(23) IDEM, pág. 88.

(24) Juan Iglesias, opus cit., pág. 563.

(25) "Manual Elemental de Derecho Romano." Paul Frederic Gi--rard. Pág. 171, Ed. Librería Nueva de Derecho. París 1913.

generalmente y en un principio la patria potestad sobre el filius familia de otro ciudadano romano. Era necesario el consentimiento del adoptado y que el adoptante tuviera diez y ocho años más que él". (26)

"La adopción es menos antigua que la adrogación, contrariamente a la segunda es un acto privado lo que permite afirmar que la adrogación fue la antigua forma de adoptar patria y la adopción fue introducida por los plebeyos que no tenían acceso a los comicios curiales". (27)

3ra. La adrogación.- La adrogación en los primeros siglos estuvo cercana a la economía de la ciudad, ya que por ella un jefe de familia o sea un sui juris pasaba bajo la potestad de otro. Una domus, un culto, un patrimonio, dejaba de existir y como el equilibrio económico y político entre las gens podía ser roto, hacía que el procedimiento formal para llevarla al cabo fuera muy severo.

"En la Roma republicana se exigió para esa institución la aprobación de los comicios (por curias) con intervención sacerdotal. Cuando los comicios cayeron en desuso, se exigió el consentimiento de treinta lectores, hasta que Declesiano decidió que la aprobación personal del Emperador era necesaria además del consentimiento del adrogado y adrogante". (28)

La adrogación asignaba al adrogado el rango de hijo, de ahí resultaban todas las consecuencias políticas, sociales y económicas de esa nueva situación.

(26) José Arias, opus cit., pág. 189.

(27) IDEM, pág. 189.

(28) Guillermo Floris Margadant, opus cit., pág. 142.

4ta. La legitimación.- Mediante la legitimación el hijo nacido en un concubinato podía ser asimilado a los legítimos, es decir, a los nacidos de justae nuptiae. El concubinato fue una unión estable y reconocida por la Ley, con la peculiaridad de quienes lo presentaban no se hayaban colocados en iguales condiciones.

"Por la legitimación se adquiría la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos de concubinato, porque los es purios, hijos nacidos de un comercio adulterino o incestuoso o de una unión pasajera o flicita no teniendo padre conocido, según la Ley no podían ser legitimados". (29)

El hijo no podía ser legitimado sin su voluntad.

"De varias maneras se realiza la legitimación;" (30)

a).- Por el matrimonio subsiguiente de los padres, excepto los hijos adulterinos o incestuosos que no pueden ser legitimados; en la época de Justiniano se exigía además un contrato matrimonial para precisar la transformación del concubinato en justae nuptiae.

b).- Por rescripto de príncipe.- Consistía en una Resolución Imperial declarando legítimos a los hijos naturales, Justiniano lo admitió para el caso en que por muerte o casamiento de uno de los padres, el anterior procedimiento no fuera - posible. Se requería la ausencia de hijos para utilizar este procedimiento de legitimación.

c).- Por oblación a la Curia.- Su origen se debe a un interés fiscal; tratándose de una hija, la legitimación se efectuaba por matrimonio con un decurión, siempre que el padre la dotase con igual valor que la causión que daba por el hijo al inscribirlo a la curia.

(29) Eugene Petit, opus cit., pág. 117.

(30) José Arias, opus cit., pág. 190.

1.2.- La filiación en el Derecho Canónico.

A.- Especies de hijos. "Los hijos dentro del Derecho canónico pueden ser dentro de matrimonio válido, legítimos y legitimados; y de los habidos fuera de matrimonio pueden ser: naturales, o espurios o quedar legitimados por rescripto". (31)

B.- De los hijos legítimos. Es un efecto inseparable del matrimonio, el que los hijos habidos durante su duración o concebidos en él son legítimos. Esto se infiere del canon 1114 que dice: "son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo, siempre que los padres, en el momento en que fue concebido el hijo, no les estuviera prohibido el uso del matrimonio celebrado antes, por haber hecho profesión religiosa solemne o por haber recibido órdenes sagradas". (32) Para que un hijo sea legítimo no es necesario que haya nacido durante el matrimonio válido o putativo de sus padres; basta que haya nacido durante el matrimonio, o que lo hayan engendrado durante él, aunque haya nacido después de la disolución del vínculo o después de haber perdido el matrimonio su carácter putativo.

C.- Establecimiento de la maternidad y paternidad.- La primera, debido al hecho del mismo parto y la publicidad que generalmente lo acompaña, es fácil de determinar. Respecto a la paternidad, el legislador canónico ha recogido la presunción que sobre ella tenían los romanos; "pater is est quem

(31) "Código de Derecho Canónico", bilingüe y comentado. Lorenzo Miguélez Domínguez, Sabino Alonso Morán, O.P. y Marcelino Cabreros de Anta, C.M.F.; pág. 416. Biblioteca de autores cristianos. Madrid MCMXLVII.

(32) IDEN, pág. 416.

justae nuptiae demonstrant" (el matrimonio muestra quien es - el padre), ya que esta fórmula la encontramos en el canon 1115 párrafo primero que dice: "I.- El matrimonio muestra quienes el padre a no ser que se compruebe lo contrario con razones evidentes". (33) El legislador al sancionar esta presunción no deja de reconocer la posibilidad de la prueba en contrario al decir: "...a no ser que se compruebe con razones evidentes..." Otra presunción de capital importancia, se encuentra contenida en el canon que comentamos, que basada en - el plazo de las estaciones, toma los términos máximo y mínimo dentro de los cuales es factible que se origine el ser humano considerando como punto de partida la concepción, el legislador señala un mínimo de seis meses por lo menos, contados a - partir de la fecha del nacimiento, para que opere sobre el nacido la presunción de legitimidad que con anterioridad fija - en el canon 1114 ya transcrito; dice así: "...se presume que son legítimos los hijos nacidos seis meses por lo menos después del día de la celebración del matrimonio o dentro de los diez meses después del día de la disolución de la vida conyugal". (34)

El canon 1115, párrafo segundo, determina el tiempo por meses y éstos se consideran formados por treinta días por expresa disposición del canon 132 párrafo I. "En derecho se entiende bajo el nombre de mes el espacio de treinta días..." - Conclusión de lo anterior, es que los términos mínimo y máximo para considerar a un hijo como legítimo son de ciento ochenta y trescientos días respectivamente, a partir de la iniciación o disolución del matrimonio. "Contra la presunción que -

(33) IDEM, pág. 416.

(34) IDEM, pág. 416.

establece este canon, no valdría la afirmación bajo juramento hecha por la madre moribunda de que su hijo es adulterino". - (35)

Dentro de los hijos nacidos fuera de matrimonio, quedan comprendidos no tan sólo los hijos provenientes de relaciones extramatrimoniales sino también aquellos que han nacido dentro de matrimonio no válido o no putativo.

Los hijos producto de estas relaciones, pueden dividirse en naturales y espurios. Los naturales son los nacidos fuera de matrimonio siempre y cuando a los progenitores no les estuviera vedado el matrimonio (canon 1116). "Son hijos espurios-aquellos a cuyos padres les estaba vedado el uso del matrimonio por haber hecho profesión religiosa solemne o por haber recibido órdenes sagradas o por anterior ligamen no disuelto. Podemos agregar a esta misma condición los hijos adulterinos, los sacrílegos y los incestuosos". (36)

La Iglesia llega a considerar deshonroso todo tipo de unión extramatrimonial, sin embargo trata de evitar en lo posible las desventajas que acarrea la condición de hijo natural y ofrece la vía de la legitimación.

D.- Legitimación. "El Papa Alejandro III en el año de 1172 recogió la experiencia que le brindaba el Derecho romano de legitimar por el subsecuente matrimonio de los padres, y legalizó el procedimiento, que ya había sido tomado en cuenta por sus predecesores y había arraigado en la costumbre jurídica canónica". (37)

Para que proceda la legitimación por subsecuente matrimo

(35) IDEM, pág. 417.

(36) IDEM, pág. 416.

(37) IDEM, pág. 416.

nio, se requiere que a los padres, en el momento de la concepción del hijo no les estuviera vedado el matrimonio. Lo anterior se desprende del canon 1116 que dice: "Por subsiguiente-matrimonio de los padres sea verdadero o putativo, tanto si se contrae como si se convalida, aunque no llegue a consumarse, se legitima la prole, con tal de que los padres hayan sido hábiles para contraer matrimonio entre sí en el tiempo en que aquella fue concebida, o durante su gestación o cuando ella nació". (38)

El canon 1116 se refiere a los nacidos antes de la celebración del matrimonio de sus padres, los cuales son ilegítimos. Estos, como ya apuntamos, pueden ser naturales o espurios, según que sus padres hayan sido o no hábiles para contraer matrimonio entre sí, en el tiempo en que la prole fue concebida o durante su gestación o cuando nació. Ahora bien, "si se trata de hijos meramente naturales se produce automáticamente la legitimación en el momento de casarse sus padres; si lo segundo, o sea si son espurios, hay que distinguir dos casos: o se concedió dispensa del impedimento que obstaculiza la unión de los padres, o cesó por sí solo el impedimento" (39)

1.- Si lo primero, la legitimación se realiza en la forma del canon 1051 que dice: "Por el mismo hecho de conceder -- una dispensa de impedimento dirimente en virtud de potestad ordinaria o delegada por indulto general, y no por rescripto para casos particulares, queda también por el mismo hecho concedida la legitimación de la prole, que no sea adulterina o -

(38) IDEN, pág. 416.

(39) IDEN, pág. 416.

sacrilega, si es que aquéllos a quienes se concede la dispensa tienen hijos ya nacidos o en estado de gestación". (40)

2.- Si lo segundo, no se produce la legitimación por matrimonio de sus padres, sino que hay que recurrir a la Santa-Sede, la cual puede conceder dicha legitimación por Rescripto Pontificio. (41)

Respecto a los efectos que se producen sobre los hijos - legitimados el canon 1117 nos dice: "Los hijos legitimados -- por subsiguiente matrimonio, se equiparan en todo a los legítimos para los efectos canónicos, si no se haya expresamente-determinada otra cosa". (42)

1.3.- La filiación en el Derecho Germánico.

A.- Clasificación de los hijos. En el Derecho germánico, los hijos legítimos son considerados como tales, cuando en el momento de su nacimiento, sus padres se encontraban unidos en matrimonio; por tanto los que han nacido fuera de matrimonio se consideran hijos naturales. (43)

B.- Situación jurídica de los hijos naturales. "La madre de hijo natural es siempre conocida; no así el padre, - fuera de los casos siguientes: cuando voluntariamente le reconoce, o cuando judicialmente se hace la declaración de paternidad. El reconocimiento voluntario tiene lugar en el acto --

(40) IDEM, pág. 392.

(41) Los rescriptos, son los actos de la Autoridad emanados a petición de los fieles.

(42) Lorenzo Miguélez D., opus cit., pág. 417.

(43) "Tratado de Derecho Civil Germánico o Alemán". Ernesto - Lehr. Traducida por Don Domingo Alcalde Prieto. Leocadio López, editor. Madrid, 1878.

del nacimiento del hijo, y en virtud de la declaración que se hace en el acta; o después en las varias formas consignadas - en la ley a fin de asegurar su autenticidad". (44)

"En la Edad-media el Derecho canónico autorizaba en determinados casos la investigación de la paternidad, v. gr., - cuando el hombre seducía a la mujer. Este Derecho puede en -- cierta manera servir de transacción entre el sistema romano y las teorías germánica e inglesa. La primera deja a los hijos - en una situación muy dependiente, aunque por regla general ad mite la referida investigación". (45)

En el Derecho germánico como hemos visto, esta permitida la investigación de la paternidad, toda vez que "en Alemania - es muy considerable el número de nacimientos ilegítimos".(46)

"A fin de demostrar la fina política y exquisito tacto - de las modernas legislaciones alemanas en el particular, que - después de madura reflexión se han pronunciado por el sistema de la paternidad (aquella que admite la investigación de la - paternidad), resumiremos a continuación lo dispuesto por el - Código de Zurich, que es al que siguen más de cerca los de Sa jonia, Soleure, Grisones, y en menor escala el de Austria": - (47)

"La mujer encinta puede reclamar de su causante la pater nidad; también puede hacerlo en los seis meses siguientes al parto si hubieren contraído solemnes esponsales, o si ella pu diera obtener un reconocimiento formal y escrito del demanda do. La demanda se interpone ante el pastor (Pfarramt) del do-

(44) IDEM, pág. 583.

(45) IDEM, pág. 584.

(46) IDEM, pág. 585.

(47) IDEM, pág. 587.

micilio de la querellante. Este da traslado de la queja a la municipalidad y al acusado, y le invita a que declare si reconoce o no la paternidad. Si la reconoce, el pastor procura justificar el hecho, lo participa al tribunal del distrito que declara padre al acusado, y facilita a la madre acta de esta declaración. De acuerdo con los padres toma las disposiciones oportunas en obsequio del hijo, y las pone en conocimiento de la municipalidad de la madre; pues a pesar del reconocimiento, el hijo sigue su condición y domicilio. Si el acusado niega o rechaza la paternidad, el pastor se limita a remitir el asunto al tribunal del domicilio que habita. Este no admite la demanda de la mujer: 1o. Si el demandado no tiene diez y seis años en la época de la concepción. 2o. Si supiere que era casado. 3o. Si ella lo estuviera en dicha época. 4o. Si antes hubiera denunciado a otro, a no probar que lo hizo a consecuencia de amenazas o intrigas fraudulentas empleadas por el demandado. 5o. Si durante los dos últimos años hubiera comerciado con su cuerpo o frecuentado casas sospechosas. 6o. Si se le declara indigna de producir reclamación alguna, ya por su vida airada, ya por haber sido condenada por adulterio o seducción. Es regla general que la concepción de un hijo bien formado se verifica entre la cuarenta y dos y treinta y ocho semana antes del nacimiento, plazo que no es exactamente el mismo en todos los códigos". (48)

"En el Derecho antiguo, los hijos naturales eran considerados incapaces muchas veces para ciertas funciones, y para algunas posiciones honoríficas; eran responsables de la irregularidad de su nacimiento, y con frecuencia se les excluía -

o no se les admitía en los gremios, cargos eclesiásticos, sucesión de feudos, etc., etc., de tal suerte, que para enmen--dar o corregir tan inicua doctrina, se imaginó una legitima--ción especial, legitimatio ad honores. El Derecho moderno ha borrado la mancha que recae sobre ellos por falta de padres, y los Códigos alemanes declaran solemnemente que bajo el punto de vista de sus derechos personales, cívicos u honoríficos, los hijos naturales son exactamente iguales a los legítimos".

(49)

1.4.- La filiación en el Derecho Español que tuvo aplicación--en México durante la Epoca Colonial.

A.- Las Siete Partidas.

La Partida Cuarta, en el título XIII, habla "De los fi--jos legítimos":

"Entre todos los bienes, que diximos en los Títulos ante deste que son en el matrimonio, es uno dellos, que los--fijos que nascen del son derechoeros, e fechos segund ley. E tales fijos como estos, segund dixeron los Santos, ama -- Dios, e ayudalos, e dales esfuerco, e poder, para vencer -- los enemigos de la su Fe. E son asi como sagrados, pues -- que son fechos sin mala estancia, e sin pecado: e sin todo aquesto, son tenidos por más nobles, porque son ciertos, e conocidos, más que los otros que nascen de muchas mugeres que non pueden ser guardadas como la una, segund ya dixi--mos. E demás, aun segund natura deuen ser más ricos, e más esforcados; porque no caen en verguenga, como los otros, -- por razón de las madres. E sin todo esto, porque los pa---rientes e los otros omes los honrran, e los adelantan más-- que a los otros hermanos, maguer sean de más nobles madres. E porende, pues que en los Títulos ante deste diximos de --

(49) IDEM, pág. 590.

las desposajas, e de los matrimonios, e de todas las otras cosas que les pertenescen: conuiene que digamos en este, - de los fijos que nascen dellos. E primeramente mostraremos, que quiere dezir fijo legitimo. E quales deuen ser assi -- llamados. E que pro, e honrrales viene, de ser legitimos". (50)

La Ley I de la Partida Cuarta, título XIII, establece -- que quiere decir hijo legitimo y quienes deben ser llamados -- así:

LEY I.- Que quier dezir fijo legitimo, e quales deuen assi ser llamados:

"Legitimo fijo tanto quier dezir, como el que es fecho -- segund ley e aquellos deuen ser llamados legitimos, que -- nascen de padre, e de madre, que son casados verdaderamente, segund manda Santa Iglesia..." (51)

La Partida Cuarta, en el título XV, habla "De los fijos -- que non son legitimos":

"Fijos han las vegadas los omnes, que non son legitimos, porque non nascen de casamiento segun ley, e como quier -- que Santa Iglesia non tenga, nin aya por fijos derechuros a tales como estos; pero pues que acese que los omnes los fazen, ya que en el Título antes de este fablamos de -- las barraganas, queremos dezir en este, de los fijos que -- nacen de ellas. E mostrar primeramente, que quier dezir fijos non legitimos. E por quales razones son atales. E quantas maneras an de ellos. E que dafio viene a los fijos por -- non ser legitimos. E como se pueden legitimar. E que bien, e pro nazce a los fijos, por ser legitimos". (52)

La primera distinción que esta legislación establece entre los hijos, es la de legitimos y naturales. Los legitimos -- son los que nacen de padre y de madre que son casados verdade

(50) "Las Siete Partidas, glosadas por Gregorio López, Tomo -- II, reimpresso en Perpignan por D.J. Alzine, año 1831. Par -- tida Cuarta, Título XIII.

(51) IDEM, Ley I de la Partida Cuarta, Título XIII.

(52) IDEM, Partida Cuarta, Título XV.

ramente según manda la Iglesia.

Son naturales los que no nacen de casamiento según ley.- Estos a su vez, se subclasifican. Son simplemente naturales - los que nacen de barragana, o sea, mujer soltera a quien el - hombre tiene como amiga, viviendo o no con ella.

"Llama 'fornezinos' a los que nacen de adulterio, o son hechos en parienta (los después llamados incestuosos), o en - mujeres de Orden. Son hechos contra ley, o contra razón natural. Otros más son llamados mánzeres, 'nacen de las mujeres - que están en la putería, e danse a todos quantos a ellas vienen'. Y por ello no puede saberse qué hijos son los que nacen de ellas. Mánzeres, significaba tanto como mancillados, por - que fueron malamente engendrados 'e nacen de vil lograr'."(53)

Otra denominación fue los llamados con el vocablo latino "Spurii", eran los que nacían de barraganas que los hombres - tienen fuera de sus casas y que se dan a otros hombres. Como - quien dice la amiga infiel.

Otra clase de hijos son los llamados "notos", nacidos de mujer casada, pero adúltera, y que aparentan ser hijos del ma rido que la tiene en casa, pero en realidad no lo son de él.

"Resumiendo la abigarrada clasificación de las Partidas, los hijos podían ser: Legítimos o ilegítimos. Los ilegítimos - eran a su vez de dos clases: naturales y fornecinos. Y los -- fornecinos (hechos contra la ley o razón natural): adulteri-- nos, incestuosos, sacrílegos, mánzeres, espurios, notos". (54)

De inmediato la Ley III explica el daño que le viene a - los hijos por no ser legítimos.

"La condición de los hijos naturales es inferior a la de

(53) Sara Montero Duhalt, opus cit., pág. 287.

(54) IDEM, pág. 288.

los legítimos, pues no gozan de los honores y beneficios de tales, y aun entre ellos hay mucha diversidad, tanto por la mayor o menor dificultad de la legitimación, como por la estimación y aprecio que se les concede". (55)

En resumen, para la legislación de Las Partidas, con excepción de los hijos simplemente naturales, los otros llamados ilegítimos en sus diversas designaciones, no podían tener honores ni dignidades, y si las lograban, una vez descubierto su origen, las perdían. No tenían tampoco derecho hereditario de sus padres, y con mayor razón de ninguno de sus demás parientes. Parentesco, por otro lado, que no podían adquirir en forma legal, al serles negada su calidad de hijos a través de la legitimación.

"La legitimación iguala la condición del hijo natural -- con la del nacido de matrimonio. Podía hacerse de varias maneras: por Merced Real, por escritura pública, o por testamento. La legitimación una vez realizada, permite al hijo natural recibir todo tipo de honores, igual que si hubiera nacido legítimo, y le otorga además, el derecho a heredar". (56)

B.- Las Leyes de Toro.

Las Leyes de Toro, establecen que los hijos legítimos -- son aquéllos que han nacido de legítimo matrimonio; y en cuanto a los hijos naturales la Ley XI, de dicho ordenamiento, -- nos habla de "quales se dicen ser hijos naturales";

Ley XI.- Y porque no se puede dudar quales son hijos-

(55) IDEM, pág. 288.

(56) IDEM, pág. 289.

naturales: ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nascieron, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres juntamente sin dispensación; con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido muger de --- quien lo uvo en su casa, ni sea una sola; Ca concurriendo con el hijo las calidades susodichas mandamos que sea hijo natural.

Las Leyes de Toro, aceptan la legitimación como se establece en la Ley XII que dice: "Si alguno fuere legitimado por rescripto, o privilegio mestre, o o de los Reyes que de nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de -- sus padres..."

C.- La Nueva Recopilación.

La Nueva Recopilación, reúne entre otras legislaciones, -- las Leyes de Toro, así, la Ley IX de su Libro Quinto, Título-Octavo "de las herencias, I partición de ellas"; corresponde a la Ley XI de las Leyes de Toro, la cual ha quedado comprendida en el inciso anterior.

Por otro lado la Ley VI, Libro y Título arriba señalados y que no corresponde a ninguna Ley de Toro, manifiesta que -- los hijos de los Clérigos no heredan los bienes de sus padres:

Ley VI.- "Que los hijos de los Clérigos no hereden, ni ayan por título oneroso los bienes de los padres, ni de -- los parientes de parte de padre..."

1.5.- La filiación en el Derecho del México independiente, -- con vigencia anterior al Código Civil de 1928.

A.- Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el Distrito Federal y Territorios Federales.

a).- Análisis de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 en materia de filiación.- El ordenamiento de 1870 conserva la -- clasificación francesa de los hijos en: legítimos, naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

Los legítimos eran los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a partir de la disolución del matrimonio, por nulidad del contrato o muerte del marido. (Artículo 319). Dio este código las reglas para - estimar legítimo a un descendiente y los casos en que podía - ser desconocido, cuando hubiera sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, o - cuando el nacimiento se le hubiera ocultado o hubiera acaecido durante su ausencia de más de diez meses. (Artículo 315 del Código Civil de 1870).

"Los hijos naturales eran los que legalmente se reputaban concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse con dispensa; y los que, nacidos de personas que no estaban casadas en el momento de la concepción, tampoco podían válidamente contraer matrimonio; éstos - eran denominados espurios por la ley, y se subdividían en: adulterinos, incestuosos y sacrílegos". (57)

Los adulterinos, eran aquéllos cuyos padres, uno o ambos estaban ligados en matrimonio con persona distinta, en la época de la concepción.

(57) Sara Montero Duhalt, opus cit., pág. 292.

Los incestuosos eran los hijos de padres que entre sí eran parientes en grado no susceptibles de dispensa legal.

Los sacrílegos eran los hijos engendrados por aquéllos que habían hecho profesión religiosa solemne y los engendrados por los que hubieran recibido Ordenes sagradas.

Para poder reconocer a un hijo natural se requería un año más del necesario para contraer matrimonio, (doce años en la mujer, catorce en el hombre); podía efectuarse el reconocimiento de común acuerdo o separadamente y la forma establecida por la Ley de 1870 para el acto era la misma que ahora se exige "...ante el juez del registro civil, por acta especial, por escritura pública, en testamento y por confesión judicial directa y expresa", (Artículo 367).

El Código Civil de 1884, "presenta una innovación en cuanto al reconocimiento de los hijos, pues incluye dentro de la misma, a los hijos espurios, a saber":(58)

Art. 100.- La designación de los hijos espurios se hará en el acta de nacimiento, y se tendrán por designados para los efectos legales aquéllos cuyo padre o cuya madre hayan hecho constar su nombre en la forma debida.

"Quiso corregir este Código la omisión del anterior en que no señalaba en qué forma podían identificarse como hijos los que tenían esa calidad, pues estaba prohibido reconocerlos, y en sus actas de nacimiento no podía ponerse el nombre del progenitor adúltero. Recuerdese la aprensión del legislador de 1870 al decir que el registro de los hijos espurios puede dar lugar a que parezcan hijos simplemente naturales, o se les tendría que asentar como hijos de padres desconocidos".

(59)

(58) IDEM, pág., 295.

(59) IDEM, pág., 295.

Para evitar esos "peligros", el Código de 1884 indicó que debía registrárseles como hijos espurios, y que tendrían ciertos derechos; derechos que consistían en heredar en vía legítima, y en condiciones de inferioridad con respecto a los hijos naturales, y desde luego, con respecto a los legítimos.

Ambos Códigos del siglo pasado enumeran de igual manera los derechos de los hijos reconocidos al siguiente tenor:

Art.- 356 (Cód. de 84): El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos, tiene derecho:

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

La adopción como fuente generadora de filiación, no fue regulada por los anteriores códigos comentados; fue la Ley sobre Relaciones Familiares la que introdujo en el mundo jurídico mexicano, esta institución.

B.- Ley Sobre Relaciones Familiares, de 1917,

De lo más notable de esta ley es que si no borró en su totalidad, atenuó enormemente las diferencias, y todavía más, suprimió la clasificación de los hijos espurios; así en la exposición de motivos dice: "Que en materia de paternidad y filiación ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios; pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables, y me

nos ahora que, considerando el matrimonio como contrato, la infracción de los preceptos que lo rigen sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos, terceros en el contrato, - que antes se perjudicaban solamente porque reputados al matrimonio en sacramento, se veían privados de los efectos de la gracia, razón que no puede subsistir hoy que nuestra sociedad liberal no debe estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la ley era la primera en desprestigiar, tanto más cuanto que daba la disolubilidad del vínculo matrimonial, es fácil ya no sólo reconocer sino aún legitimar a algunos de los hijos que antes sólo se podían designar; y por idénticas razones, se ha facilitado el reconocimiento de los hijos y aumentado los casos especiales en que pueda promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, que restringen los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una posición definitiva en sociedad, evitando a la vez fomentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudieran originar y teniendo presentes los derechos y obligaciones de la mujer en caso de matrimonio, se previene que ella no puede reconocer a sus hijos naturales, sin consentimiento del marido, y que éste, pudiendo reconocer a los suyos, no tenga facultad de llevarlos a vivir al domicilio conyugal, sin permiso de la esposa". (60)

Esta transcripción que se hizo del párrafo referente a paternidad y filiación, de la exposición de motivos de la Ley de 1917, es muy elocuente y se puede apreciar a través de él, el espíritu que dominó en la Ley, lo mismo que los cambios --

(60) "Exposición de Motivos de la Ley sobre Relaciones Familiares, de 1917."

substanciales en lo que al trato de descendientes se refiere; más humano, alejado de prejuicios religiosos, y de convencionalismos sociales que ya no funcionaban, con la cambiante estructura social de nuestra época.

"Esta ley, tan revolucionaria en otras materias, y que tuvo el acierto de eliminar la clasificación de los hijos espurios, fue enormemente retrógrada en los derechos que otorga a los hijos extramatrimoniales, pues sólo les concede el dudoso honor de, al ser reconocidos, llevar el apellido del progenitor que reconoce": (61)

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

Es inconcebible que una ley revolucionaria de la magnitud de la que comentamos que, por un lado extinguió la potestad marital y por otro, los calificativos infamantes a los hijos, haya retrocedido de tal manera en su sentido de la justicia, quitando a los hijos el derecho de alimentos de parte de sus progenitores y el derecho de entrar a la sucesión legítima de los mismos. Explica el legislador que ésta medida tiene por objeto "evitar el fomento de las uniones ilícitas, y los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar".- (62)

Por lo demás, la citada Ley fue reproducida por el Código Civil vigente promulgado en 1928, cuyo estudio menciono -- posteriormente.

(61) Sara Montero Duhalt, opus cit., pág. 296.

(62) IDEM, pág. 296.

CAPITULO II

La filiación en el Código Civil de 1928.

2.- Concepto de filiación.

Antonio de Ibarrola (63) nos dice que "para Planiol (P,-1363) la filiación tomada en el sentido natural de la palabra no es más que una descendencia en línea directa; comprende toda la serie de intermediarios que ligan a una persona determinada con alguno de sus antecesores, así sea sumamente alejado. Pero en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estrecho y se extiende exclusivamente a la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Esta precisión se justifica porque esa relación se produce idéntica a sí misma en todas las generaciones".

"Por consiguiente, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea un parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grado".(64)

Confirmando lo anterior, Sara Montero (65) nos da al respecto el siguiente concepto: "Filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado; padre o madre —hija o hijo".

Continúa diciendo ... "Este concepto amplio de filiación toma los nombres específicos de paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, en razón de la persona a quien -

(63) "Derecho de Familia", Antonio de Ibarrola, pág. 301. Ed. Porrúa, S. A. México, 1982.

(64) IDEM, pág. 301.

(65) Sara Montero Duhalt, opus cit., pág. 266.

se refiera en un determinado momento esta relación. Así, se llama maternidad a la relación de la madre con respecto a su hijo o hija; paternidad, la relación del padre con su hija o hijo, y estrictamente filiación cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija con respecto a su madre o a su padre"

a) Maternidad.

La maternidad es un hecho indubitable derivado de los datos comprobables del embarazo y del parto, se dé la misma dentro o fuera de matrimonio. Excepcionalmente surgirá la incertidumbre de la maternidad cuando el parto tenga lugar sin testigos, y el recién nacido sea abandonado por su madre.

b) Paternidad.

La paternidad es siempre una presunción jurídica *juris tantum*, admite prueba en contrario. Surge con certeza relativa dentro del matrimonio. *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre. La paternidad habida fuera de matrimonio es incierta por principio y sólo puede establecerse por reconocimiento voluntario por parte del padre o por sentencia que así lo declare en un juicio de investigación de la paternidad.

2.1.- Clases de filiación: Matrimonial, extramatrimonial, legitimada y civil.

La filiación surge de cuatro maneras: por matrimonio, habida fuera de matrimonio, por subsecuente matrimonio, o surge da por la adopción. Se llamarán respectivamente: Filiación matrimonial, filiación extramatrimonial, filiación legitimada y filiación adoptiva. "Cada una de ellas se establece o constituye de diferente manera, vez surgida la relación ju

rídica entre progenitor e hijo, las consecuencias jurídicas - son iguales para todos los sujetos. No hay discriminación en nuestro derecho para los hijos, ni diferentes calidades entre ellos; lo único diferente es la forma de establecer el lazo - de la filiación". (66)

La filiación matrimonial se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley. La filiación en su doble aspecto; paternidad-filiación, es un derecho surgido directamente del matrimonio, tanto para el hombre casado como para el hijo. El artículo 345 reafirma lo anterior al señalar que "No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio".

Rojina Villegas (67) manifiesta al respecto que ... "En nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres, y no simplemente que nazca durante el matrimonio porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio. Veremos que este hijo puede considerarse, según los casos, como legitimado, o bien, puede el marido impugnarlo; - es decir, desconocer la paternidad para que ni siquiera le pueda ser imputado, menos aún gozar de los derechos de la legitimidad, que se otorgan a los hijos concebidos dentro del matrimonio de los padres.

Por la misma razón, el hijo legítimo puede nacer cuando-

(66) IDEM, pág. 267

(67) "Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia", Rafael Rojina Villegas, Tomo II, págs. 592 y 593, Ed. Porrúa, México, 1980.

el matrimonio de los padres esté ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio, o por nulidad, y en estos tres casos su legitimidad se determina por virtud de su concepción nunca -- del nacimiento".

"La filiación extramatrimonial se establece o resulta, - con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Res-- pecto del padre sólo se establece por el reconocimiento volun-- tario o por una sentencia que declare la paternidad". (68)

La filiación legitimada se establece a través de la legi-- timación (69), es decir, los hijos habidos fuera de matrimo-- nio pasan a ser considerados como matrimoniales en virtud del subsecuente matrimonio de sus padres; así el artículo 354 del Código Civil dice: "El matrimonio subsecuente de los padres - hace que se tenga como nacido de matrimonio a los hijos habi-- dos antes de su celebración".

El artículo de dicho Ordenamiento, preceptúa que pueden-- gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el pa-- dre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla estuviere encinta. Extiéndese este beneficio hasta a los hijos que ya han falle-- cido al celebrarse el matrimonio, con la condición de que ha-- yan dejado descendencia. (art. 358)

"La filiación civil o adoptiva se establece como conse-- cuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en pa-- dre o madre, y al adoptado en hijo". (70)

(68) Sara Montero Duhalt, Opus Cit., pág. 267.

(69) IDEM, pág. 277, "Legitimación es la consecuencia jurídi-- ca que reciben los hijos extramatrimoniales de ser consi-- derados como legítimos, por el matrimonio subsecuente de sus padres".

(70) IDEM, pág. 267.

2.2.- Filiación matrimonial.

La naturaleza de la filiación se determina según la condición jurídica de los padres en el momento de la concepción del hijo, sin embargo, se ha pretendido que la filiación matrimonial está unida no sólo al hecho de la concepción sino también al hecho del nacimiento durante el matrimonio, incluso el rubro del Capítulo II del Título Séptimo de nuestro Código Civil vigente es "De las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio", y como atinadamente señala el maestro Benjamín Flores Barroeta, no es técnicamente adecuado, pues la filiación resulta no del nacimiento, sino de la concepción, aunque aquel haga suponer ésta. (71)

"El hijo que nace de pareja unida en matrimonio tiene a su favor no sólo la certeza plena de su filiación materna, si no la de maternidad con respecto al marido de su madre.

El matrimonio trae como consecuencia directa la certeza de la filiación a favor tanto del hijo como del propio padre. En razón del estado de casados los cónyuges tienen derechos y deberes recíprocos, entre ellos la fidelidad, entendida por tal, la exclusividad de la relación sexual. Marido y mujer -- tienen entre sí, legalmente el débito carnal, sólo el uno con el otro. En base a ello, la ley otorga crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo". (72)

De lo dicho anteriormente se infiere, según Díaz de Guijarro (73) "...que son el matrimonio y la concepción dentro -

(71) Benjamín Flores Barroeta, Opus Cit., pág. 415.

(72) Sara Montero Duhalt, Opus Cit., pág. 268.

(73) "Tratado de Derecho de Familia", Enrique Díaz de Guijarro, Tomo I, pág. 231. Tipográfica Editorial Argentina.- Buenos Aires, 1953.

de él, los fundamentos del vínculo jurídico de la filiación matrimonial, denominada habitualmente legítima, si bien es de considerarse más adecuada la primera designación, porque como legítimo significa conforme a las leyes, es indudable que la individualización de los vínculos extramatrimoniales se produce, también conforme a las leyes".

A.- Certeza de la paternidad derivada del matrimonio.

Tendrá certeza de paternidad a su favor el hijo de mujer casada que nazca después de transcurridos ciento ochenta días contados a partir del día de la celebración del matrimonio de sus padres, y el nacido dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del mismo por muerte del marido, nulidad de matrimonio o divorcio (art. 324 CC).

Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (art. 325 CC).

Al establecer el artículo 324 ... "Se presumen hijos de los cónyuges..." debemos tener presente que: "Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido; la primera se llama legal y la segunda humana". (74)

Nuestro legislador, como vemos, no se detuvo en las presunciones legales relativas a los hijos de matrimonio, sino -

(74) Artículo 379 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente.

que se extendió a los hijos de concubinato, pues tuvo que reconocer que hay entre nosotros y sobre todo en las clases populares una manera peculiar de formar la familia. Trataremos este aspecto al estudiar lo referente a los hijos nacidos fuera de matrimonio.

El artículo 324, por otra parte se refiere a "...Los hijos nacidos..." por lo que con la palabra "nacidos" se ha de comprender los que tengan las condiciones señaladas por la ley en el artículo 337 del Código Civil vigente, el cual establece: "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

Ahora bien, la separación a que alude el artículo 324 no puede ser la acordada privativamente por los cónyuges, la ley es muy clara y se refiere al hablar de separación a lo que se haga con las solemnidades de la Ley o sea por orden judicial.

"Los plazos legales se fijan en razón de los datos que proporciona la Naturaleza. Un ser humano tarda en su gestación normal doscientos setenta días, en la mayoría de los casos, plazo que puede acortarse o alargarse por variado número de circunstancias, todas ellas consideradas biológicamente normales. Sin embargo, el tiempo mínimo de gestación para que el producto nazca vivo y viable, no puede bajar de los ciento ochenta días, ni puede permanecer dentro del claustro materno más allá de los trescientos. Si llegado a ese límite máximo de embarazo no nace la criatura, habrá que intervenir médicamente a la madre extrayendo el producto para que tenga posibilidades de sobrevivir. En ese sentido, ciento ochenta y tres-

cientos días son los límites mínimo y máximo para que el feto pueda nacer vivo y viable. Cuando el niño nace con apenas --- ciento ochenta días de gestación, tendrá muy escasas posibilidades de sobrevivir, pero quizá alcance una vida precaria. Un producto que permanece en el vientre materno más de trescientos días, ya no tiene posibilidades de surgir a la vida.

Como a partir de la celebración del matrimonio y durante toda la duración del mismo los cónyuges deben tener exclusividad sexual recíproca, el hijo que dé a luz la mujer casada -- dentro de los plazos mencionados, trae consigo certeza de paternidad; su padre es el marido de su madre". (75)

Otra de las presunciones legales que consagra nuestra -- ley es la establecida en el artículo 344 del Ordenamiento citado, preceptuando que: "Declarado nulo un matrimonio, haya - habido buena o mala fe en los cónyuges al celebrarlo, los hijos tenidos durante él se consideran como hijos de matrimonio"

Determinación de la filiación en los casos de matrimonio subsiguiente de la madre. Con el objeto de establecer la filiación paterna de los hijos habidos de una mujer, el artículo 158 del Código Civil consigna un impedimento, al prohibir a la mujer que celebre matrimonio antes de transcurridos trescientos días a partir de la disolución del primero.

Sin embargo, previendo el legislador la violación de dicho precepto por parte de la mujer, consagra en el artículo - 334 diversas presunciones que tienden a establecer la paternidad del hijo. Tales presunciones son las siguientes:

1.- Se presume que el hijo es del primer matrimonio, si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolu---

ción del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;

2.- Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los -- trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio; y

3.- El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero.

B.- Acciones relativas a la filiación matrimonial.

"Estas acciones son dos, en razón de los dos sujetos relacionados con el lazo de la filiación: padre e hijo. El padre tiene derecho, en muy limitadas circunstancias, a desconocer su paternidad. El hijo a su vez, cuando no tiene a su favor la certeza de las actas que comprueben su estado, tiene derecho a reclamar su calidad de hijo de matrimonio (acción -- que estudiaremos posteriormente). A más del padre y del hijo, la ley otorga estas acciones a terceros interesados en las -- consecuencias derivadas de la filiación. La acción a favor -- del progenitor se llama de desconocimiento o contradicción de la paternidad, la del hijo toma el nombre de acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio". (76)

a.- Acciones de desconocimiento de la paternidad.

"Etimológicamente el desconocimiento es la retractación de un reconocimiento anterior, la expresión empleada por la Ley corrobora la explicación de la regla, "Pater is est". El esposo al casarse ha reconocido, de antemano, es decir, ha admitido como hijos suyos a los que su mujer diera a luz". (77)

Para Sara Montero (78) "...La certeza de paternidad surgida de matrimonio se establece a través de una presunción que admite prueba en contrario. Por eso, en determinadas circunstancias y dentro de ciertos plazos limitados por la ley, se podrá contradecir o desconocer la paternidad surgida de matrimonio. Solamente el marido tiene este derecho durante la vigencia del matrimonio, y en contadísimas ocasiones, el tutor del marido. Extinguido el matrimonio por muerte del marido, tendrán derecho a entablar la acción, en ciertos limitados casos, los herederos y los terceros perjudicados por la filiación".

Es interesante distinguir la acción de desconocimiento reservada únicamente al marido y a veces a sus herederos, de la acción de negación de legitimidad o impugnación de legitimidad que se concede a todo interesado y que puede ser intentada en cualquier momento. La aplicación más típica de la acción de negación de legitimidad o impugnación de legitimación, es la que se concede en virtud del artículo 329 del Código Civil vigente que permite discutir la legitimidad de un hijo na

(77) "Curso Elemental de Derecho Civil", Ambrosio Colin y H.- Capitant, Tomo I, pág. 554, Traduc. de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid. 1952.

(78) Sara Montero Duhalt, Opus Cit., pág. 270.

cido trescientos días después de la disolución del matrimonio, por cualquier persona que perjudique la filiación.

"Las razones que han determinado al legislador a restringir el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad no se encuentra para la acción de impugnación de legitimidad. Por eso el legislador no ha derogado para esta acción las reglas generales de las acciones del estado civil. En principio, toda persona que encuentre un interés en ello, puede intentar, por lo tanto, la acción de impugnación de legitimidad, y esta acción es imprescriptible". (79)

Por otra parte, el desconocimiento supone que el hijo está provisto de un título que prueba su filiación materna y -- que es oponible al marido.

Hay dos clases de desconocimiento: El desconocimiento -- por prueba de no paternidad en los casos en que la ley no permite al marido hacerlo más que demostrando ciertos hechos que hacen imposible toda cohabitación entre él y su mujer (artículo 325 CC). Y el desconocimiento por simple declaración en -- los casos en los que la ley no subordina la acción del marido a una demostración de este género, como en el caso del hijo -- nacido después de trescientos días a contar de la disolución del matrimonio. (artículo 329)

"Las dos denegaciones en el fondo son idénticas, porque en los casos de denegación por simple declaración, hay presunción de que los esposos no han cohabitado, ya porque la concepción del hijo se coloque en una época en que el matrimonio no existía todavía (para nosotros artículo 324 frac. I del CC), ya porque los esposos hubieran sido dispensados por una --

(79) "Lecciones de Derecho Civil", Mazeaud Henri, Leon y Jean, Tomo III, pág. 371, Traduc. Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959.

sentencia de la obligación del domicilio común". (80) (para--nosotros artículo 327 del Código Civil).

Las bases para efectuar un desconocimiento las encontramos en los artículos 325, 327 y 345 del Código Civil vigente--para el Distrito Federal; como veremos posteriormente.

b.- Sujetos que pueden ejercer dichas acciones.

Conforme a los artículos 329, 330, 331 y 332 del Código--Civil, los sujetos que pueden ejercer las acciones de desconocimiento o contradicción de la paternidad son: i) El marido,--ii) El tutor del marido incapacitado, iii) Los herederos del--marido, iiii) La persona a quien perjudique la filiación, ---tras la muerte del marido.

Por consiguiente, analizaremos a continuación cómo y ---cuando, tales sujetos pueden ejercer las referidas acciones:

1) El marido.

Son tres las circunstancias, en las que el marido puede--desconocer al hijo nacido de su mujer: 1) Si nació antes de --transcurridos ciento ochenta días contados a partir del día --de la celebración del matrimonio; 2) Si el hijo nace después--de transcurridos trescientos días contados a partir de la au--torización judicial de separación en casos de nulidad de ma--trimonio o de divorcio; 3) Si nace durante la vigencia del ma--trimonio en excepcionales casos.

Veamos cada una de dichas circunstancias:

(80) Colin y Capitant, Opus Cit., pág. 574.

1) El hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

La maestra Sara Montero nos dice que (81) "...Cuando el marido tiene plena certeza de no haber tenido relaciones pre-matrimoniales con su esposa y además ignoraba el estado de --
gravidéz de la misma al casarse, puede desconocer al hijo, ba-
sado en la certidumbre de que ese hijo no es suyo, y en la --
conducta desleal de su consorte al haberle ocultado su esta--
do. En estas circunstancias, el derecho protege al marido per-
mitiéndole desconocer a quien realmente no es su hijo. Para -
que pueda ejercer la acción de desconocimiento se requiere --
que no concurren las circunstancias señaladas en el artículo-
328 que a la letra expresa:"

Art. 328. El marido no podrá desconocer que es el padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

- I. Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;
- II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene la declaración de no saber firmar;
- III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;
- IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

En cuanto a la fracción I del artículo transcrito, si un individuo, sabiendo que la mujer se encuentra embarazada, y - que esto es producto o no de sus relaciones sexuales, el acto

(81) Sara Montero Duhalt, Opus Cit., pág. 270.

mismo del matrimonio constituye una confesión expresa y plena de que lo reconoce como suyo, y sería por lo tanto incongruente concederle la acción de desconocimiento de la paternidad.— Ahora bien, como ofrece realmente dificultad probar este hecho, para mayor certidumbre jurídica se requiere un principio de prueba por escrito.

"Parece exagerado el rigor de la ley en la fracción I -- del artículo de referencia, en el sentido de que se requiere un principio de prueba por escrito para demostrar que el marido sabía antes de casarse, el embarazo de su futura consorte. ¿ Por qué se exige forzosamente la prueba escrita cuando es lo más probable que esta prueba nunca se tenga ? Pues no es muy razonable que el prometido anduviera publicando por escrito que su novia estaba encinta. Es mucho más seguro que exista otro tipo de pruebas, presuncionales, circunstanciales, -- por ejemplo, que no podrán ser admitidas por el juez, dado el texto de la mencionada fracción I del artículo 328". (82)

Las fracciones II y III no ofrecen dudas, porque son casos de reconocimiento de los hijos. Podemos agregar en cuanto a la fracción III, que exige que el marido haya reconocido expresamente al hijo de su mujer, lo que nos dice Sara Montero-Duhalt (83) "...debiera permitirse también el reconocimiento tácito que consiste en "hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo" (texto del artículo 1803 del CC)".

En cuanto a la última fracción, no cabe duda de lo que determinó al legislador a considerarla no fue otra cosa sino el principio de economías de los procesos ya que si no nació-

(82) IDEM, pág. 271.

(83) IDEM, pág. 271.

capaz de vivir, no es persona en derecho y por lo tanto, no es susceptible de derechos y obligaciones, y menos aún de ser objeto directo de un litigio.

- 2) El hijo nace después de transcurridos trescientos --- días posteriores a la declaración judicial de separación de los cónyuges.

El plazo de trescientos días a partir de la disolución -- del matrimonio que fija la ley para imputar paternidad cierta, se cuenta partiendo del día de la muerte del marido, o desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial en los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio. Sin embargo, si el hijo nace después de transcurridos trescientos días de la separación judicial, pero dentro de los trescientos posteriores a la disolución legal del matrimonio por sentencia que cause ejecutoria, tiene todavía la certeza de paternidad en razón de que su madre aún estaba casada en la época en que él fue concebido. Así lo señala el artículo 327 del Código Civil vigente:

Art. 327.- El marido podrá desconocer al hijo nacido -- después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

Al decir de Sara Montero (84) "...La razón de establecer

la presunción de paternidad dentro de los trescientos días -- contados a partir de la disolución del matrimonio por sentencia ejecutoriada que así lo declare, estriba en que, en los -- casos de nulidad o de divorcio, existe un plazo más o menos -- largo entre la admisión de la demanda y la sentencia que pone fin al matrimonio. En ese lapso es muy posible que haya habido intentos de reconciliación entre los aún casados, restableciendo circunstancialmente la vida íntima entre ellos, con la probable consecuencia de quedar la mujer encinta. Por ello, -- aunque el marido tiene derecho de desconocer al hijo, también tiene derecho a sostener la paternidad del marido, tanto la -- mujer como el propio hijo".

- 3) El hijo nace dentro de los plazos legales en los cuales se establece la presunción de certeza de paternidad.

Estos plazos ya expresados son: nacimiento del hijo con posterioridad a ciento ochenta días contados a partir del día de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio por muerte -- del marido o por sentencia que declare la nulidad del matrimonio o el divorcio.

Con respecto al derecho del marido a desconocer al hijo -- que nace dentro de los plazos señalados arriba, el Código Civil establece dos normas que parecen contradictorias, en los -- artículos 325 y 326 que a la letra dicen:

Art. 325.--Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento ---

veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Art. 326. El marido no podrá desconocer a los hijos, -- alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le -- haya ocultado, o que demuestre que los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

Sara Montero nos dice que "los dos artículos transcritos tienen el mismo supuesto; que la esposa tenga un hijo dentro de los plazos legales para reputar paternidad al marido, y -- que el propio marido no pudo ser el que engendró al hijo por no haber tenido relación sexual con su esposa en la época en que ésta quedó encinta; sin embargo, aunque el supuesto es el mismo en ambas normas, la disposición legal es diferente. En el artículo 325 sólo se exige la prueba de que el marido no -- tuvo relación sexual con su mujer durante los ciento veinte -- días primeros de los trescientos que precedieron al nacimiento, y en el artículo 326 se exige que se pruebe que durante -- los trescientos días que precedieron al nacimiento, el marido no haya tenido contacto sexual con su esposa. ¿Cuál de las -- dos pruebas admitirán los jueces cuando tengan que resolver -- sobre el desconocimiento de la paternidad basados en esos supuestos?" (85)

En todos los casos señalados, en que el marido tenga el derecho a contradecir que el nacido es hijo suyo, deberá deducir su acción dentro de los sesenta días, contados desde el -- nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente, o desde el día que descubrió el frau-

de, si se le ocultó el nacimiento (artículo 330 CC).

El Doctor Valverde y Valverde en su tratado de Derecho - Civil español, al comentar un artículo análogo al 325 de nuestro Código, sostiene que no importa que sea la ausencia o la impotencia u otra causa la que se alegue contra tal presunción, lo que importa es que se pruebe la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su mujer; ahora bien, que al no enumerarse taxativamente las causas de imposibilidad de acceso con la mujer, permítese alegar ausencia, lo mismo que la impotencia o encierro en cárcel.

Como hemos visto en el artículo 326 ya transcrito; no será procedente el ejercicio de la acción de desconocimiento -- cuando el marido alegue el adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

El maestro Rojina Villegas señala al respecto señala, -- que esta existencia es notoriamente indebida y expresa; "No -- hay razón para que, ya ante la confesión expresa de adulterio, tenga que probar no sólo que tuvo acceso carnal durante los primeros ciento veinte días, sino que de plano durante toda la época que la ley considera como plazo máximo de gestación, o sea diez meses". (86)

En relación con lo anterior, no basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido, mientras que éste viva, únicamente el podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante matrimonio. (artículo 345 CC).

ii) El tutor del marido.

Será el tutor el que pueda ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad del marido, cuando éste se encuentre incapacitado por causa de demencia, imbecilidad, u otro - motivo que lo prive de inteligencia, expresa el artículo 331- del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

"Lo curioso del caso consiste en que, si uno de los cónyuges requiere tutor por ser incapacitado, la tutela legítima recaerá en el otro cónyuge. Si el marido es el incapacitado, - será tutriz legítima su esposa. Para el caso de la acción de desconocimiento de paternidad sería la esposa como representante legal de su marido a quien correspondería el ejercicio de la acción. Resulta absurdo suponer que sea la madre la que demande el desconocimiento de su propio hijo". (87)

Como quiera que sea, si el tutor no ejerciera la acción de desconocimiento, podrá hacerlo el marido, cuando haya salido de su incapacidad, pero siempre dentro del plazo de sesenta días, que se contará a partir del día en que legalmente se declare haber cesado su estado de incapacidad; como lo señala el artículo 331 del Ordenamiento antes señalado. En el caso - de que el marido muera sin haber recobrado su capacidad de ejercicio, serán sus herederos los que puedan demandar el desconocimiento de la paternidad, como se explicará de inmediato.

iii) Los herederos del marido.

Pueden ejercer la acción de desconocimiento de paterni--

(87) Sara Montero Duhalt, Opus Cit., pág. 273.

dad en los casos en los que podría haberlo hecho el marido -- cuando éste estuvo privado de razón en la época del nacimiento del hijo cuya filiación es dudosa, y murió el marido sin haber recobrado la razón (artículo 332 del Código Civil).

Los herederos no podrán intentar la acción de desconocimiento del hijo nacido antes de que transcurran ciento ochenta días posteriores al matrimonio, si el marido, estando lúcido, no intentó la demanda en vida. Si la hubiera interpuesto, los herederos pueden continuarla, y la podrán intentar únicamente en el caso señalado anteriormente, en que el marido estaba privado de razón cuando nació el hijo, y murió sin haberla recobrado (artículo 333 del Código Civil).

"En la doctrina se entiende y se sostiene que la acción de desconocimiento es exclusiva del marido; cuando se transmite la acción de desconocimiento de la paternidad a los herederos, la acción ya no tiene los mismos caracteres que en vida del marido y en el fondo los herederos ejercitan una acción de contradicción de la legitimidad, pues se supone que la paternidad del hijo no se discute y que el litigio únicamente se ha provocado sobre su legitimidad o ilegitimidad". (88)

O sea, para nosotros su calidad de matrimonial o extramatrimonial. En todo caso, de aceptarse esta teoría, la acción que ejercitan los herederos sería imprescriptible y no se sujeta a término como lo establece nuestro Código Civil vigente, en su artículo 333 antes ya señalado. Sin embargo, considero que la razón del legislador nuestro, fue sin duda la ya antes anotada de la necesidad de que la incertidumbre acerca de la filiación de un hijo no se ponga en duda demasiado tiempo.

(88) "Tratado Elemental de Derecho Civil", Planiol y Ripert, - Tomo IV, pág. 142. Traduc. Lic. José María Cajica Jr. Ed. José María Cajica Jr. Puebla, Pue. 1946.

iiii) Persona a quien perjudique la filiación.

El hijo que nace después de trescientos días de la disolución del vínculo matrimonial ya no es hijo de matrimonio. - Por ello, "las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación" (artículo 329 del Código Civil).

Por último el desconocimiento de un hijo de parte del marido o de sus herederos, preceptúa el artículo 335 se hará -- por demanda en forma ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo.

En el juicio de contradicción serán oídos la madre y el hijo a quien si fuere menor de edad, se proveerá de un tutor interino (artículo 336 del Código Civil). Esta representación constituye una precaución que garantiza los intereses del hijo sujeto a desconocimiento, porque previendo un posible acuerdo entre el tutor y el padre se exige la presencia de la madre, la cual viene a significar en un juicio de esta naturaleza una verdadera garantía.

2.3.- Pruebas de filiación matrimonial.

"La prueba de la filiación es sumamente importante para la vida civil de una persona, pues determina dos cuestiones fundamentales: la identificación del sujeto a través del nombre que lo individualiza y la relación de su parentesco con -

sus progenitores y con otros sujetos, con las consecuencias-- jurídicas que la filiación y el parentesco consanguíneo de -- otros grados, trae consigo. De allí la necesidad y la impor-- tancia de la institución del Registro Civil mediante la cual-- se hace constar la personalidad jurídica y el estado civil de las personas físicas". (89)

No hay diferencia fundamental en cuanto a la prueba, entre la maternidad y la paternidad matrimonial. Los hermanos - Mazeaud dicen al respecto: "La maternidad legítima y la pater-- nidad legítima, son indivisibles, es decir, no cabe ser hijo-- legítimo de una mujer, sin ser por eso mismo hijo legítimo -- del marido de esa mujer. Esa indivisibilidad de la filiación-- legítima combinada con la presunción "Pater is est..." tiene-- dos consecuencias: Primera, desde el instante que el hijo --- prueba que es hijo de tal mujer casada, establece su filia--- ción legítima en sus elementos (maternidad y paternidad). Se-- gunda, desde el momento en que el marido destruye la presun-- ción "Pater is est...", toda la filiación legítima del hijo - desaparece. Sin duda su vínculo de filiación con su madre sub-- siste, pero no es ya un vínculo de filiación legítima; es un-- vínculo de filiación natural" (90). Nosotros diríamos a este-- último respecto, vínculo de filiación matrimonial, en lugar - de filiación legítima.

La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prue-- ba con las actas que expide el Registro Civil. A falta de ac-- tas, la filiación de una persona física se puede probar me--- diante la posesión de estado.

(89) Sara Montero Duhalt, Opus Cit., pág. 274.

(90) Mazeaud, Opus Cit., pág. 256.

Por último, a falta de la posesión de estado, la ley admite la comprobación de la filiación por cualquiera de los medios de prueba autorizados, como posteriormente lo veremos.

A.- Actas del Registro Civil.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente, establece en su artículo 340 que: "La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres".

"Cuando no existan actas, o éstas son defectuosas, incompletas o falsas, la filiación se probará con la posesión constante de estado de hijo de matrimonio. Si no se reúnen los elementos de la posesión de estado, son admisibles todos los medios de prueba que la ley autoriza para demostrar la filiación. Sin embargo, la simple prueba testimonial no basta sola, tiene que acompañarse con indicios, principio de prueba escrita, o presunciones suficientes para llevar al ánimo del juez la demostración de la filiación". (91)

Si la ausencia de acta se debiera a que sólo uno de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase (artículo 341 del Código Civil).

B.- Posesión de estado.

Con-forme a lo previsto en el artículo 343 del Ordenamiento tantas veces citado, se desprende que: "Son cuatro los

elementos que configuran la posesión de estado: el nombre, el trato, la fama y una diferencia de diecisiete años entre el presunto padre y el hijo." (92)

1) Nombre. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste.

2) Trato. Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

3) Fama. Que el hijo haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad.

4) Diferencia de edad. Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio (16 años) más la edad -- del hijo contada desde su concepción, o sea, diecisiete años de diferencia entre padre e hijo.

Por consiguiente, si se reúnen las circunstancias arriba mencionadas (artículo 343 CC); quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio.

"La fuerza probatoria atribuída a la posesión de estado descansa en la confesión que hacen los esposos de quienes pretende haber nacido el hijo al educarlo, al darle su nombre -- han proclamado su filiación respecto de él. La posesión de estado continua y constante es como se ha dicho el grito mismo de la Naturaleza. Además de la confesión de los padres ha sido corroborada por el testimonio concorde de la familia y de la sociedad". (93)

"La posesión de estado es una prueba completa de la fi--

(92) IDEM, pág. 275.

(93) Colin y Capitan, Opus Cit., pág. 555.

liación, en caso de conflicto entre el acta de nacimiento y -- la posesión de estado, no se toma en consideración a esta última, debido a la fe del título, al menos provisionalmente -- mientras el hijo o terceros aporten prueba en contrario".(94)

El artículo 341 que se refiere a las pruebas de filiación matrimonial sigue diciendo: "...En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible sino hubiera un principio de prueba por escrito o -- por indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión..." Los principios de prueba escrita de que habla nuestro artículo 341 para la prueba testimonial, pueden ser de dos clases: -- elocuentes y hechos materiales o indicios.

El Código de 1928 supera a la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, en este respecto, al exigir para la admisión de la prueba testimonial un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones bastante graves; anteriormente sólo -- se exigía la presencia de los testigos, y ello era motivo de -- frecuentes abusos.

También encontramos que el legislador ha previsto en el artículo 342 del Código Civil de referencia, una situación -- que se ha presentado con cierta frecuencia en nuestro país, -- por la destrucción de los Registros a causa de las convulsiones sociales sufridas a principio de Siglo y también por causas de fuerza mayor, como el terremoto que acabamos de sufrir y que por fortuna en este caso dicha Institución no fue destruida; pues bien la destrucción de los registros trae consi-

(94) Planiol y Ripert, Opus Cit., pág. 126.

go la imposibilidad de probar el matrimonio con el acta respectiva resolviendo en tales casos que cuando hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer y ambos hubiesen fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuera imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a los hijos haber nacido de matrimonio por la sola falta de presentación del acta de matrimonio de sus padres, pero se requiere que se pruebe la posesión de estado de hijos de ellos o que, por los medios de prueba que autoriza la ley (art. 341 CC) , se demuestre la filiación y que ésta no se encuentre contradicha por el acta de nacimiento.

a).- Acciones de reclamación de estado de hijo de matrimonio.

"Cuando una persona nacida de matrimonio carece de las actas del Registro Civil que dan prueba plena de su estado, tendrá que demostrar la posesión de estado, cuando la calidad de su filiación le sea disputada por terceros. En este caso, la ley otorga al hijo y a los interesados, la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio". (95)

b).- Sujetos que pueden ejercer la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.

"La ley otorga esta acción, primordialmente al hijo y a sus descendientes; pueden también ejercerla en ciertos casos,

los demás herederos del hijo, los acreedores, legatarios y donatarios del hijo". (96)

1) El hijo o sus descendientes.

La acción que compete al hijo para reclamar su estado, es imprescriptible para él y sus descendientes (artículo 347 del Código Civil). La posesión de hijo nacido de matrimonio no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada, la cual admitirá los recursos que den las leyes, en los juicios de mayor interés (artículo 352 del Código Civil).

2) Los demás herederos del hijo.

Podrán intentar la reclamación de estado de hijo de matrimonio, si éste murió antes de cumplir veintidós años o si cayó en demencia antes de llegar a esa edad, y murió después en el mismo estado (artículo 348 del CC). Por lo tanto, con excepción de los descendientes del hijo que pueden intentar la acción si el hijo murió en cualquier edad sin haberlo intentado por sí, los demás herederos no podrán intentar la acción de reclamación de estado de hijo si éste no lo intentó en vida y murió después de los veintidós años en estado de plena capacidad jurídica.

Sin embargo, los demás herederos si podrán continuar la acción intentada por el hijo a no ser que éste se hubiera desistido formalmente de ello, o nada hubiera promovido judicialmente durante un año, contado desde la última diligencia. Tam

bien podrán contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condición de hijo nacido de matrimonio (artículo 349 del Código Civil).

3) Los acreedores, legatarios y donatarios del hijo.

Tendrán los mismos derechos que a los herederos concede la ley, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles - (artículo 350 del Código Civil).

Las acciones que pueden intentar los herederos, acreedores, legatarios y donatarios, prescriben a los cuatro años, - contados desde el fallecimiento del hijo (artículo 351 del Código Civil).

2.4.- Filiación extramatrimonial.

"Filiación extramatrimonial es la que resulta de la procreación fuera de matrimonio; es decir, habiendo sido concebido el hijo por personas que no se encontraban unidas en matrimonio en el momento de la concepción. Según se ha explicado - antes, la diferencia fundamental entre esta especie de filiación y la matrimonial, radica en que, en cambio, esta última es la de los hijos concebidos en época en que los progenitores se encontraban unidos en matrimonio. En realidad, la misma distinción tiene su origen en la posibilidad de presunción en que es susceptible establecer cuando se trata de hijos que ha dado a luz una mujer casada, dentro de plazos que supongan la concepción por obra de su marido, y que no es en cambio --

factible sostener con relación a los hijos provenientes de mujer soltera, a efecto de atribuir la paternidad a determinado varón. La presunción de paternidad a cargo del marido, se fundda, según vimos, en los deberes matrimoniales de cohabitación, relación sexual y fidelidad; además en las formas solemnes de celebración del matrimonio. Pero ninguno de estos deberes existen respecto del hombre y la mujer unidos libremente; y ordinariamente, dichas uniones son clandestinas. No hay por tanto dato alguno que la ley pueda tener en principio como apoyo para determinar la paternidad a cargo de determinado varón". (97)

Sara Montero (98) nos da el siguiente concepto: "Filiación extramatrimonial es la relación jurídica entre progenitor e hijo que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero, o por sentencia que cause ejecutoria imputando la filiación a cierta persona".

2.5.- Filiación civil.

Cuando estudiamos lo referente a las clases de filiación, señalamos que: "La filiación civil o adoptiva se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo". (99)

Por su parte, Flores Barroeta (100) nos dice al respecto: "...Por virtud del hecho natural de la procreación, surge la-

(97) Flores Barroeta, Opus Cit., págs. 495 y 496.

(98) Sara Montero Duhalt, Opus Cit., pág. 302.

(99) IDEM, pág. 267.

(100) Flores Barroeta, Opus Cit., pág. 506.

filiación, también naturalmente; siendo dichos datos tomados en consideración por el derecho para regular como jurídica la relación respectiva entre padres e hijos, atribuyendo los efectos correspondientes. Pero se ha planteado, desde épocas antiguas, la cuestión de si, no de la naturaleza, pero de la voluntad, de la convención humana, puede derivar una relación artificial, semejante a la natural que liga a los hijos con sus progenitores. Esta relación convencionalmente creada, es la adopción.

CAPITULO III

Los hijos nacidos fuera de matrimonio.

3.- Generalidades.

"El concepto hijos en general (C II, 2068), puede ser - definido como producto de la generación de seres vivos. En - este sentido tan amplio, tanto puede ser llamado hijo el pro- ducto generado por hombre y mujer como el generado por los - animales y aun por las plantas. Pero estas últimas clases no interesan al derecho, salvo que los considera como bienes - materiales y los reglamenta como frutos. Hijos, pues, en De- recho, sólo son considerados los que son resultado de genera- ción de hombre y mujer.

"Pero estos hijos, por razones de orden religioso, mo- ral, sociológico y jurídico, mantienen con sus padres rela- ciones de distinto carácter que se resuelven en variedad dis- tinta de derechos, según haya sido más o menos lícito el a- yuntamiento carnal de sus padres desde el punto de vista de- la Religión, de la Moral y de la organización económica y ju- rídica del ambiente y época social y familiar en que nace, - siendo estas condiciones de ordenamiento preexistente las -- que determinan las distintas clases de hijos que el Derecho- conoce y reglamenta.

"Nuestro código actual sólo distingue a hijos nacidos - dentro del matrimonio y fuera del matrimonio, y de hecho les concede idénticos derechos, sin tener en cuenta que el núcleo fundamental de la sociedad es la familia, y ésta tiene por - base el matrimonio. La generación dentro o fuera del mismo y de entre éstas las que más o menos atacan la permanencia y-

dignidad del núcleo conyugal deben tomarse en cuenta por el -
Derecho.

Es la filiación natural, como la llama la LRF, el lazo que une al niño nacido fuera de matrimonio a su padre, por -- una parte, y a su madre, por la otra. No hay más que una sola y verdadera familia, la que debe ser sana, sólida, santa y -- santificante: la familia legítima; pero los padres de hijos - naturales tienen obligaciones respecto de sus hijos. Fuera -- del lazo de filiación legal (filiación de derecho), existe un lazo de hecho, la filiación de hecho, que en ausencia del primero produce determinados efectos, notoriamente la obligación alimentaria a cargo de los padres.

Hemos borrado ya de nuestros códigos la distinción y la clasificación de hijos naturales en adulterinos, los ilegítimos habidos de la unión de personas, de las cuales, al menos una de ellas, estuviera casada con persona distinta; incestuosos, los habidos entre personas que no pudieron contraer - matrimonio entre sí, sin la obtención de dispensa, por razón de parentesco. Los hijos nefarios eran los habidos entre parientes que, ni aun con dispensa podían contraer matrimonio - entre sí.

En derecho anterior fueron llamados hijos sacrílegos -- los habidos entre personas de las cuales una o ambas estuvieron ligadas por voto solemne de castidad. Hijos mánceres eran los habidos de prostituta cuya denominación era precisa para distinguirlos en el Derecho anterior, en que por tradición -- del Derecho romano se reconocían con eficacia jurídica el concubinato y la barraganfa.

Por lo que hace al hijo póstumo, así es el nombre que - da el Derecho al hijo que nace con posterioridad al falleci--

miento de su padre. Este concepto de postumidad lo considera el código desde el punto de vista del Derecho sucesorio al -- tratar de las precauciones que deben ser tomadas cuando la -- viuda del causante queda encinta al fallecimiento de aquél (I b, 1067, 1450 y ss.)" (101)

3.1.- Condición jurídica y social de los hijos extramatrimoniales. El trato discriminatorio que tradicionalmente se ha dado a los hijos nacidos fuera de matrimonio.

"Las fuentes históricas no han ofrecido el funcionamiento de figuras extramatrimoniales con una operatividad en la -- filiación semejante a las provenientes del vínculo legal. Si en el plano jurídico se consentía la barraganía, y a sus consecuencias se les atribuía efectos, no se dude, era porque, -- en la realidad, aquélla tenía un predicamento y arraigo difíciles de olvidar para el legislador. En esa línea, hay que -- partir de que la consideración jurídica y social que en cada momento concreto de la Historia ha merecido el hijo natural -- está en función del concepto contemporáneo en torno a la unión de que procede, por lo que la evolución de la reputación social sobre la filiación natural depende de la predisposición -- admisoría sobre el concubinato; cuando éste competía con el -- matrimonio, debido a la deficiente regulación de éste, presencia del vínculo secreto y arcaísmo altomedieval, cabe admitir, con GACTO, que la comunidad no debió establecer apenas --

(101) Antonio de Ibarrola, opus cit., pág. 336 y 337.

diferencias entre los nacidos dentro o fuera de matrimonio, - pues tan buen lugar correspondería a los hijos extramatrimoniales como a los legítimos, siempre que fuesen naturales, -- respecto a los ilegítimos -s. sensu-, adulterinos o incestuosos, concebidos en clara transgresión de la moral cristiana, - los textos medievales más antiguos los ignoraban o despreciaban..." (102)

Pues bien, cuando nace un hijo de mujer no casada, no -- existen bases jurídicas para atribuirle la paternidad a cierto y determinado varón, como si ocurre en el caso de la mujer casada, a cuyo marido atribuye la ley la certeza de la paternidad.

Al respecto la Maestra Sara Montero nos dice "...No obstante la secular existencia de la institución matrimonial y el acatamiento a la misma por considerables elementos de la población de todas las épocas, no es menos numerosa la cantidad de individuos que, desde siempre también, han olvidado o desdeñado la institución matrimonial y ejercen su libertad en materia sexual. La procreación que surge allende el marco matrimonial es una realidad a la que se ha enfrentado siempre - cualquier sistema impositivo de normas, llámese moral, religión, costumbres o derecho.

"Los diversos órdenes normativos han asumido frente a -- los hijos extramatrimoniales, diversas actitudes, que van desde la plena aceptación de los mismos sin ningún distingo con los nacidos de matrimonio, hasta el rechazo total y condenato

(102) "Discriminación de la filiación extramatrimonial", Luis Martínez Calcerrada, Magistrado, profesor de Derecho Civil. Editorial Montecorvo, S.A., Doctor Esquerdo, 47. -- MADRID-28, 1977. Pág. 68.

rio, haciéndolos víctimas de la negación de todo tipo de derechos, y marcándoles con denominaciones infamantes. Entre ambos criterios tan radicalmente opuestos, se dan variados matices de tolerancia y concesión de derechos.

"Los regímenes jurídicos revolucionarios y liberales, -- las culturas con mayor humanismo y recto sentido de la justicia, extienden a todos los individuos la igualdad de derechos, sin importar su origen. A ellas pertenece afortunadamente, -- nuestro sistema jurídico positivo y vigente a partir de 1932, año de entrada en vigor del actual Código Civil para el Distrito Federal.

"No ocurrió lo propio en el pasado reciente de nuestra -- historia. Al inicio de la vida independiente de México, y durante todo el siglo XIX, impero el criterio conservador. Sinonímicas son al respecto las palabras de Florencio García Goyena: 'La suerte de los hijos ilegítimos, ha sido siempre mejor en los Estados más estragados y en los momentos de mayor delirio... ¿Qué Papa ni qué Rey casado se atrevería hoy a reconocer y hacer Cardenales e Infantes a sus hijos sacrílegos-- o adulterinos?'

"De modo que los Papas o los Reyes sí podían tener impunemente hijos sacrílegos y adulterinos y seguir con sus Signi dades inalterables. Las consecuencias de sus faltas las delegaban en sus hijos." (103)

Sara Montero se refiere a Calixto Valverde, al decir que es éste el que "...inicia las consideraciones doctrinales acerca de la situación de los hijos extramatrimoniales reprobando el calificativo de hijos ilegítimos, pues razona: 'como

quiera que en la generación y el nacimiento el hijo no interviene, y por lo mismo no es culpable y no ha infringido la ley, podrá ser propia y adecuada la frase de padres ilegítimos, pero la expresión de filiación ilegítima, es impropia'. Sin embargo, de inmediato opina: 'Los hijos ilegítimos no deben gozar de iguales derechos y tener idénticas consideraciones jurídicas, pues si a todos les une el vínculo de la sangre, a los legítimos les enlaza con sus padres el vínculo del matrimonio, base de la familia y, como decía Portalis, ésta es el santuario de las costumbres y, por tanto, igualar la situación de todos los hijos, equivale a sancionar una tremenda y monstruosa injusticia'.

'Prolijo sería el enunciado de las opiniones de los doctos jurisconsultos del siglo XIX que emitieron sus argumentos en el mismo sentido; tan poderosa fue su influencia que las legislaciones de esa época consignan derechos desiguales a las distintas categorías de hijos, y les impregnan además el sello infamante de sus denominaciones despectivas.

'Mas sería injusto desconocer que también en esa época y con anterioridad a la misma, han surgido defensores de la igualdad de todos los hijos frente a la ley. Muestra de ello la dan los autores de la legislación revolucionaria francesa, derogada la misma por el Código Napoleón; que discrimino a los hijos en razón de su origen y sirvió de modelo codificador a los países de Europa Central y de América Latina.'"(104)

La autora de referencia,(105) se refiere a su vez a Laurent, autor del proyecto de revisión del Código belga, mani--

(104) IDEM, pág. 284.

(105) IDEM, pág. 284.

festando que es él el que dice que debe ser igual la condición jurídica de los hijos ilegítimos que la de los legítimos, no tan sólo con relación a los padres por el vínculo de filiación, sino con relación a los demás parientes... defendiendo esta opinión están Wolff y Tissot, que quieren la igualdad -- completa entre los hijos naturales y los hijos legítimos, y -- Menger... también parece inclinarse a esta opinión.

La precitada autora, continua diciendo que "...La situación de los hijos ilegítimos presenta además otra cuestión -- fuertemente debatida: no todos los hijos habidos fuera de matrimonio tienen la misma calidad frente al derecho.

"La distinción fundamental consiste en la aptitud de los padres para contraer matrimonio entre sí en el momento de la concepción del hijo. Los nacidos de padres que no tenían impedimento para casarse cuando ellos fueron concebidos, se les llama hijos naturales. Denominación aceptada unánimemente por la doctrina y la legislación de todos los tiempos. Dentro de los ilegítimos, son los únicos que están en aptitud de convertirse en legitimados por el matrimonio subsecuente de sus padres.

„Los demás ilegítimos están en situación de inferioridad, y a ellos van dirigidos los epítetos de adulterinos, incestuosos, sacrílegos, espurios, bastardos, mánceres, etc., con que los dotó la mentalidad mojigata y penalista del medievo y del siglo XIX, heredera esta última de las concepciones ancestrales de discriminación entre los hombres por razones de nacimiento." (106)

Por último diremos que nuestra legislación vigente, ha evolucionado al respecto, toda vez que ha suprimido la clasificación tan discriminatoria que se venía haciendo a los hijos nacidos fuera de matrimonio; inclusive tal legislación se ha superado en forma humanista al grado de no hacer distinción alguna en los derechos de los hijos en razón de su origen. Una vez establecida la filiación (por matrimonio, por re conocimiento voluntario o por imputación de paternidad), los derechos entre padres e hijos son idénticos.

3.2.- Establecimiento de la paternidad extramatrimonial.

A.- Establecimiento voluntario. El reconocimiento.

Al respecto la Maestra Sara Montero nos dice "...Como la maternidad es un hecho evidente y comprobable, la filiación entre la madre y el hijo resulta del solo hecho del nacimiento. No importa si la madre está o no unida en matrimonio en el momento de la concepción de su hijo, pues nacido éste, se crea el lazo de filiación entre los dos por razones biológicas, mismas que recoge el derecho para establecer entrambos las consecuencias jurídicas de la filiación. Solamente en forma excepcional, cuando la madre da a luz sin testigos y después abandona al hijo, o cuando se hace pasar al recién nacido como nacido de otra mujer, podrá surgir con posterioridad el reconocimiento de la madre con respecto a su hijo.

'No sucede lo propio con respecto al padre del hijo nacido fuera de matrimonio. Por evidente que resulte para la ma--

dre, para el propio padre y para muchas otras personas que conciben a ambos, que el hijo de la mujer no casada es de determinado varón, el derecho no tiene elementos para establecer -- entre ellos el lazo de filiación, puesto que la madre soltera no tuvo como la casada, deberes de fidelidad y de exclusividad sexual con respecto a un hombre cierto; el marido de la -- mujer casada. Por ello, para que surgan las consecuencias jurídicas de la paternidad y filiación, es necesario el reconocimiento voluntario que el progenitor haga de su hijo, o una sentencia que impute forzosamente la paternidad a un determinado varón..." (107)

B.- Establecimiento impuesto a través de una sentencia dictada en un juicio de investigación de la paternidad.

"Cuando una persona nace fuera de matrimonio, ante la -- omisión del progenitor de reconocerlo voluntariamente, la ley otorga al hijo el derecho de pedir la imputación de paternidad al sujeto que se suponga sea el padre del mismo.

"Este derecho del hijo, manifestado mediante el ejercicio de una acción, lo llama la ley investigación de la paternidad.

"La expresión 'investigación de la paternidad' no es del todo acertada, pues investigar significa indagar, registrar, -- hacer diligencias para descubrir una cosa y, en el caso de la investigación de la paternidad, el hijo que intenta la acción debe tener a su favor determinadas circunstancias como prueba

de que cierta persona es su padre. Puede darse el caso, ciertamente, del hijo que ignore su origen y que tenga realmente que hacer una previa investigación al respecto pero, al ejercitar su acción debe de tener ya consigo los indicios suficientes sobre quién es su padre para poder intentar su demanda. Por otra parte, el juez de la causa tampoco ordenará que se realice una investigación, sino que se atenderá a las pruebas presentadas por las partes para decidir la cuestión". (108)

3.3.- El establecimiento voluntario de la relación paterno-filial extramatrimonial.

A.- Concepto jurídico de reconocimiento.

"El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación". (109)

Pues bien, analicemos el contenido del presente concepto jurídico de reconocimiento.

Primeramente veamos por qué es considerado el reconocimiento como un acto jurídico unilateral o plurilateral.

Al respecto, Rojina Villegas nos dice "...En efecto, el reconocimiento puede realizarse por una sola manifestación de voluntad o pueden intervenir en su celebración varias declaraciones de voluntad. El reconocimiento es un verdadero acto jurídico unilateral, cuando se hace al presentar al hijo al ofi

(108) *IDEM*, págs. 310 y 311.

(109) Rojina Villegas, *opus cit.*, pág. 727.

cial del Registro Civil, dentro del término que la ley da para levantar su acta de nacimiento, es decir, quince días al padre y cuarenta a la madre, siguientes al en que ocurrió el alumbramiento. En tal caso bastará que en dicha acta se haga constar la manifestación expresa que hiciere el padre o la madre ante el oficial del Registro Civil, reconociendo al hijo. En cambio, el reconocimiento del hijo será un acto plurilateral, por el solo hecho de no presentarlo para su registro dentro del término legal, o cuando habiéndolo presentado, no se hizo su reconocimiento en el acta correspondiente (actualmente solo se utiliza un sólo tipo de acta, sin hacer distinción alguna)".(110)

Todo acto o negocio jurídico, para ser considerado comotal, habrá de contener tanto elementos de existencia como de validez; por lo que la multicitada maestra Sara Montero (111) nos dice por un lado, que los requisitos sustanciales para el reconocimiento son: edad, consentimiento, y hace alusión dentro de esta clasificación al hijo de madre soltera o desconocido por el marido de la mujer casada.

a) Edad.

La edad que se requiere para reconocer a un hijo es la edad mínima para contraer matrimonio más la edad del hijo de que se trata, contada desde su concepción. Así, el hombre que quiere reconocer a su hijo acabado de nacer, deberá tener --- cuando menos diecisiete años (dieciséis, que es la mínima para contraer matrimonio, más casi un año que tarda la gesta---

(110) IDEM, pág. 740.

(111) Sara Montero Duhalt, opus cit., págs. 304 y 305.

ción de una persona).

b) Consentimiento.

Si el que intenta reconocer a un hijo es un menor de --- edad, requiere del consentimiento de las personas que sean -- sus representantes legales (los que lo tengan bajo su patria-potestad o tutela) y, a falta de ellos, de la autoridad judicial (artículo 362 del CC).

Se requiere también el consentimiento del propio hijo -- que se va a reconocer si ya cumplió la mayor edad.

La madre debe dar su consentimiento para que su hijo sea reconocido por un hombre. Sin este requisito, el reconocimiento que se haga quedará sin efecto (art. 379 CC).

Lo propio ocurre con la mujer que, sin ser realmente la madre del hijo que se pretende reconocer, ha asumido ese pa--pel (art. 378). Si se efectúa el reconocimiento sin su autorización, tendrá ella el derecho de contradecirlo.

c) Hijo de madre soltera o desconocido por el marido-- de la mujer casada.

El hijo de mujer casada nace con certeza de filiación -- con respecto al marido de su madre; por ello ningún hombre -- puede efectuar el reconocimiento de un hijo de mujer casada, -- excepto cuando el marido ha obtenido sentencia a su favor de desconocimiento de la paternidad (art. 374 CC). El hijo de mujer soltera puede ser reconocido por cualquier varón siempre que la madre otorgue su consentimiento.

Por otra parte, la autora precitada (112) en cuanto a -- los requisitos formales del reconocimiento nos dice que "El -- reconocimiento deberá realizarse mediante alguna de las si--- guientes cinco formas (art. 369)(las cuales trataremos en el inciso B del punto 3.3):

- a) En el acta de nacimiento, ante el juez del Regis-- tro Civil.
- b) Ante la misma autoridad, pero en acta especial de reconocimiento.
- c) Por escritura pública ante Notario.
- d) Por testamento.
- e) Ante el Juez de lo Familiar, por confesión directa y expresa.

Dentro de los elementos esenciales del reconocimiento, ca be agregar a la solemnidad; veamos en que consiste para así - continuar con nuestro análisis del concepto jurídico de reco- nocimiento.

El maestro Rojina Villegas con meridiana claridad, al -- respecto nos dice que "...Otra característica del reconoci--- miento es la de ser un acto solemne. La solemnidad, como ya - hemos explicado, es una formalidad especial de la cual depen- de la existencia del acto jurídico. De tal manera que si no - se observare, será inexistente. En cambio, la simple formali- dad es un requisito de validez que si no se observare, sólo - afectaría al acto de nulidad relativa, la cual puede desapare- cer por una ratificación expresa otácita, por la prescripción,

o por la renuncia que hiciere de la acción de nulidad el perjudicado. Por esto, los actos formales, cuando la forma no se observa de la manera rígida que la ley establece (por ejemplo, se otorga el acta en documento privado cuando debe constar en escritura pública, o se celebra verbalmente, si la ley exige que conste por escrito), pueden ser convalidados otorgando la forma legal omitida. En esto consiste la ratificación expresa o confirmación del acto que lo convalida retroactivamente desde que se otorgó de manera irregular. Puede también convalidarse por el cumplimiento voluntario, que es una manera de ratificarlo tácitamente, siempre y cuando se conozca su nulidad y, a pesar de ella, se cumpla el acto, porque ello quiere decir que aquél que está protegido por la acción de nulidad, renuncia a ella. En cambio, los actos jurídicos solemnes, como el matrimonio, el reconocimiento de un hijo, la adopción, no existen si no se observa la forma requerida por la ley, y por lo tanto, no están afectados de una nulidad que pueda desaparecer por una confirmación expresa o tácita, para quedar convalidados retroactivamente, sino que esos actos son inexistentes y tendrán que volverse a otorgar cumpliendo todas las formalidades requeridas, y sólo a partir del nuevo otorgamiento tendrán existencia jurídica. Por lo tanto, aplicamos las características que ya conocemos consistentes en que la inexistencia no puede desaparecer por prescripción, ni por confirmación y cualquiera que tenga interés jurídico puede invocarla.

"Como el reconocimiento sólo puede otorgarse a través de las cinco formas únicas que la ley reconoce (acta de nacimiento; acta especial del reconocimiento ante el oficial del Re--

gistro Civil; testamento; escritura pública o confesión judicial directa y expresa), no podrá considerarse como un reconocimiento nulo, pero existente, el que se hiciere, por ejemplo, en una carta o en un contrato privado. Si el acto fuera simplemente formal, dicho reconocimiento podría quedar convalidado por el cumplimiento voluntario de las obligaciones que como padre o madre hubiere llevado a cabo quien reconozca. Lo mismo si un reconocimiento se hiciere en un contrato privado en donde, por ejemplo, al estipular una pensión de alimentos, se declarase por el deudor en favor del acreedor, que éste es su hijo. En cambio, si ese contrato privado se otorgase en escritura pública, bien al reconocer una cierta obligación o en una declaración unilateral de voluntad en la que se manifiesta que se hace una oferta de donación, en virtud de que el donante considera que el donatario es su hijo, ese reconocimiento, por ser hecho ante notario público, sí tendría plena validez. Si en lugar de otorgarse escritura pública se hiciere en un contrato privado de donación, no estaríamos ante un reconocimiento nulo, que podría quedar convalidado posteriormente por el cumplimiento voluntario o por una ratificación expresa, otorgando la escritura pública para que produjere sus efectos desde que se otorgó el documento privado, sino que estaríamos ante un acto jurídico inexistente, porque no se hizo en alguna de las cinco formas que reconoce el derecho. En este sentido, por consiguiente, no admite nuestra ley otras formas de hacer el reconocimiento" (113)

Por otra parte, analizando la irrevocabilidad del recono

cimiento tenemos que "...El reconocimiento legalmente efectuado es irrevocable. Si se hizo por testamento, cuando éste se revoque, no se tendrá por revocado el reconocimiento (art. 367). La parte final del artículo 367 es difícil de aplicarse, dada las distintas formas que pueden tener los testamentos. - Si el testamento en que se asentó el reconocimiento de un hijo es público abierto, existe la constancia del reconocimiento ante el Notario Público; en este caso, revocado el testamento, quedará firme el reconocimiento. Pero si el testamento es público cerrado u ológrafo y el testador lo revoca y recoge los pliegos respectivos, el reconocimiento que hubiere efectuado a través del mismo se revocará junto con el testamento, por su propia naturaleza de ser una expresión de voluntad conocida únicamente por el propio testador." (114)

"El carácter irrevocable del reconocimiento, no impide -- que pueda impugnarse en ciertos casos. Cuando en derecho decimos que un acto es irrevocable, simplemente se quiere significar que no puede quedar privado de efectos por la sola voluntad de quien lo llevó a cabo; que una vez realizado éste, ya no puede retractarse quien hizo la manifestación de voluntad?" (115)

En cuanto a la impugnación del reconocimiento, Sara Montero nos dice que "...Tiene este derecho, en primer lugar, el hijo que fue reconocido siendo menor de edad. Al llegar a la mayoría, tiene dos años para intentar la acción de impugnación si antes tuvo noticia del reconocimiento, o dos años, a partir de la fecha en que la adquirió (art. 377).

"A más del hijo, puede ejercer el derecho de impugnar el

(114) Sara Montero Duhalt, opus cit., pág. 309.

(115) Rojina Villegas, opus cit., pág. 750.

reconocimiento: la madre, cuando no se obtuvo su consentimiento para efectuarlo (art. 379); la mujer que se ha portado como madre respecto al hijo reconocido (art. 378); el Ministerio Público, cuando el reconocimiento se hubiere efectuado en perjuicio del menor; el progenitor que reclame para sí tal carácter con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente, o sólo para el efecto de la exclusión; el tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento - ilegalmente efectuado, tiene este derecho en vía de excepción (art. 368).

"Ninguna acción de impugnación puede proceder por causa de herencia cuando se trata de privar de ella a un menor reconocido (art. 368)." (116)

"Los actos revocables son aquellos que a pesar de haberse realizado, como el testamento, en cualquier momento se les puede dejar sin efecto. Pero los actos irrevocables como el reconocimiento, pueden ser nulos por haberse obtenido por error, engaño, violencia o por ser incapaz el que reconozca. De ahí la posibilidad de que se pueda después a través del juicio de nulidad demostrar que hubo error, engaño, violencia o que quien reconoció era incapaz. En consecuencia, a pesar de que el reconocimiento sea irrevocable, estará afectado de una nulidad relativa que hará valer el interesado." (117)

Con respecto a la nulidad del reconocimiento, la multialudada Sara Montero manifiesta lo siguiente: **"Es anulable el reconocimiento cuando fue hecho por un menor de edad y prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar su acción hasta cuatro años después de la mayor edad (art. 363).**

(116) Sara Montero Duhalt, opus cit., págs. 307 y 308.

(117) Rojina Villegas, opus cit., pág. 750.

"De acuerdo con este artículo, la ley concede el derecho de anular el reconocimiento solamente al que reconoció siendo menor de edad.

"Podría pensarse en consecuencia, que el derecho de pedir nulidad del reconocimiento se le niega al que lo efectuó en su mayoría de edad. Sin embargo, si se aplican las reglas genéricas de la nulidad de los actos jurídicos (el reconocimiento es un acto jurídico de derecho de familia) tendría que aceptarse la nulidad de este acto de acuerdo a lo prescrito por el artículo 2228:

'La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.'

"Si el que reconoce a un hijo lo hizo mediante error fortuito o provocado por dolo, o mantenido por mala fe, o si sufrió violencia al ejecutar el acto de reconocimiento, se tendrá que aplicar la norma general que señala el derecho a pedir nulidad basado en estas causas. Los plazos para pedir este tipo de nulidad serán los señalados genéricamente para las acciones personales. La acción de nulidad por causa de error prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido, y no se haya extinguido el plazo de prescripción genérico a las acciones personales. Respecto a los actos realizados por violencia, señala la ley que prescriben a los seis meses contados desde que cesó la misma (art. 2237)". (118)

(118) Sara Montero Duhalt, opus cit., pág. 308.

Sin antes concluir con el análisis del concepto jurídico de reconocimiento, debemos decir que el reconocimiento es un acto personalísimo; al respecto el maestro Rojina Villegas -- nos dice "...Otra característica del reconocimiento es la de ser un acto personalísimo en sentido lato. Hay sistemas jurídicos en que el reconocimiento sólo puede hacerse directamente por el padre o la madre, sin que se admita la posibilidad de que lo haga un mandatario, aun cuando tenga un mandato especial. Nosotros admitimos que pueda llevarse a cabo por un a poderado con mandato que deberá constar en escritura pública, expreso para el acto de reconocer, o en documento privado, -- siempre y cuando se ratifiquen las firmas del otorgante y de los testigos, ante notario público, juez de primera instancia, menor o de paz. No dice el artículo 44 que ese poder deba ser especial, señalando quién es el hijo a quien deberá reconocer el apoderado; pero ello es evidente. No podría darse un mandato para que se reconozca en general a un hijo. Se tiene que -- dar un poder para que se reconozca a un individuo determinado a quien se considera hijo. Dice el artículo 44 en su párrafo-segundo: 'En los casos de matrimonio o de reconocimiento de -- hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, juez de primera instancia, menor o de paz'". (119)

Pues bien, para concluir con el análisis del concepto jurídico de reconocimiento, en cuanto a que por virtud de éste se asumen, por aquel que reconoce y en favor del reconocido, -- todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación;--

(119) Rojina Villegas, opus cit., pág. 751.

diremos que no son más que los efectos o consecuencias que se derivan del mismo, los cuales analizaremos con posterioridad.

B.- Formas mediante las cuales se puede llevar a cabo el reconocimiento. Es limitativa la enumeración - legal?:

Conforme al artículo 369 de nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, el reconocimiento deberá efectuarse mediante alguna de las siguientes cinco formas: En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil, por acta especial ante el mismo juez, por escritura pública, por testamento y por confesión judicial directa y expresa.

Estudemos en que consisten dichas formas:

a).- En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil.

El maestro Rojina Villegas (120), al respecto se refiere al civilista Federico Puig Peña quien dice lo siguiente "Reconocimiento en el acta de nacimiento.- Como dice Covián, el Código consigna, en primer término, esta forma, porque cree, -- con razón, que al practicarse la inscripción que informa la personalidad es el momento más oportuno para realizar un acto de tanta trascendencia. La ley del Registro Civil y disposiciones complementarias puntualizan hasta en los más pequeños detalles el modo de extenderse esta acta. Como particularidad diremos que, como quiera que el reconocimiento ha de ser per-

sonal, no puede admitirse ni insertarse las manifestaciones - que en este sentido hagan el pariente o el extraño encargado de dar parte del nacimiento".

b).- Por acta especial ante el mismo juez.

Cierto es que el reconocimiento puede efectuarse "ante la misma autoridad, pero en acta especial de reconocimiento. Esto sucede cuando ya se ha levantado previamente el acta de na cimiento y en ella no consta el nombre del progenitor". (121)

c).- Por escritura pública.

El reconocimiento por escritura pública, es aquel que se realiza mediante documento autorizado por un Notario, empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley.

d).- Por testamento.

"El reconocimiento que se lleve a cabo en un testamento, es también un acto jurídico unilateral. Por definición el tes tamento se caracteriza precisamente como un acto jurídico uni lateral, personalísimo, revocable y libre, por virtud del --- cual una persona capaz instituye herederos o legatarios, o de clara y cumple deberes con trascendencia jurídica para des--- pués de su muerte. La función normal del testamento es la de- instituir herederos o legatarios; pero además puede tener, --

por objeto declarar o cumplir deberes que produzcan consecuencias jurídicas para después de la muerte. De esta manera puede el testamento otorgarse para reconocer a un hijo, porque evidentemente se está cumpliendo con un deber que produce consecuencias de ese derecho, consistentes en crear derechos y obligaciones entre el hijo y el testador, no sólo para después de su muerte, sino incluso durante su vida.

"También aquí encontramos una función especial del testamento, distinta de su función normal, que es la de instituir herederos o legatarios, ya que en este caso no producirá efectos sino hasta la muerte del testador. En cambio cuando se reconoce a un hijo, el testamento puede producir sus consecuencias jurídicas antes de la muerte del testador. Por ejemplo, cuando el reconocimiento se hace en un testamento público abierto. Si el hijo se enterase del mismo, podrá exigirle alimentos a su padre antes de que muera". (123)

f).- Por confesión judicial directa y expresa.

"La confesión judicial directa y expresa consiste en absolver posiciones ante el juez bajo protesta de decir verdad. Estas posiciones que son preguntas que se hacen al que debe rendir su confesión, deben tener ciertos requisitos, formularse siempre en sentido positivo, sólo comprender un hecho, estar relacionadas directamente con la controversia, es decir, con el juicio de que se trate. Por lo tanto, esta confesión por lo cual se logra el reconocimiento de un hijo, no puede hacerse en cualquier juicio, porque la confesión debe estar -

relacionada directamente con los puntos controvertidos. Podrá ser punto controvertido, por ejemplo, en un juicio de alimentos, si el actor es o no hijo del demandado. En un juicio de investigación de paternidad o de maternidad, evidentemente -- que sí tendrá una relación directa con la controversia formular la posición respectiva al demandado, para que declare si el actor es o no su hijo, pero no podrían articularse posiciones para obtener una declaración judicial directa y expresa sobre la paternidad o maternidad, en un juicio en donde no se discutiese la calidad de hijo que tuviere una de las partes frente a la otra. Por ejemplo, no podría aprovecharse un juicio de divorcio o nulidad de matrimonio para que un cónyuge hiciera confesar al otro la existencia de hijos naturales (extramatrimoniales), si la causa de divorcio no esta versando sobre el adulterio cometido por el demandado. Supongamos que es un divorcio por abandono injustificado del domicilio conyugal por más de seis meses. Si la esposa formulase al marido una posición en el sentido de que con posterioridad al matrimonio ha procreado hijos naturales (extramatrimoniales) con determinada mujer, el juez deberá desecharla de plano, porque no tiene relación con la controversia; pero supongamos que la causa de divorcio fue adulterio. Habrá una relación directa -- el hacerle confesar al marido que después de celebrado su matrimonio engendró un hijo con determinada mujer. Como también podría el marido hacer confesar a la mujer adúltera, no sólo el hecho del adulterio, sino incluso que por virtud del mismo procreó un hijo.

*En estos casos, el reconocimiento del hijo natural (extramatrimonial) es un acto jurídico unilateral. Dependerá exclusivamente de la voluntad del confesante y es donde se apli

ca mejor la tesis que equipara el reconocimiento a la confe--
sión. Es decir, a la simple afirmación de paternidad o mater--
nidad." (124)

"Cuando el reconocimiento se realice por cualquiera de -
las formas señaladas, excepto por testamento, las autoridades
ante quienes se realice deberán exigir el requisito del con--
sentimiento de la madre pues, de otra manera, el reconociemien--
to quedará sin efecto de acuerdo al artículo 379:

Quando la madre contradiga el reconocimiento hecho
sin su consentimiento, quedará aquél sin efecto y la
cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el
juicio contradictorio correspondiente.

"El artículo transcrito mueve a las siguientes reflexio--
nes:

"Ira. Hace suponer que el reconocimiento puede hacerse -
sin el consentimiento de la madre atenta la redacción de los--
primeros renglones: 'cuando la madre contradiga el reconoci--
miento hecho sin su consentimiento'. Debiera por ello haber -
norma expresa en el Código estableciendo como requisito indis--
pensable para efectuar el reconocimiento, el que se obtenga -
el consentimiento de la madre, pues tal como está actualmente
parece indicar que puede omitirse ese requisito y que, si la--
madre no contradice el reconocimiento, éste surtirá sus efec--
tos legales. Sin embargo, no se señala un tiempo de caducidad
para que la madre pueda contradecir el reconocimiento, lo --
que significa que tendrá ese derecho mientras el hijo sea me--
nor de edad pues, llegado a la mayoría, será el propio hijo -

el que tenga el derecho de contradecir la paternidad.

"2da. Cuando el reconocimiento es hecho por testamento y en el mismo se le otorgan derechos pecuniarios al hijo ¿Podrá la madre contradecir este reconocimiento y privar al hijo de las ventajas de ser heredero o legatario?

"3ra. El hijo que nace fuera de matrimonio es carga normalmente exclusiva de la madre y, en este sentido, es de equidad que sea ella la que decida si acepta o no a determinado varón como padre de su hijo; pero, anexo al derecho de la madre, está el derecho del hijo de tener también un padre, que puede ser, consecuentemente, su apoyo y protección. ¿Pueden conciliarse ambos derechos contrapuestos?

"4ta. En cuanto al hijo que va ha reconocerse, la ley de termina que puede reconocerse al hijo ya nacido o al simplemente concebido y aún al hijo que ya ha muerto si dejó descendencia (art. 364). Esto parece indicar que existe un reconocimiento extensivo a los nietos, así sea en forma tácita. El reconocimiento del hijo simplemente concebido requiere forzosamente de la anuencia de la futura madre, y con respecto al hijo premuerto no se necesita el consentimiento de nadie, aunque puede interpretarse en forma extensiva, que los nietos tendrán el derecho de contradecir el reconocimiento que se ha ya hecho de su padre ya fallecido, en el ejercicio del derecho que hubiera correspondido a aquél, de acuerdo al tenor -- del artículo 375: 'El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento...', y del artículo 376: 'Si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra el reconocimiento, cuando llegue a la mayor edad'. " (124)

(124) Sara Montero Duhal, opus cit., págs. 306 y 307.

En cuanto a que si es limitativa la enumeración legal, - con respecto a las formas establecidas mediante las cuales se puede llevar a cabo el reconocimiento; diremos que efectiva-mente si es limitativa tal enumeración, toda vez que el reco-nocimiento es un acto formal, o incluso como hemos visto con- anterioridad, puede afirmarse que es un acto solemne, ya que- debe autorizarse, rodándolo o revistiéndolo con determinados elementos sensibles en cuya ausencia, el acto no existe.

Por lo tanto, si el reconocimiento pretendiera efectuar- se de alguna otra forma distinta a las taxativamente enume- radas, no sería tal; es decir, no habría reconocimiento.

3.4.- Reconocimiento impuesto por una sentencia en un juicio- de investigación de la paternidad.

A.- qué se entiende por investigación de la paterni- dad?

"Cuando una persona nace fuera de matrimonio, ante la -- omisión del progenitor de reconocerlo voluntariamente, la ley otorga al hijo el derecho de pedir la imputación de paterni- dad al sujeto que se suponga sea el padre del mismo.

"Este derecho del hijo, manifestado mediante el ejerci- cio de una acción, lo llama la ley investigación de la pater- nidad.

"La expresión 'investigación de la paternidad' no es del todo acertada, pues investigar significa indagar, registrar, - hacer diligencias para descubrir una cosa y, en el caso de la investigación de la paternidad, el hijo que intenta la acción

debe tener a su favor determinadas circunstancias como prueba-
de que cierta persona es su padre. Puede darse el caso, cierta-
mente, del hijo que ignore su origen y que tenga realmente que
hacer una previa investigación al respecto pero, al ejercitar-
su acción debe tener ya consigo los indicios suficientes sobre
quién es su padre para poder intentar su demanda. Por otra par-
te, el juez de la causa tampoco ordenará que se realice una in-
vestigación, sino que se atenderá a las pruebas presentadas por
las partes para decidir la cuestión.

"Doctrinalmente se ha definido a la investigación de la -
paternidad como la averiguación judicial que tiene por objeto-
establecer la filiación de una persona nacida fuera de matrimo-
nio y no reconocida por su progenitor.

"Asentado anteriormente que la investigación de la pater-
nidad como el derecho de ejercitar una acción no es realmente-
una averiguación judicial, definiremos la misma como el dere-
cho que tiene el hijo o la madre, de ejercitar una acción para
que, si las pruebas que se presenten son suficientes a juicio-
del juez, se impute la paternidad a un determinado sujeto." (1
25).

E.- Casos en que conforme al Código Civil para el Dis-
trito Federal vigente, esta permitida la investiga-
ción de la paternidad.

"La materia está regulada en el artículo 382 (del ordena-
miento legal precitado) que a la letra dice:

La investigación de la paternidad de los hijos naci

(125) IDEM, págs. 310 y 311.

dos fuera de matrimonio, está permitida:

I. En los caso de rapto, estupro o violación, --- cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;

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

IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

La doctrina mexicana unánimemente señaló que la investigación de la paternidad en nuestro Código no es una investigación totalmente libre, puesto que está restringida a los casos que señala la ley. Nuestro criterio difiere, pues pensamos que el Código de referencia permite una total y libre-investigación, pese a que el artículo 382 transcrito señale - cuatro casos específicos. Sin embargo, la fracción IV del artículo en cuestión expresa que se puede ejercitar la acción de investigación de la paternidad 'cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre'. No se exige, pues, más que un principio de prueba, cualquiera - que ella sea. Esto convierte, a nuestro juicio, a la investigación totalmente libre, pues carecería de sentido el que un individuo tratara de imputar paternidad a otro sin tener la menor prueba contra él. Es de elemental conocimiento jurídico que, en cualquier juicio, el actor debe probar lo que demanda y, si no tiene pruebas, o las que presente resulten - insuficientes, no podrá obtener sentencia favorable. De allí que resulten inclusive innecesarias las tres fracciones primeras del multicitado artículo 382, pues las mismas señalan-

ciertas circunstancias específicas que deben probarse y que - caben dentro de la fracción IV: tener a su favor un principio de prueba.

"Con respecto a la fracción I del artículo 382, se tendrá que probar el hecho delictuoso y la coincidencia del mismo con la época de la concepción. El delito de que se trata - debió ocurrir de 180 a 300 días antes del nacimiento del hijo.

"Señala la ley con respecto a la fracción II del 382 que la posesión de estado se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre, o por su familia, como hijo del primero, y -- que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento.

"El simple hecho de dar alimentos no configura el trato y no constituye por sí solo prueba, ni aún presunción de paternidad o de maternidad; por ello no puede admitirse la acción con base a este único hecho. Este es un principio de justicia y necesario para no impedir las actitudes solidarias y compasivas de los sujetos que otorgan alimentos a otros, sin que exista el deber moral derivado de una presunta paternidad.

"Puede investigarse la paternidad (F. III art. 382) cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo que el pretendido padre, viviendo maritalmente. El presunto padre podrá poner la prueba, en su caso, de haberle sido físicamente imposible en esa época, tener relación sexual con nadie. Esta relación de la madre con un determinado varón en la época de la concepción, - no requiere haber sido una relación estable ni permanente; solamente que coincida la vida marital con la época de la concepción.

"El tiempo para intentar la acción de investigación de la paternidad está limitado a la vida de los padres o hasta cuatro años posteriores a la mayoría de edad del hijo, cuando su progenitor murió siendo él todavía menor de edad (art. 388).

"La acción que comentamos debiera ser imprescriptible para el hijo en razón del derecho a conocer su origen que tiene toda persona humana. En otras legislaciones, esta acción es imprescriptible, por ejemplo en el Código Civil Italiano (art. 279).

"Tiene la acción a su favor el propio hijo y, naturalmente la madre en el ejercicio de la patri potestad del hijo menor de edad. Ningún otro sujeto está habilitado para intentar esta acción. Si el hijo es menor de edad no sujeto a patria potestad, o mayor de edad pero incapacitado, será su representante legal, el tutor, quien podrá ejercer la misma." (126)

G.- Juicio crítico acerca de cuál es el sistema que sigue el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, en materia de investigación de la paternidad.

Lo cierto es que el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en materia de investigación de la paternidad, produce efecto de imputar la paternidad a determinado sujeto, parte única y exclusivamente de la presunción; entendiéndose por ésta "...la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido..." (127)

(126) *IDEM*, págs. 313 y 314.

(127) Art. 379 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal.

Por ejemplo, en la hipótesis de la fracción I del artículo 382 del precitado Ordenamiento, Planiol al hablar de los delitos de rapto, estupro y violación, expresa "...no es el carácter delictuoso de éstos hechos lo que justifica la investigación de la paternidad, la razón está en la certidumbre adquirida gracias a las circunstancias que hacen presumir la paternidad..." (128)

La hipótesis de la fracción II es la de que el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del pretendido padre; pues bien, caemos nuevamente en la presunción, toda vez que si un determinado varón admite el que otra persona sea tratada por él o por su familia como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento -- (art. 384 CC) se presumiera que tal varón es su padre.

Por otra parte, en los términos de la fracción III del precepto comentado, se permite la investigación de la paternidad, cuando en la época de la concepción del hijo, la madre de éste hubiera convivido con el pretendido padre, bajo el mismo techo y maritalmente. En el caso es también muy poderosa la presunción de que el producto de la concepción corresponde al varón que en tal época hacía vida marital con la madre. Tal es el supuesto de los hijos de los concubinos.

Por último la fracción IV dice: "Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre" o sea exige sólo que el hijo tenga un principio de prueba, inclusive ni siquiera se establece que sea por escrito, pudiendo ser tal principio simplemente una presunción.

D.- Necesidad de consagrar legislativamente la libertad en la investigación de la paternidad.

Por qué es necesario que se consagre en nuestra legislación la libertad de la investigación de la paternidad; la explicación nos la da el maestro Rojina Villegas (129), al referirse al tratadista Federico Puig Peña, quien dice con respecto al sistema de la libertad absoluta de la investigación de la paternidad, lo siguiente: "...Este sistema se sostiene por las doctrinas más avanzadas, que a fuerza de refutar todos los argumentos contrarios llegan a la conclusión de que debe ser permitida de un modo absoluto la investigación de la paternidad. Los teorizantes del mismo alegan a su favor razones jurídicas y, sobre todo, sociales. Los hijos naturales (extramatrimoniales), dicen, han nacido por voluntad de sus padres, y justo es que éstos contribuyan a reconocer su estado. ¿Por qué debe la colectividad sufragar los gastos de su educación y manutención cuando existe el que por ley natural está obligado a ello? En muchos casos, además -se añade-, los hijos no reconocidos crecen sin familia, carecen de toda educación en los primeros años de su vida y vienen, por tanto, a constituir uno de los más grandes peligros sociales, formado en gran escala entre los delincuentes. Las estadísticas demuestran, en efecto, que los hijos no reconocidos figuran en un tanto por ciento muy elevado en la lista de los delincuentes. Por último, conviene hacer cargo -sostienen- de los principales argumentos contrarios, que son los intereses de la familia legítima y el temor a los grandes abusos. Pero al primero debe ro--

(129) Rojina Villegas, opus cit., págs. 710 y 711.

tundamente contestarse diciendo que aquellos intereses están suficientemente defendidos por la mejor posición de los hijos legítimos, aparte de que en la defensa de la familia legítima no debe llegarse hasta la destrucción moral y económica de -- personas que vienen al mundo sin culpa alguna por su parte. -- Por lo que respecta al grave problema del temor a los abusos, este inconveniente se vence estableciendo reglas que ordenen rigurosamente la investigación de la paternidad, sancionando con gran rigor el chantaje, el ánimo de injuriar y los torpes intereses inconfesables".

Por otra parte, cierto que si nos remitimos a la fracción IV del artículo 382 del multialudido Ordenamiento Legal, como hemos visto con anterioridad y que a la letra dice: "Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre", dicha fracción hace pensar que el legislador dejó al prudente arbitrio judicial la investigación, pues el juez es el que apreciará el principio de prueba que va a dar lugar a la investigación, dado que un principio de prueba no es la prueba misma, sino solamente un indicio o conjetura que hace verosímil el hecho que se pretende justificar y es el juez el que aprecia ese indicio; o como dice Sara Montero: "...No se exige, pues, más que un principio de prueba, cualquiera que ella sea. Esto convierte a nuestro juicio, a la investigación en totalmente libre, pues carecería de sentido el que un individuo tratara de imputar paternidad a otro sin tener la menor prueba contra él..." (130)

Lo que realmente se desea, son dos cosas; primeramente y

a manera de proposición, se reforme el artículo 382 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, pudiendo quedar de la siguiente forma:

Artículo 382.- La investigación de la paternidad - de los hijos nacidos fuera de matrimonio, esta permitida siempre y cuando el hijo tenga a su favor cualquier principio de prueba contra el pretendido padre.

De esta forma se omitirían las tres primeras fracciones de dicho artículo, que en forma taxativa delimitan, valga la redundancia, la investigación de la paternidad, las cuales -- "señalan ciertas circunstancias específicas que deben probarse y que caben dentro de la fracción IV: tener a su favor un principio de prueba". (131)

Lo también deseado, es que una vez consagrada la libertad de la investigación de la paternidad en nuestra legislación; las parejas, no tan sólo las que vivan maritabilmente, sino -- simplemente las parejas (de novios, amantes, etc.) y principalmente el varón, se abstengan de concebir a un nuevo ser, - hasta en tanto no sean capaces de cumplir con la responsabilidad que trae consigo la concepción de un hijo, quien si no va ha ser protegido por sus progenitores, aparte de que incluso no sea deseado, sólo vendrá a este mundo a sufrir las inclinaciones de la sociedad, y como dice Federico Puig, como consecuencia de ésto llegar a ser tristemente un delincuente.

(131) IDEM, pág. 313.

E.- Necesidad de dar mayor relevancia a la prueba médica-pericial, para la prueba de la filiación.

Como hemos visto con anterioridad, si ya tenemos un principio de prueba, bueno es que ya en un juicio de investigación de la paternidad, una vez que se haya ofrecido la prueba médica-pericial y efectuada la misma, el juez la analice y le dé la relevancia suficiente que merece dicha prueba; para así probarse la filiación, estableciéndose por ende, la relación-jurídica entre hijo y progenitor.

Al referirnos a la prueba médica-pericial, debemos entender como tal, al dictamen rendido por persona capacitada para efectuar análisis químico-biológicos y autorizada legalmente, una vez que haya realizado un estudio de las propiedades bioquímicas tanto del hijo como del pretendido padre.

Pues bien, veamos en que consisten los métodos biológicos que para la investigación de la paternidad se siguen y, para tal efecto nos referiremos a Bernardo Gesche Muller, --- quien dice lo siguiente:

"Los métodos biológicos de investigación de la paternidad se basan:

"A.- En los conocimientos que se tienen de los procesos de fecundación y de gestación en la especie humana; y

"B.- En el resultado de estudios sobre herencia, es decir, de la ciencia que se ocupa del esclarecimiento de la --- transmisión de caracteres morfológicos (anatómicos) y fisiológicos (de función y de comportamiento), de ascendientes a descendientes.

"Ambos caminos se relacionan íntimamente entre sí y se -

y se complementan en múltiples aspectos relacionados con la -
determinación práctica de la paternidad en el hombre". (132)

Veamos por una parte en que consiste la fecundación y ges-
tación en la especie humana.

"En ello cabe analizar:

"1ro.- La capacidad de procreación del hombre; por cuan-
to un sujeto incapaz de procrear, no puede ser padre carnal -
de otra persona, y

"2do.- La duración del embarazo que termina con el naci-
miento de un niño viable.

"1.- De la capacidad de procreación en la especie huama-
na nos interesa, por motivos obvios, en la presente exposi-
ción tan sólo la capacidad de procreación del hombre y no la-
de la mujer. Esta capacidad de procrear aparece en la puber-
tad, es decir, en la época en que comienzan a aparecer los ca-
racteres sexuales secundarios (pelos del pubis, barba y bigo-
te, cambio de la voz, etc.) y se extingue paulatinamente al i-
niciarse la senectud, es decir, la aparición de fenómenos de-
involución senil, de los cuales uno es precisamente la incapa-
cidad lentamente progresiva para procrear. De acuerdo con lo-
expuesto, el comienzo de la capacidad de procreación no es un
instante cronológicamente fijo y determinable con precisión -
por la edad de una persona. En nuestro ambiente se produce al
rededor de los 16 años, siendo habitualmente un poco más pre-
coz en personas de origen racial latino y algo más tardía en-
los niños de origen anglosajón y germano. Mucho menos precisa
que su comienzo es la extinción fisiológica de la capacidad -

(132) "La investigación de la paternidad ilegítima". Trabajo-
realizado en el Instituto de Ciencias Jurídicas y Socia-
les, bajo la dirección del profesor Sr. Bernardo Gesche

de procrear, ella se produce habitualmente más allá de los 60 a 65 años, pero corrientemente tiene lugar en forma tan lenta que prácticamente sólo termina con la muerte.

"Ahora bien, si lo expuesto ocurre en condiciones calificables de normales, no es excepcional que por múltiples motivos de índole patológica exista incapacidad para procrear tanto pasajera como en forma permanente y definitiva. Determinar su existencia es un problema de orden médico, muchas veces -- muy fácil de resolver sobre todo si se basa en defectos anatómicos, ya sea visibles a la simple vista o bien comprobables al examen microscópico y que, o pueden originar incapacidad para realizar el acto sexual (impotencia coeundi), o bien motivan incapacidad para fecundar (impotencia generandi) o ambos tipos a la vez. Sin embargo en algunos casos el problema puede tornarse muy difícil de resolver, por ejemplo, si se trata de una impotencia exclusivamente coeundi y únicamente frente a una determinada mujer como puede ocurrir por motivos sólo psíquicos.

"Por consiguiente, toda investigación biológica de la paternidad comienza en la práctica con un estudio de la capacidad de procrear de él o de los supuestos padres; primero en lo que se refiere a la potencia coeundi, siguiéndose, si ésta existe, con el estudio de la potencia generandi. (Por motivos obvios, podrá prescindirse de la posibilidad de una inseminación artificial que podría haber practicado un profesional médico con un semen de un hombre incapaz de realizar un acto sexual). Luego, tanto si no existe la potencia coeundi y con mayor razón si no existe la potencia generandi, la paternidad de una determinada persona podrá ser rechazada en forma absoluta.

"2.- La duración de un embarazo que termina con el nacimiento de un niño viable.- Es indudable que sólo aquel hombre podrá ser el padre de una criatura que ha cohabitado con la madre de ésta dentro del período en que, por nuestros conocimientos sobre duración del embarazo con niño viable, se ha -- producido su fecundación. Este período es relativamente largo, pudiendo fluctuar entre los 180 y unos 340 días. Se trata por consiguiente de un período de más o menos cinco meses. Podrá entonces ser rechazada la paternidad de todo hombre que haya tenido relaciones con la madre de la criatura fuera de los -- cinco meses señalados. Sin embargo, este período relativamente largo puede en la práctica ser reducido considerablemente, si se tienen datos sobre el estado del desarrollo del niño en el momento de nacer; es decir, si se trata de un 'prematuro', de 'un niño de término' o de un niño producto de un 'embarazo prolongado'. " (133)

Por otra parte, Gesche Müller con respecto al resultado de estudios sobre herencia, continua diciendo:

"I.- Procedimientos actualmente en uso.

"En los peritajes antro-po-heredo-biológicos se siguen -- dos caminos, uno, que históricamente ha sido el primero en seguirse, cual es el de la exclusión de un presunto padre y el-

Müller, con la colaboración de los señores Dr. Francisco Behn, asistente social, señorita Nelly Hermosillo F. No. 3 Ed. Dpto. de Divulgación de la Fac. de Ciencias - Jurídicas y Sociales, Concepción-1967, pág. 176
(133) IDEM, pág. 177.

segundo que es el de la afirmación de la paternidad de uno entre varios padres presuntos.

*a).- Procedimiento de exclusión.

*El procedimiento de exclusión se basa en primer lugar -- en la hereditabilidad de los grupos sanguíneos. De acuerdo -- con ello, no puede ser padre de una criatura el que sea portador de genes que no están representados en el grupo sanguíneo de un presunto hijo. Como los grupos sanguíneos fundamentales son sólo 4, las posibilidades de exclusión en la práctica exclusivamente a base de ellos no son muy grandes. De ahí que -- se han buscado con mucho afán otras particularidades sanguíneas determinadas por el patrimonio hereditario. Las investigaciones que al respecto se han realizado y que siguen haciéndose han logrado una serie de éxitos y es así como se aprovechan en igual sentido en la actualidad en igual sentido que -- los grupos sanguíneos también los factores denominados M, N;-- P y Rh, este último con la característica C y F, íntimamente ligadas a su transmisión. Igualmente se van empleando más y -- más los factores Kell, Duffey, Sthieran y últimamente el descubrimiento de los sistemas de grupos sanguíneos Haptoglobina y 'Gama'. Han aumentado considerablemente las posibilidades -- de exclusión. A ello cabe agregar que constelaciones excepcionales aprovechadas a base de un cálculo de probabilidades permiten hoy día aún una determinación positiva con un margen de error tan pequeño que en la práctica generalmente carece por completo de importancia. Ha sido Essen-Müller el que ha perfeccionado este método al cual tendremos que referirnos con --

mayor detalle más adelante al ocuparnos de la afirmación positiva de la paternidad. Es indudable que en el transcurso de los años venideros se llegue a sumar a todas las características sanguíneas hereditarias ya conocidas varias otras más, - al extremo de que no parece aventurado pensar que no esté muy lejos el día en que podamos individualizar con tal seguridad las características sanguíneas-heredables de una persona que al igual que las impresiones digitales permitan reconocerla - sin posibilidades prácticas de error. Por el momento, el aprovechamiento de las particularidades conocidas permite en la práctica de especialistas en la materia aclarar un 90 % de los casos. Más aún, hay autores como Keither que afirma que ya hoy día es posible determinar con un 99,9% de posibilidad la procedencia hematológica de un niño a base del estudio de sus características sanguíneas y empleando métodos electrofóricos.

b).- Determinación positiva de la paternidad.

Tanto para complementar y afirmar aún más los resultados obtenidos por exclusión de posibles padres a base de las características hereditarias de la sangre de las personas relacionadas con el caso (hijo, madre y presuntos padres), como para aclarar el 10% restante que proporciona la práctica forense, se emplea hoy día, especialmente en la República Federal de Alemania, el estudio de numerosas otras características antropológicas, tanto morfológicas como fisiológicas, ya sean normales o patológicas cuya heredabilidad ha sido comprobada por numerosas y minuciosas investigaciones sistemáticas al --

respecto. Estas características estudiadas en suficiente número permiten prácticamente siempre una determinación positiva de la paternidad. Es decir, capacitan al perito para indicar con seguridad prácticamente absoluta cuál de dos o más presuntos progenitores que no ha sido posible excluir por los procedimientos más arriba indicados, es el verdadero padre.

"Entre las características fisiológicas tiene gran importancia la sensibilidad gustativa a la feniltiocerbumida que para algunas personas y a dilución conveniente es francamente amarga, mientras otras la encuentran insípida. Por estudios correspondientes, especialmente en gemelos univitelinos, y por consiguiente de igual patrimonio hereditario, se ha podido comprobar con seguridad que la sensibilidad gustativa a esta sustancia constituye una característica hereditaria de tipo recesivo. Es además independientemente del sexo y de la edad y muy apta para ser considerada en todos los casos en que el niño tenga la madurez psíquica suficiente para proporcionar datos fidedignos (mínimum de edad, en general: 7 años).

"Otra característica fisiológica hereditaria importante es la capacidad o incapacidad de ciertas glándulas (salivales, sudoríferas, riñones) para secretar las características de los grupos sanguíneos A y B. La capacidad se comporta en forma dominante respecto de la incapacidad correspondiente y la referida particularidad se basa en que el antígeno sanguíneo aludido es hidrosoluble en los capacitados y alcohol soluble en los incapacitados.

"Tan importantes como las características fisiológicas recién comentadas son las particularidades morfológicas, tanto patológicas como normales. Su importancia para la determi-

nación de la paternidad, no sólo se basa en su heredabilidad, sino que además en el hecho de que son muy numerosas, siendo al mismo tiempo cada una de ellas relativamente rara dentro de la población general.

Entre las particularidades morfológicas de tipo patológico cabe citar:

Malformaciones de los dedos de manos y de pies, como, - por ejemplo, branquidactilia, la sindactilia, la cigodactilia, etc;

Malformaciones de los ojos como, por ejemplo, la miopía, la hipermetropía, el astigmatismo, el estrabismo, la hemeralopía, el coloboma, el glaucoma infantil, ciertos enturbiamientos del cristalino, algunas ptosis palpebrales, etc.;

Alteraciones de la piel como, por ejemplo, la ictiosis vulgar, la psoriasis vulgar, la enfermedad de Ecklinghausen, - la leuconiquia, el albinismo, etc. etc.

Mucho más numerosas son aún las particularidades morfológicas de tipo normal como, por ejemplo, peculiaridades del esqueleto (especialmente de la columna vertebral), características del rostro (su forma general, la implantación de cejas y cabello, surcos y pliegues cutáneos, formas de la nariz, de la boca, del mentón y de las orejas, conformación de las regiones orbiculares y de la cavidad bucal, incluso implantación dentaria, el color del iris y la distribución de su pigmentación), características de manos y pies y las medidas corporales y sus relaciones entre sí (índices).

Todas estas peculiaridades heredables son aprovechables ya sea aisladamente o en forma de combinaciones. Estas últimas son, no raras veces únicas y por consiguiente de gran va-

lor para la determinación positiva de la paternidad. Ha sido Essen-Müller quien se ha preocupado especialmente de dichas combinaciones y hasta ha ideado un procedimiento a base del cálculo de probabilidades que permite fijar su valor en cifras. En la práctica su procedimiento es muy útil para la determinación positiva de la paternidad, ha dado los mejores resultados aplicándolo a las características hematológicas. En cambio su aplicación a otras particularidades morfológicas ofrece todavía dificultades por carecerse de cifras exactas acerca de la frecuencia de muchas de dichas particularidades en las distintas poblaciones, y por encontrarse aún en duda las características genéticas de varias de estas particularidades; pues ellas no pueden ser simplemente dominantes o recesivas sino también determinadas en forma polimérica. Sin embargo, a pesar de esto el perito adiestrado y familiarizado con las pocas incertidumbres que quedan por remover se encuentra hoy día en condiciones de expedir prácticamente siempre una opinión sólidamente cimentada en hechos científicamente comprobados." (134)

Una vez que hemos visto en que consiste la prueba médica pericial, diremos que nuestra intención es que se dé mayor relevancia a tal prueba en los juicios de investigación de la paternidad; para que conjuntamente con el principio de prueba y otras pruebas que se hayan aportado en dichos juicios, el juez impute o no la paternidad al varón que se presuma como padre.

Tal vez en un juicio de investigación de la paternidad - nos presentemos con el problema de la oposición por parte del presunto padre, al examen biológico; veamos lo que nos dice - al respecto Gesche Müller:

"A medida que se está admitiendo la prueba biológica de la paternidad, el Derecho Positivo ha tenido que preocuparse de los medios jurídicos para llevarla a cabo. En efecto, toda prueba biológica significa la confrontación de caracteres biológicos entre demandante y demandado y supone que ambos se sometan físicamente a la misma.

"Ante la oposición a un examen biológico ordenado judicialmente se han seguido soluciones diversas. En algunos países como en Alemania, Austria y muchos estados de los Estados Unidos de Norteamérica el examen biológico ordenado por el juez puede cumplirse coercitivamente. El art. 372 del Código de Procedimiento Civil alemán vigente por ley de uniformidad judicial de 1950 establece lo siguiente: 'Siempre que fuere necesario, a efectos de la declaración de la ascendencia, tal como en los casos de los párrafos 1591 y 1717 del Código Civil, toda persona debe someterse a investigación y en especial a la extracción de la sangre para determinar sus grupos sanguíneos. Sólo podrá admitirse una negativa a sujetarse a dicha investigación por causas justificadas, no sirviéndole a tal efecto la alegación del sujeto que si se lleva a cabo la investigación cabe el peligro para él o para su familia de ser perseguido penalmente. Se deben interpretar analógicamente los párrafos 386 al 390; y también cabe, en los casos de reiterada e injustificada negativa, el acudir a la coerción inmediata y en especial a la comparecencia forzosa del sujeto, a-

efectos de llevar a cabo la referida investigación'.

"La doctrina alemana ha extendido la aplicación de esta disposición a todas las pruebas somáticas hereditarias.

"Se objeta este sistema señalando que atenta contra la libertad del hombre y la inviolabilidad de la persona. Irfa, además, contra el principio procesal de que ningún litigante debe ser constreñido a proporcionar a su adversario medios de prueba. Por ello en un segundo sistema el tribunal no puede imponer forzosamente un examen biológico, sino que debe usar de su facultad de apreciar las pruebas rendidas en el juicio, teniendo en cuenta especialmente la obligación de las partes de colaborar en el establecimiento de la verdad.

"El art. 118 del Código de Procedimiento Civil italiano dispone: 'El juez puede ordenar a las partes y a los terceros que se sujeten en sus personas o en los casos que estén en su poder, a las inspecciones que parezcan indispensables para conocer los hechos de la causa, siempre que ello pueda llevarse a efecto sin grave daño de la parte o del tercero y sin constreñimientos a violar uno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Si la parte rehusa obedecer tal resolución sin justo motivo, el juez puede extraer de tal negativa argumento probatorio de acuerdo con el art. 116, párrafo 2do. Si el tercero es el que rehusa, el juez lo condenará a una multa no superior a dos mil liras'. El art. 116, párrafo 2do. dice: 'El juez puede deducir argumentos probatorios de las respuestas que den las partes, etc., de su negativa injustificada a consentir inspecciones que por él fueron acordadas...'

"El art. 154 del anteproyecto del Código Civil francés contempla sobre esta materia la siguiente regla: 'Si una per-

'sona rehusa someterse a un examen pericial médico ordenado -- por la justicia a petición de una de las partes del juicio -- que no importa sino la aplicación de métodos conforme a la -- ciencia y sin peligro serio para el cuerpo humano, el juez -- puede tener por probados los hechos que el perito tenía por -- misión establecer'. " (135)

Como se ha podido observar en lo transcrito con anterioridad, vemos que no es imposible que nuestra legislación civil vigente, pudiese evolucionar como lo han hecho las europeas con respecto a la prueba médica-pericial; con la finalidad de que en juicios de investigación de la paternidad, los jueces que conozcan de los mismos, resuelvan con mayores elementos controversias en cuanto a la investigación de la paternidad.

Una vez que se ha logrado el reconocimiento, voluntaria -- mente por parte del progenitor o bien a través de una sentencia ejecutoria en un juicio de la investigación de la paternidad, de inmediato surgen efectos jurídicos entre padre e hijo, los cuales pasamos a estudiar a continuación.

3.5.- Efectos jurídicos del reconocimiento, ya sea voluntario o impuesto por sentencia judicial.

El efecto directo del reconocimiento es crear el lazo de la filiación entre progenitor e hijo. En forma explícita, el-

artículo 389 determina las consecuencias del reconocimiento:

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

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

II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan:

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fija la ley.

Con respecto a las consecuencias del reconocimiento, la maestra Sara Montero nos dice "...Curioso resulta que la enumeración específica que establece el artículo 389 del Código Civil, no la tenga la ley con respecto a los hijos de matrimonio, sino que las consecuencias genéricas de la filiación están dispersas en dicho Código.

"Con respecto al nombre y apellidos, no existe un capítulo lo que regule los mismos. Solamente en el Título Cuarto del Libro I que regula la institución del Registro Civil, expresa el Código que las Actas de Nacimiento deben contener "...El nombre y apellidos que le correspondan... (al registrado). -- Los apellidos que le correspondan los establece la costumbre, no la ley: primero el apellido paterno, después el materno, derivado este orden de la milenaria supremacía masculina.

"El derecho a recibir alimentos es recíproco entre padres e hijos y está regulado en el capítulo relativo a Alimentos (arts. 301 a 323).

"El derecho a percibir la porción hereditaria está determinada en el Libro Tercero del Código: 'De las Sucesiones' en

la parte relativa a la sucesión legítima. Establece el derecho a heredar en forma primorcial para los hijos y demás descendientes; mismo derecho de que disfrutaban los padres y demás ascendientes.

"Consecuencia indirecta del reconocimiento es el surgimiento de la patria potestad. En razón del lazo de la filiación surgido por el reconocimiento el progenitor obtendrá el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad.

"Cuestión diferente es la relativa a la custodia de los hijos. Si los dos progenitores reconocieron al hijo y viven juntos, comparten tanto la patria potestad como la custodia del hijo menor de edad. Si reconocen sucesivamente, tendrá la custodia el que primero reconoció. Si reconocen al mismo tiempo, pero viven separados convendrán cuál de los dos ejercerá la custodia y, en caso de desacuerdo, resolverá finalmente el Juez de lo Familiar, con comparecencia del Ministerio Público y de los propios interesados (art. 380)." (136).

CONCLUSIONES

1.- En sus orígenes sólo el parentesco por línea paterna contó en el Derecho Romano; es decir, el parentesco civil (agnatio) que podía ser al mismo tiempo parentesco de sangre --- (cognatio), pero que podía no serlo como en los casos de adopción y adrogación. Este parentesco era el único al que se le reconocían consecuencias de Derecho.

2.- Los términos mínimo de ciento ochenta y máximo de -- trescientos días, quedaron establecidos desde el Derecho Romano y son, desde entonces, los que sirven como base para presumir la gestación del hijo dentro de matrimonio.

3.- Los hijos en el Derecho Canónico pueden ser dentro - de matrimonio válido, legítimos o legitimados; y de los concebidos fuera de matrimonio, pueden ser naturales o espurios.

4.- En relación al establecimiento de la paternidad, el legislador canónico ha recogido la presunción que respecto de ella tenían los romanos: "Pater is est quem justae nuptiae de monstrant". Igualmente fija los plazos de la gestación en -- ciento ochenta días y trescientos, después de celebrado el matrimonio o de disuelto el mismo, respectivamente, para presumir a los hijos como legítimos.

5.- En Europa, tanto el Derecho Romano como el Germánico y el Español (éste último tuvo aplicación en México durante - la época colonial, principalmente a través de las Siete Partidas, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación), trataron con grande y lesiva discriminación a los hijos nacidos fuera de - matrimonio.

6.- Los Códigos Civiles mexicanos de 1870 y 1884 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, como leyes-secundarias se inspiraron ideológica y filosóficamente en la Constitución de 1857 la cual, de acuerdo con la doctrina imperante en la época, tenía una concepción típicamente individualista.

7.- Los movimientos políticos y el clima de violencia -- que prevaleció en nuestro País en la época en que se creó el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870, además de la influencia decidida de la cultura francesa que tenía entonces alcance universal, no propiciaron que México, apenas nacido a la vida independiente, modificara la concepción civilista tradicional; es decir, que el citado Código no fue original sino que acogió las ideas liberales e individualistas que campeaban con el Código Napoleón y que éste irradiaba universalmente.

8.- El Código Civil de 1884, también con vigencia en el Distrito Federal y Territorio de Baja California, se limitó -- en casi todos sus preceptos a reproducir las disposiciones correlativas del de 1870; esto es explicable, ya que entre la promulgación de uno y otro cuerpos de leyes, mediaron solamente escasos catorce años, en los que no se operaron cambios -- económicos, sociales e ideológicos notables, que hubieran reflejarse en el Derecho, como si sucedió más tarde con la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

9.- La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, introdujo las disposiciones progresistas y humanistas que acogería -- poco después el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, en materia de filiación.

10.- El Código Civil vigente en el Distrito Federal, en su artículo 385, prohíbe al hijo nacido fuera de matrimonio - investigar su filiación, cuando ello tenga por objeto atribuirse a una mujer casada, salvo que la maternidad se deduzca de una sentencia civil o criminal.

11.- El artículo 388 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, dispone que si los padres hubieran fallecido - durante la menor edad de los hijos, éstos pueden intentar la acción de investigación de su filiación, hasta cuatro años - después de su mayoría de edad; como se desprende de lo anterior, dicha acción prescribe, por lo que conveniente sería - que tal artículo se modificara estableciéndose que la investigación de la filiación sea imprescriptible.

12.- El artículo 382 del Ordenamiento antes mencionado - debería prescindir de referencias a conceptos penales, y admitir la acción de investigación de la paternidad en todo evento en que hubiera un principio de prueba o presunciones fundadas en la demostración de que existieron relaciones sexuales coincidentes con la época de la concepción, entre la madre y el pretendido padre.

13.- La amplitud y generalidad de la fracción IV del artículo 382 del Código Civil vigente, hace que en ella se comprendan las hipótesis de las tres fracciones anteriores, lo que convierte en inútil la inclusión de éstas y abre amplísimas posibilidades a la investigación de la paternidad.

14.- Para evitar confusiones en la interpretación de la norma consignada en la fracción II del artículo 389, sería -- conveniente modificarla en el sentido de que sólo diga: "El - hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho: II A percibir alimentos".

BIBLIOGRAFIA

- Arias José. "Manual de Derecho Romano". Editorial Guillermo - Draft. Buenos Aires, 1949.
- Bonfante Pedro. "Instituciones de Derecho Romano". Trad. por Luis Racci y Andrés Larrosa. Editorial Parma. Turín, 1902.
- Cicu Antonio. "Filiación". Trad. Faustino Jiménez Arnau y José Santa Cruz Teijeiro. Imprenta Helénica. Madrid, 1930.
- Colin Ambrosio y H. Capitan. "Curso Elemental de Derecho Civil". Tomo I. Trad. de la Revista General de la Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1952.
- De Coulanges Foustel. "La Ciudad Antigua". Editorial Nueva España, S.A., 1944.
- Declareuil J. "Roma y la organización del Derecho". Trad. por el Lic. José López Pérez. Editorial La Renaissance du livre. París, 1924.
- Díaz de Guijarro Enrique. "Tratado de Derecho de Familia". Tomo I. Tipográfica Editorial Argentina. Buenos Aires, 1953.
- Floris Margadant S. Guillermo "Derecho Privado Romano". Editorial Esfinge. México, 1960.
- Flores Barroeta Benjamín. "Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil". México, 1960.
- Gesche Müller. "La investigación de la paternidad ilegítima". Editada en el Departamento de Divulgación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción, 1967.
- Girard Paul Frederic. "Derecho Romano". Editorial Librería -- Nueva de Derecho y Jurisprudencia. París, 1913.
- Ibarrola Antonio. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
- Iglesias Juan. "Derecho Romano" Instituciones de Derecho Privado. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1982.

- Lehr Ernesto. "Tratado de Derecho Civil Germánico o Alemán".- Trad. por Don Domingo Alcalde Prieto. Leocadio López, editor. Madrid, 1878.
- Martínez Calcerrada Luis. "Discriminación de la filiación extramatrimonial". Editorial Montecorvo, S.A., Dr. Esquerdo, 47. Madrid-28, 1977.
- Mazeaud Henri, Leon y Jean. "Lecciones de Derecho Civil". Tomo III. Trad. por Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959.
- Montero Duhalt Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.
- Planiol Marcel y Ripert Georges. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo I. Trad. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr, Puebla, Pue. 1946.
- Petit Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Trad. José Fernández González, Editora Nacional. México, 1958.
- Rojina Villegas Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Derecho de Familia, Tomo II, 5a. ed. Editorial Porrúa, S.A., México, -1980.
- Sánchez Román Felipe. "Derecho Civil". Tomo II Madrid.
- Valverde y Valverde Calixto. "Tratado de Derecho Civil España--Hol". Tomo IV. Talleres Tipográficos "Cuesta". Valladolid, España, 1962.
- Von Mayer Roberto. "Historia del Derecho Romano". Trad. Prof. Wenceslao Roces.

LEGISLACION:

- Las Siete Partidas, Glosadas por Gregorio López, T. II, reimpreso en Perpiñan por D.J. Alzine, año 1831. Partida Cuarta.
- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, Ediciones Andrade, - México, 1964.

Código de Derecho Canónico. Miguelez Domínguez Lorenzo. Biblioteca de autores cristianos. Madrid. MCMXLVLL.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Tipográfica de J.M. Ahilar Ortíz, México, 1872.

Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Baja California y Tepic, Editorial Librería de la Vda. de Ch. Bouret, México, 1902.

Código Civil para el Distrito Federal de 1928 (Vigente desde 1932), Editorial Porrúa, S.A., 1982.

Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.