

517.
28j



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**"LIMITACIONES A LA INVESTIGACION
DE LA PATERNIDAD"**



**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;**

MARTIN JUAN MORALES LEDESMA



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE.

	Página
INTRODUCCION	1
CAPITULO I.- GENERALIDADES E IMPORTANCIA DE LA FILIACION.	3
1.- Concepto.	4
1.1.-Definiciones.	5
1.2.- Clases de filiación.	7
1.2.1.- Filiación matrimonial.	7
1.2.2.- Certeza de la paternidad derivada del matrimonio.	8
1.2.3.- Consecuencias jurídicas de la filiación.	9
1.2.4.- Acciones relativas a la filiación matrimonial.	11
1.2.4.1.- El tutor del marido.	20
1.2.4.2.- Herederos del marido.	20
1.2.4.3.- Persona a quien perjudique la filiación.	21
1.2.5.- Pruebas de la filiación matrimonial.	22
1.2.5.1.- Las actas del Registro Civil.	22
1.2.5.2.- Posesión de estado.	23
1.2.6.- Acciones de reclamación de estado de hijo de matrimonio.	25
1.2.6.1.- Sujetos que pueden reclamar la acción de estado de hijo de matrimonio.	25
a) El hijo o sus descendientes.	25
b) Los demás herederos del hijo.	26
c) Los acreedores, legatarios y donatarios del hijo.	26
1.3.- Filiación extramatrimonial.	27
1.3.1.- Concepto.	27
1.3.2.- Generalidades.	27
1.4.- Filiación Adoptiva.	28
1.4.1.- Concepto.	28
1.4.2.- Naturaleza jurídica.	29
1.4.3.- Características de la adopción.	30
1.4.4.- Requisitos de la adopción.	32
1.4.4.1.- Requisitos del acto de adopción.	32
1.4.5.- Procedimiento de adopción.	33

	Pagina
1.4.6.- Efectos de la adopción.	33
1.4.7.- Extinción de la adopción.	34
a) Extinción por impugnación.	35
b) Extinción por revocación unilateral del adoptante.	35
c) Extinción por revocación bilateral.	36
1.4.8.- Procedimiento de revocación de la adopción.	36
CAPITULO II. INVESTIGACION DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.	37
2.- Concepto.	38
2.1.- Requisitos sustanciales para el reconocimiento.	38
2.1.1.- Requisitos para el reconocimiento.	38
2.1.2.- Formas del reconocimiento.	41
2.1.3.- Características del reconocimiento.	43
2.1.4.- Nulidad del reconocimiento.	43
2.1.5.- Impugnación del reconocimiento.	44
2.1.6.- Irrevocabilidad del reconocimiento.	44
2.1.7.- Formas mediante las cuales se puede llevar a cabo el reconocimiento.	45
a) En la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil.	47
b) Por acta especial ante el mismo juez.	47
c) Por escritura pública.	48
d) Por testamento.	48
e) Por confesión judicial.	48
2.1.8.- Efectos del reconocimiento.	48
2.2.- Procedimiento de investigación.	52
2.2.1.- Investigación de la paternidad.	52
2.2.2.- Justificación de la investigación de la paternidad.	53
2.2.3.- Concepto de investigación de la paternidad.	54
2.2.4.- Investigación de la maternidad.	56
2.2.5.- Procedimiento de investigación.	56
2.2.6.- Medios probatorios.	57
2.3.- Legitimación.	58
	59

	Página
2.4.- Investigación de la paternidad en el Código Civil vigente para el Distrito Federal.	
CAPITULO III. SUPUESTAS LIMITACIONES DE LA LEY EN LA FILIACION	61
EXTRAMATRIMONIAL.	
3.- Investigación de la paternidad en el Código Civil vigente para el Distrito Federal.	61
3.1.- Crítica al Código Civil para el Distrito Federal de 1928 en materia de investigación de la paternidad.	61
3.2.- Libertad para la investigación de la paternidad en nuestro derecho.	63
3.3.- Medios de investigación de la paternidad que ofrecen las ciencias biológicas en la actualidad.	66
3.3.1.- Los medios biológicos de investigación de la paternidad.	66
3.3.2.- La fecundación y la gestación humana.	66
3.3.3.- Duración del embarazo que termina con el nacimiento de un niño viable.	66
3.3.4.- Estudios antro-heredo-biológico.	67
3.3.5.- Procedimiento actualmente en uso.	68
a) Procedimiento de evolución.	69
b) Determinación positiva de la paternidad.	69
3.3.6.- Consecuencias del reconocimiento.	70
CAPITULO IV. CONVENENCIAS A LA REFORMA DEL ARTICULO 382.	75
CONCLUSIONES.	75
BIBLIOGRAFIA.	76
	79

INTRODUCCION

En nuestra sociedad como en muchas otras, se ha considerado al matrimonio como la forma legal y socialmente aceptada para establecer las relaciones sexuales, pero en la actualidad ésta tradición empieza a romperse, debido a que hoy día es mayor el número de parejas que unen sus vidas sin estar sujetas al vínculo matrimonial; aún cuando el matrimonio es la institución que otorga seguridad jurídica, a la pareja y en forma especial a sus hijos. La maternidad es un hecho indubitable y en cambio la paternidad es sólo una presunción jurídica que surge con certeza dentro del matrimonio.

El problema se da cuando dentro de la sociedad existen muchas parejas que procrean sin estar casadas y los hijos nacidos de ellas no traen en su favor la certeza de la paternidad puesto que la madre no tiene un marido a quien se le pueda atribuir el papel de padre legalmente.

Otro de los problemas es cuando nace un hijo de una mujer no casada y no existen las bases jurídicas para determinar la paternidad a un determinado varón, lo que si ocurre en el matrimonio ya que al marido la ley le atribuye la certeza de la paternidad.

¿Cómo se puede establecer en estos casos la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio?

Con la realización de este trabajo explicaré las formas que nuestro derecho civil vigente establece para determinar la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

El trabajo se dividió en cuatro capítulos, a saber: las clases de filiación, la investigación de la filiación extramatrimonial, las supuestas limitaciones de la filiación extramatrimonial y las conveniencias de la reforma que sugiero del artículo 382 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

En el primer capítulo explico las clases de filiación que regula nuestro derecho. El segundo capítulo se refiere al estudio de la filiación extramatrimonial. En el tercer capítulo

expongo las supuestas limitaciones de la ley en la filiación extramatrimonial. Y por último analizo las fracciones del artículo 382 del Código Civil vigente.

CAPITULO I . GENERALIDADES E IMPORTANCIA DE LA FILIACION.

"La familia es el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer.

Todos los seres vivos son impulsados por dos instintos fundamentales: la conservación y la reproducción. Los humanos, como seres vivos bisexuados, cumplen con el instinto de reproducción y crean con ello a la familia, la célula social. De la unión sexual de hombre-mujer surge la procreación, los hijos.

Consecuentemente, son dos los factores de carácter biológico que crean la familia, a saber: (primero)la unión sexual y (segundo)la procreación.

El segundo dato biológico que configura el derecho de familia es la procreación. La regulación de este fenómeno natural lo establece el derecho a través de la institución llamada 'filiación'.

De todas las instituciones que configura el derecho de familia, ninguna revista, o debiera tener, la gran importancia y trascendencia de la filiación".¹

" La procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho que nadie podrá desconocer. Por eso se afirma que la filiación en este sentido existe siempre en todos los individuos. Siempre y fatalmente, se es hijo de un padre y una madre, como la ley biológica inexorable.

El derecho, sin embargo, no extrae siempre un efecto jurídico de ese acontecimiento por lo difícil que es comprobar tanto la paternidad como la maternidad, sobre todo la primera; por que aún comprobada, los efectos son diversos según el antecedente de la unión entre los padres, distinguiéndose fundamentalmente si están o no ligados por el matrimonio, hecho previo que adquiere carácter esencial".²

1 Montero Duhal, Sara. Derecho de familia. Edic. 1a. Edit. Porrúa. México, 1984. Pp.2,285.
2 Osando Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Edic. 8a. Edit. Porrúa. México, 1982. P. 617.

* No existe mayor responsabilidad para los seres humanos, que el traer hijos al mundo. Nadie pide nacer, y si la vida se convierte para los que a éste planeta llegan, en una iluminada maravilla, o en una tenebrosa desgracia, depende en fundamental medida, de la conducta de los progenitores con sus hijos.

Lo primordial para la vida humana es recibir el don del amor, pues con él llegan todos los demás bienes en forma espontánea y gozosa otorgada a quienes aman. Mas, desafortunadamente el derecho solamente reguló la conducta humana externa, nunca los sentimientos. El derecho impone y determina en la filiación, solamente los deberes que pueden exigirse coercitivamente como el sustento material del hijo y, aunque declara también el cumplimiento de ciertas normas éticas, la observancia de las mismas escapa a su poder. La ley es inoperante para obligar a los sujetos a ser padres e hijos buenos y amorosos.³

1.-CONCEPTO DE FILIACION.

El término "filiación" significa, etimológicamente en el antiguo latín "...filio,- onis, de filius, hijo".⁴

* Concepto general de filiación.- Surge de la procreación de un lazo natural: la generación, que traducida al plano jurídico, da lugar a un instituto que delimita con particulares contornos las relaciones entre los procreantes y procreados. Este instituto es la filiación, de subida transcendencia, dado que regulariza el estado civil del agregado humano que integra el cuerpo político".⁵

* Concepto de filiación.- Es la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o madre de la otra. (es la relación que existe entre el padre y el hijo)".⁶

3 Montero Duhal. S. Op. Cit., P. 288

4 Diccionario De La Lengua Española. Real Academia Española. Edic. 10a. Madrid, 1970. P. 618.

5 Puig. Peña, Federico. Compendio De Derecho Civil. T. V. Edic. 3a. Edit. Ediciones Pirámide, Madrid, 1978 P. 377

6 Bonarriva Undurraga, Manuel. Derecho De Familia. Edic. 3a Edit. Nascimento. Chile, 1983. P. 391

Para la maestra Sara Montero "filación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre hijo o hija".⁷

Continúa diciendo... "Este concepto amplio de filación toma los nombres específicos de paternidad, maternidad o filación en sentido estricto, en razón de la persona a quien se refiere en un determinado momento esta relación. Así, se llama maternidad a la relación de la madre respecto a su hijo o hija; paternidad, la relación del padre con su hija o hijo, y estrictamente filación cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija respecto a su madre o a su padre.

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

LA PATERNIDAD.- Es siempre una presunción jurídica *juris tantum*. Admite prueba en contrario. Surge con certeza relativa dentro del matrimonio. *Pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*, el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre. La paternidad habida fuera de matrimonio es incierta por parte del padre o por sentencia que así lo declare en un juicio de investigación de la paternidad".⁸

1.1.- DEFINICIONES.

Filación.- Relación de parentesco existente entre la prole y sus progenitores. Señas personales de un sujeto".⁹

Para Demolombe, "la filación es el estado de una persona considerada como el hijo, en sus relaciones con su padre o madre".¹⁰

7 Montero Duñat, S. Op. Cit. P. 288.

8 Idem, P. 287.

9 De Pina, Fedral. Diccionario de derecho. Edic. 9a. Edit. Porrúa. México, 1980. P.56.

10 Enciclopedia Jurídica Ombro. T. XII. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, P. 208.

Para Planiol, "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 a tomado un sentido más estrecho y se extiende exclusivamente a la relación inmediata del padre o la madre con el hijo. Esta precisión se justifica porque esa relación se produce idénticamente 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 serie de grado".¹¹

Joaquín Escriche define a la filiación como "La descendencia de padres á hijos; ó bien, la calidad que uno tiene de hijo respecto á otra persona que es su padre o madre".¹²

Filiación.- Relación o parentesco paterno- filial, que puede ser legítima o ilegítima, según los hijos nacieran o no de padre y madre unidos en matrimonio".¹³

Puig Peña Federico, nos define a la filiación como la "relación o unión paterno-filial como aquel estado jurídico que la ley asigna a determina persona, deduciendo de la relación natural de procreación que la liga con un tercero..."¹⁴

Para el maestro Rojas Villegas la " filiación en sentido amplio y en sentido restringido. El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de ésta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc., Además de éste sentido

11 Planiol Marcel. Y Ripert. Tratado Elemental De derecho Civil. Traduc. Por José María Cajos Jr. T. IV. Edic. 12a. Edit. Cajos Jr. Puerto. Pao. México, 1942. P. 110.

12 Escriche Joaquín. Elencionario Razonado De Legislación y Jurisprudencia. Edit. Librería de la viuda de Ch. Bouret. Bouret. México, 1882. P.

13 Ferrández De León, Gonzalo. Diccionario de derecho Romano. Edit. Bos. Buenos Aires, 1882.

14 Puig Peña, F. Op. CILP. 378.

amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.¹⁵

1.2.- CLASES DE FILIACION.

En nuestro derecho civil la filiación se clasifica en matrimonial, extramatrimonial y adoptiva, cada una de estas se establece o se constituye de forma diferente, y cuando se ha dado origen a la relación jurídica entre el progenitor y el hijo, las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos, ya que en nuestro derecho no existe discriminación para los hijos, a pesar de su relación entre ellos, lo que si va a diferenciar es la forma de establecer la filiación.

1.2.1.- FILIACION MATRIMONIAL.

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 afirma 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 ".

El maestro Rojas Villegas manifiesta: al respecto que "...En nuestro derecho requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres, y no simplemente nazca durante el matrimonio porque no pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio. Veremos que éste hijo puede ser considerado, 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

15 Rojas Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. 7. Vol. II. Edic. 4a. Edic. Porrúa. México, 1975. P. 991.

gozar de los derechos de la legitimación, que otorgan a los hijos concebidos dentro del matrimonio de los padres.

Por la misma razón, el hijo legítimo puede nacer cuando 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".¹⁶

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 esté unida 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 de matrimonio ".

La filiación no es origen del nacimiento, sino de la concepción.

" El hijo que nace de pareja unida de matrimonio tiene a su favor no sólo la certeza plena de su filiación materna, sino la paternidad 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 de los cónyuges tienen derechos y deberes recíprocos, entre ellos la fidelidad, entendida por 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 el crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo".¹⁷

1.2.2.- CERTEZA DE LA PATERNIDAD DERIVADA DEL MATRIMONIO.

Tendrá la certeza de paternidad a su favor el hijo de su 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 los trescientos días posteriores

16 Mem. Pp. 922, 923.

17 Mem. P 922.

a la disolución del mismo por muerte del marido, nulidad del matrimonio o divorcio (artículo 324 del Código Civil).

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 (artículo 325 del Código Civil):

Al establecer el artículo 324... "Se presumen hijos de los cónyuges..." debemos tener presente que la "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".

El legislador, como vemos, no se detuvo en las presunciones legales relativas a los hijos de matrimonio sino que extendió a los hijos de concubinato, pues tuvo que reconocer que hay entre nosotros y sobre todo en las clases populares una manera peculiar 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 para el orden judicial.

1.2.3.-CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA FILIACION.

"La filiación es una forma de parentesco, el más cercano en grado. Es parentesco en línea recta ascendente o descendente en primer grado. Es el único parentesco en

primer grado que recoge el derecho. Las consecuencias jurídicas genéricas son las de todo parentesco, a saber: derecho-deber de alimentos, sucesión legítima, tutela legítima y determinadas prohibiciones, así como la configuración de ciertos delitos, y atenuantes y agravantes en materia penal.

El parentesco de filiación tiene ciertas consecuencias particulares, cuales son: derecho al nombre (padres e hijos llevan el mismo apellido), la patria potestad y ciertos y particulares delitos como el infanticidio y el parricidio.

Los plazos legales se fijan en razón de los datos que proporciona la naturaleza. Un ser humano tarda en su gestación normal doscientos sesenta 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 llegando 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, 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.¹⁸

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

18. Montero Duhal, S. Op. Cit. Pp. 288, 289.

La filiación se determina 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 se celebre el matrimonio antes de transcurridos trescientos días a partir de la disolución del primero.

El legislador previo 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:

- a) Se presume que el hijo es del primer matrimonio, si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;
- b) 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
- c) 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.

1.2.4.- ACCIONES RELATIVAS A LA FILIACION MATRIMONIAL.

* Estas acciones son dos, en razón de los dos sujetos relacionados con el lazo de 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. Además 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 desconocimiento o contradicción de la paternidad, la del hijo toma el nombre de acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio".¹⁹

* Se llama desconocimiento, al acto cuyo objeto es destruir la presunción de paternidad establecida contra el marido, en los casos de que éste no pueda ser el padre del hijo.

Compréndase el término desconocimiento cuando el hijo es desconocido por el marido; mucho menos exacto es cuando son los herederos del marido los que, después de la muerte de éste discuten la filiación del hijo, hablando propiamente, los herederos del marido nada tienen que reconocer o desconocer. Sin embargo, el artículo 318 emplea el término desconocimiento para designar la acción intentada por los herederos del marido.²⁰

El maestro Rojas Villegas comenta que la ley argumenta que clase de pruebas deben rendir y en que forma se tenga que intentar el desconocimiento de la paternidad, pues el precepto en términos generales, sólo dice que las cuestiones de 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. Por consiguiente, sólo será necesaria la acción contradictoria de la paternidad para destruir una situación creada de manera legal en favor de ese pretendido hijo del ex-marido, y esto generalmente ocurrirá en los casos, de herencia.²¹

* Condición para la admisibilidad del desconocimiento. Para que un hijo pueda ser desconocido, es necesario que haya nacido viable. Si nace no viable o muerto, se considera que nunca ha existido; no procede desconocerlo, puesto que no existe. El desconocimiento sería un escándalo inútil, produciendo como único resultado la deshonra de la madre.

19

Loc Cit.

20

Planell Marsal y Pipert. Op. Cit. P. 140.

21

Rojas Villegas, R. Op. Cit. P. 632.

La ley establece esta condición respecto a un caso particular de desconocimiento (artículo 313-3). A pesar del alcance limitado del texto legal, es indudable que su disposición debe extenderse a todos los demás casos, por hallarse de acuerdo con los principios generales.

Por una consecuencia necesaria de esta regla, debe decirse que la acción de desconocimiento no puede intentarse antes del nacimiento del hijo; aún no se sabe si nacerá vivo o viable; es preciso esperar este acontecimiento, y cuando el hijo haya nacido únicamente es aplicable el interés del propio hijo.²²

Conforme a nuestro artículo 337 del Código Civil " Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

Para la maestra Sara Montero... " 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 del 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 casos limitados casos, los herederos y los terceros perjudicados por la filiación".²³

Es muy importante e 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 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

22 Planes Miraval y Ripert. Op. Cit. Pp. 142,143.
23 Montero Duñat.S. Op. Cit. P. 270.

Civil vigente que permite discutir la legitimidad de un hijo nacido 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 de 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.²⁴

El desconocimiento supone que el hijo está provisto de un título que prueba su filiación materna y que es oponible al marido.

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

* 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 el artículo 324 fracción I del Código Civil), ya que los esposos hubieran sido dispensados por una sentencia de la obligación del domicilio común.²⁵

Para nuestro derecho civil en su artículo 327.

24 Mazaufil, Henri y Cros. Lecciones de Derecho Civil. Traduc. Luis Alzola-Zamora y Castillo. T. III. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1989. P. 371.

25 Celán, Américo y Capitant. Curso elemental de derecho civil. Traduc. Por la Redacción De la Revista General De La Legislación y Jurisprudencia. T. I. Edic. 3a. Edit. Reus. Madrid, 1982. P. 674.

El fundamento legal para efectuar un desconocimiento lo encontramos en los artículos 325, 327 y 345 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Los sujetos que pueden ejercer dichas acciones, conforme a los artículos 329, 330, 331 y 332 del Código Civil, respecto de las acciones de desconocimiento o contradicción de la paternidad son:

a) El marido, en las tres circunstancias, en las que puede desconocer al hijo nacido de su mujer son: 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 los trescientos días contados a partir de la autorización judicial de separación en esos casos de nulidad de matrimonio o de divorcio; 3.-Si nace durante la vigencia del matrimonio en excepcionales casos.

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

La maestra Sara Montero establece que ... " Cuando el marido tiene plena certeza de no haber tenido relaciones prematrimoniales con su esposa y además ignoraba el estado de gravidez de la misma al casarse, puede desconocer al hijo, basado en la certidumbre de que ese hijo no es suyo, y en la conducta desleal de su consorte al haberle ocultado su estado. En estas circunstancias, el derecho protege al marido permitiéndole desconocer a quien realmente no es su hijo. Para que pueda ejercer la acción de desconocimiento se requiere que se concurren las circunstancias señaladas en el artículo 329 que a la letra dice:

"Artículo.- 329.- El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

1.-Si se probare que supo antes de casarse de 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.

De acuerdo con la primera fracción el individuo, está enterado de que la mujer con la que se va a casar está embarazada y que no es producto de sus relaciones sexuales, el acto 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. Como ofrece realmente dificultad probar este hecho, para mayor certeza jurídica es requiere un principio de prueba por escrito.

* Parece exagerado el rigor de la ley en la fracción primera del artículo de referencia, en el sentido de que se requiere un principio de prueba por escrito para demostrar que el marido sabe 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 325²⁶

Las fracciones II y III no ofrecen dudas, porque son casos de reconocimiento de 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 comenta la maestra Sara Montero... "Debiere permitirse también el reconocimiento tácito que consiste en hechos y actos que lo presupongan o que autoricen para presumirlo (texto del artículo 1803 del Código Civil)".²⁷

26 Montero Duhalde, S. Op. Cit. P. 271.
27 Civ. Lec. CIL.

Y con respecto a la última fracción no cabe duda de lo que determinó al legislador a considerarla no fue otra cosa sino el principio de economía de los procesos ya que si no nació 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 los trescientos días posteriores a la declaración judicial de separación de los cónyuges.

El plazo de los trescientos días a partir de la disolución del matrimonio que fija la ley para imputar la paternidad cierta se cuenta 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 los trescientos días de la separación judicial, pero dentro de los trescientos días posteriores a la disolución legal del matrimonio por sentencia que cause ejecutoria, tiene todavía la certeza de paternidad en razón de que su madre estaba casada en la época en el 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 comentar la maestra Sara Montero "...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 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 el derecho de

desconocer al hijo, también tiene el derecho a sostener la paternidad del marido, tanto la mujer como el propio hijo".²⁸

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

Estos plazos ya comentados 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 ya señalados, 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 de que el nacimiento se le haya ocultado, o que se demuestre que en los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

La maestra Sara Montero manifiesta que: " Los dos artículos transcritos tienen el mismo supuesto: que la esposa tenga un hijo dentro de los plazos legales para reputar la paternidad al marido, y que el propio marido no pudo ser el que la engendró al hijo por no haber relación sexual con su esposa en la época en la 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 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 estos supuestos?». ²⁹

En todos los casos señalados, en que el marido tenga el derecho a contradecir que el hijo que nació es 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 fraude, si se le ocultó el nacimiento (art.330 del Código Civil).

Ya analizando el artículo 328 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 de 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 Rojas Villegas señala al respecto 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 de plano durante toda la época que la ley considera como plazo máximo de gestación, o sea diez meses ". ³⁰

Con respecto a lo mencionado, no basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido, mientras que éste viva, únicamente podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio, como lo establece el artículo 345 del Código Civil.

29 Lec. Cit.
30 Rojas Villegas, R. Op. Cit. P. 285.

1.2.4.1.- EL TUTOR DEL MARIDO.

Será el tutor el que puede 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.

* Lo curioso del caso consiste en que, uno de los cónyuges requiere tutor por ser incapacitado, la tutela legítima recaerá en el otro cónyuge. Si el marido es el incapacitado, ser tutor 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 la acción. Resulta absurdo suponer que sea la madre la que demande el desconocimiento de su propio hijo.³¹

Si el tutor no ejerciera la acción de desconocimiento, podrá hacerlo el marido, cuando haya salido de su incapacidad, pero siempre en el 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 civil. 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 explica en seguida:

1.2.4.2.- LOS HEREDEROS DEL MARIDO.

Pueden ejercitar la acción de desconocimiento de paternidad 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 como lo establece el 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

31 Montero Duhal, S. Op. Cit. P. 273.

el marido estaba privado de razón cuando nació el hijo, y murió cuando no la había recobrado, como lo establece el artículo 333 del Código Civil.

* En la doctrina 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 legitimidad, pues se supone que la paternidad del hijo no se discute y que el litigio únicamente se ha provocado sobre su legitimidad o legitimidad".³²

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, en su artículo 333 antes referido. Sin embargo, considero que la razón del legislador, 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.

1.2.4.3.- PERSONA A QUIEN PERJUDIQUE LA FILIACION.

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" como lo establece el artículo 329 del Código Civil.

Por último el desconocimiento de un hijo de parte del marido o de sus herederos, manifiesta 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, de acuerdo como lo establece el artículo 336 del

32 Peniel, Mares y Ripert. Op. Cit. P. 142.

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.

1.2.5.- PRUEBAS DE LA FILIACION 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 de la filiación y el parentesco consanguíneo de otros grados, tras consigo. De allí la necesidad y la importancia de la institución del Registro Civil mediante la cual se hace constar la personalidad jurídica y el estado civil de la persona física.³³

No hay diferencia fundamental en cuanto a la persona, entre la maternidad y la paternidad matrimonial. Los hermanos Mazeaud dicen al respecto: "la maternidad legítima y la paternidad legítima son, indivisibles es decir, no cabe ser hijo legítimo del marido de esa mujer, sin ser por eso hijo legítimo del marido de esa mujer. Esa indivisibilidad de la filiación legítima combinada de la presunción "pateris est..." tiene dos consecuencias: la primera, desde el instante que el hijo prueba que es hijo de tal mujer casada, establece su filiación legítima en sus elementos (maternidad y paternidad). Segunda, desde el momento que el marido destruye la presunción "pateris est...", toda la filiación legítima del hijo desaparece. Sin duda su vínculo de filiación con su madre subsiste, pero no es vínculo de filiación legítima: es un vínculo de filiación natural".³⁴

1.2.5.1.- LAS ACTAS DEL REGISTRO CIVIL.

Nuestro Código Civil, 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".

33. Mazeaud, Duhat, S. Op. Cit. P. 274.

34. Mazeaud, Henri y otros. Op. Cit. P. 286.

* 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 autoriza la ley 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".³⁵

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 admitir de otra clase, de acuerdo a lo que establece el artículo 341 del Código civil.

1.2.5.2.- POSESION DE ESTADO.

* La posesión de estado.- Se dice que una persona se haya en posesión de estado, cuando ostenta públicamente de una manera regular y constante, un estado civil (estado de hijo) que puede o no coincidir con el que jurídicamente le pertenece".³⁶

El artículo 343 del Código Civil establece: la posesión de estado de hijo de matrimonio, quedará probada;

I.- Si el hijo a llevado el nombre del presunto padre con anuencia de éste;

II.- Que el padre lo haya tratado como a un hijo nacido en su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;

III.- Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 351.

La posesión de estado es muy importante para la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. El artículo 352 en su fracción II del Código Civil permite la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, cuando el hijo se encuentra en posesión de estado del presunto padre. " Son tres los elementos

³⁵ Mariano Duhal, S. Op. Cit. P. 275.
³⁶ Gerardo García I. Op. Cit. P. 377.

que caracterizan la posesión de estado: el uso del nombre; el trato de hijo que da el presunto padre a la persona de que se trate y el conocimiento que tiene de la sociedad públicamente, de que se trata de un hijo del presunto padre (*nomen, tractus y fama*).³⁷

" La fuerza aprobatoria atribuida a la posesión de estado descansa en la confesión que hacen los esposos de quienes se 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 a la familia y a la sociedad".³⁸

" La posesión de estado es una prueba completa de la filiación, en caso de conflicto entre el acta y la posesión de estado, no se toma en consideración ésta última, debido a la fe del título, al menos provisionalmente mientras que el hijo o terceros aporten prueba en contrario".³⁹

El artículo 341 se refiere a las pruebas de filiación matrimonial sigue diciendo: "...En efecto 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 los hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión". Los principios de prueba escrita de que habla el Código Civil en el artículo 341 para la prueba testimonial, pueden ser de dos clases: elocuentes y hechos materiales o indicios.

El legislador ha previsto en el artículo 342 del citado Código de referencia, una situación que se ha presentado con cierta regularidad en nuestro país, por la destrucción de los registros a causa de las convulsiones sociales sufridas a principio del siglo así también por causas de fuerza mayor, como por ejemplo los terremotos que sufrimos recientemente y que por suerte en este caso dicha Institución no fue destruida; pues bien la destrucción de los registros trae consigo la imposibilidad de probar el matrimonio con

37

Idem. P. 379.

38

Cólin-Antónasio y Capitant. Op. Cit. P. 555.

39

Planol, Marcel y Ripert. Op. Cit., p. 128.

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 por enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a los hijos haber nacido de matrimonio por la sola falta de 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, se demuestre la filiación y ésta no se encuentre contradicha por el acta de nacimiento.

1.2.6.- ACCIONES DE RECLAMACION 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.⁴⁰*

1.2.6.1.- SUJETOS QUE PUEDEN EJERCER LA ACCION DE RECLAMACION 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.⁴¹*

a) El hijo o sus descendientes.

La acción que compete al hijo para reclamar su estado, es imprescriptible para él y sus descendientes de acuerdo con el 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 352 del Código Civil.

40 Montero Duhal, S. Op. Cit., p.276.
41 Lec. Cit.

b) Los demás herederos del hijo.

Podrán intentar la reclamación de estado de hijo de matrimonio, si éste murió antes de cumplir veintidos años o si cayó en demencia antes de llegar a esa edad, y murió después en el mismo estado de acuerdo con el artículo 348 del Código civil. 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 él, 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 veintidos años en estado de plena capacidad jurídica.

Los demás herederos no podrán continuar la acción intentada por el hijo a no ser de que éste se hubiera desistido formalmente de ella, o nada hubiera promovido judicialmente durante un año, contando desde la última diligencia. También podrán contestar toda demanda que tenga por objeto lo dispuesto por el artículo 349 del Código Civil.

c) 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.

A 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.

1.3.- FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.

1.3.1.-CONCEPTO.

Concepto.- La filiación extramatrimonial.-"Es la relación jurídica entre el 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.

1.3.2.-GENERALIDADES.

Generalidades.- Tradicionalmente se ha considerado al matrimonio, como la forma legal, ética y socialmente aceptada de establecer relaciones sexuales. La tradición, sin embargo, empieza a resquebrajarse. En los tiempos actuales, cada día es mayor el número de parejas de jóvenes que unen sus vidas sin sujetarse al vínculo matrimonial.

No obstante, sigue siendo el matrimonio la institución que otorga seguridad jurídica, tanto a los miembros de la pareja como, y muy especialmente, a sus hijos. La maternidad es un hecho indubitable, la paternidad es sólo una presunción jurídica que surge con certeza dentro del matrimonio. Quizá sea esta presunción de paternidad surgida del matrimonio la razón y más sólida justificación de la existencia de la institución.

Cierto es que una pareja bien avenida, en que ambos componentes son personas con autosuficiencia económica y con equilibrio y madurez emocional, que deciden compartir su existencia y procrear, el matrimonio no les es indispensable, puesto que viven su propia ética manifestada en una relación estable, armoniosa y gratificante, y en cuanto llegan los hijos, los reconocen ambos con el acta de nacimiento. Son una familia bien integrada, aunque su origen se haya establecido sin la patente jurídica. Mas este caso es excepción.

La mayor parte de los seres humanos, sobre todo en sus relaciones como pareja, no tienen las características señaladas de preparación cultural, suficiencia económica individual, estabilidad emocional y sentido ético y responsable de su propia conducta para sí y en su relación con los demás. De allí que el inicio de sus relaciones como fundadores

de una familia, debe ir acompañado de la formalidad matrimonial que de alguna manera los puede constreñir, en un momento dado, al cumplimiento de sus obligaciones entre sí y respecto a sus hijos. Además, que la fuerza de tradición, que impete a comportarse de la manera que la sociedad establece como la conducta debida, es determinante en la toma de decisiones. La gente normalmente se casa y, al procrear, sus hijos surgen con filiación paterna cierta: el marido de la madre es el padre.

Esta forma general de comportarse de las mayorías dentro de una sociedad, tiene sus frecuentes excepciones: muchas parejas procrean sin estar casadas. Los hijos nacidos de ellos no traen a su favor la certeza de paternidad puesto que su madre no tiene un marido legal a quien se le pueda atribuir el papel de padre. ¿Cómo se establece en estos casos la filiación? El derecho provee los medios necesarios: mediante el reconocimiento que uno o ambos progenitores realicen con respecto a su hijo, o a través de una sentencia en que se atribuya forzosamente la paternidad a determinado varón, después de que el juez acepte las pruebas ofrecidas en un juicio de investigación de la paternidad.

Las formas de establecer la filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio son dos: El reconocimiento voluntario y la imputación de paternidad a través del juicio de investigación respectivo.⁴²

1.4.- FILIACION ADOPTIVA.

1.4.1.- CONCEPTO.

CONCEPTO.-“Es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo”.⁴³

42 Idem. pp. 302 y 303.

43 Idem. p. 320.

CONCEPTO.- "Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación, con un menor de edad o un inspeccionado".⁴⁴

CONCEPTO.- "La adopción es un acto jurídico que crea, entre el adoptante y adoptado, un vínculo de parentesco civil del que se deriven relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resulten de la paternidad y filiación legítimas".⁴⁵

1.4.2.- NATURALEZA JURIDICA.

"La adopción solamente ocurre como acto jurídico, es decir, requieren forzosamente *sine que non*, de la expresión de voluntad de los sujetos que van a recibir sus consecuencias.

La adopción, es un acto jurídico; un acto jurídico en el que confluyen varias voluntades: la del adoptante primordialmente, la de los representantes legales del adoptado (la persona del adoptado es en casi todas las legislaciones un incapaz de ejercicio) en ciertos casos precisa también la voluntad de adoptado (en nuestro derecho cuando el menor de edad es mayor de catorce años) y de la voluntad de la autoridad que decreta la adopción. La adopción es por ello, un acto jurídico plurilateral de carácter mixto pues en él intervienen tanto particulares como representantes del estado".⁴⁶

Para el maestro Rojas Villegas "El parentesco por adopción resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y para algunos autores constituye un contrato. Por virtud del mismo se crean entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo. Tal como se encuentra regulada esta institución en los artículos 360 a 410 del Código Civil, se desprende que la misma nace de un acto jurídico de carácter mixto en el que concurren las siguientes personas:

⁴⁴ Galindo Guillen, I. Op. Cit., p. 692.

⁴⁵ Castán Toboñas, José. Derecho civil español común y foral. T.I. Vol. 1. Edic. 4a. Edit. Reus. Madrid, 1936. p. 272.

⁴⁶ Navarro Duñast, S. Op. Cit., pp. 369 y 374.

1. Los que ejercen la patria potestad o tutela de la persona que se trata de adoptar (en su defecto, las personas que lo hayan acogido y lo tratan como a un hijo).
2. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección.
3. El adoptante que debe ser mayor de treinta años, (actualmente son veinticinco años) en pleno ejercicio de sus derechos, no tener descendientes y sobrepasar por lo menos al adoptado 17 años al adoptado.
4. El adoptado si es mayor de catorce años.
5. El juez de la primera instancia que conforme al artículo 400 debe dictar sentencia autorizando la adopción.⁴⁷

1.4.3.- CARACTERÍSTICAS DE LA ADOPCION.

"Es un acto jurídico plurilateral, mixto solemne, constitutivo, extintivo a veces, de efectos privados, de interés público por ser un instrumento de protección de los menores de edad y de los mayores incapacitados.

- a) Acto jurídico. Porque es una manifestación de voluntad lícita que produce consecuencias jurídicas queridas por sus autores.
- b) Plurilateral. En la adopción intervienen más de dos voluntades: la del adoptante, la de los representantes legales del adoptado y la de la autoridad, cuando menos. En otras ocasiones se requiere la voluntad del propio adoptado, la de las personas que lo han acogido aunque no sean sus representantes legales y en su caso del Ministerio Público.

47. Rojas Villegas, R. Op. Cit., p. 198.

- c) Mudo. porque intervienen tanto sujetos particulares como representantes del Estado.
- d) Solemne. Porque requiere de las formas procesales señaladas en el Código de la materia (artículos 923 a 928 del Código de Procedimientos Civiles).
- e) Constitutivo. Hace surgir la filiación entre adoptante y adoptado y da lugar también a la patria potestad entre los mismos como derivación del lazo de filiación.
- f) Extintivo en ocasiones. Cuando el adoptado estaba sujeto a la patria potestad de ascendientes que concuerden en darlo en adopción, se extingue para ellos la patria potestad, aunque no extingan los lazos de parentesco en la adopción simple la que reguló nuestro derecho.
- g) De efectos privados. La adopción produce sus consecuencias entre simples particulares: adoptante y adoptado en la adopción simple que se convierten en familiares: padre o madre e hijo. La adopción plena extiende sus consecuencias de derecho privado a todos los componentes del núcleo familiar del adoptante.
- h) De interés público. Por ser un instrumento de protección a los menores de edad o a los incapacitados, el Estado está interesado en que la adopción cumpla con esta importante y noble función para lo cual ha creado una instrumentación normativa, sustancial y procesal necesaria. Nuestra legislación sobre adopción, sin embargo, es totalmente insuficiente como medio protector de los incapacitados. Al no regular la adopción plena, no incorpora al adoptado realmente al grupo familiar.⁴⁸

1.4.4.- REQUISITOS DE LA ADOPCION.

- a) Que la persona física que pretenda adoptar sea mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, o la pareja de casados cuando ambos estén de acuerdo en la adopción.
- b) Que cuando sea un matrimonio el adoptante basta que uno de ellos tenga los veinticinco años.
- c) Que exista una diferencia de edad por lo menos de diecisiete años entre uno de los adoptantes y el adoptado.
- d) Que los adoptantes o adoptante tengan los medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o el cuidado y subsistencia del incapacitado, como si fuera un hijo propio, de acuerdo a las circunstancias de la persona que se trata de adoptar.
- e) Que los adoptantes o adoptante tengan buenas costumbres".⁴⁹

1.4.4.1.- REQUISITOS DEL ACTO DE LA ADOPCION. .

- a) La expresión de voluntad del adoptante, del adoptado si es mayor de catorce años, del representante legal del adoptado(el que ejerce la patria potestad o el tutor). A falta del representante legal debe dar el consentimiento la persona que haya acogido durante seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como hijo; o el Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado si es un incapaz abandonado.
- b) La aprobación del juez de lo familiar.

⁴⁹ Cfr. Montero Duhal, S. Lac Cr.

- c) Seguir el procedimiento señalado en los artículos 923 y 924 del Código de Procedimientos Civiles.
- d) Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que se trate de una pareja unida en matrimonio.
- e) El tutor no puede adoptar al pupilo, sino hasta después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela.
- f) Se puede adoptar en el mismo acto o sucesivamente a dos o más incapacitados".⁸⁰

1.4.5.- PROCEDIMIENTO DE LA ADOPCION.

* Los trámites de adopción se llevan al cabo en vía de jurisdicción voluntaria, ante el juez de lo familiar correspondiente.

El procedimiento se inicia mediante un escrito, en el que deberá manifestarse el nombre y edad del menor o incapacitado y el nombre y el domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela o las personas o las instituciones de beneficencia que lo hayan acogido(artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles).

Rendidas las pruebas para la demostrar que se han llenado los requisitos que para que tenga lugar la adopción exige el Código Civil y el de Procedimientos Civiles y después que se ha obtenido el consentimiento (otorgado ante la propia autoridad judicial por las personas que deben darlo) el juez resolverá dentro del tercer día, autorizando o denegando la adopción(artículo 924 del Código de Procedimientos Civiles).

Luego que cause ejecutoria la resolución judicial aprobando la adopción, quedará ésta consumada(artículo 400 del Código Civil).

80 Mentiro Duhat, S. Op. Cit., p 327.

Aprobada la adopción, el juez remitirá copia de las diligencias al juez del Registro Civil del lugar, para que levante el acta de adopción (artículo 84 y 401 del Código Civil).

El acta de adopción contendrá los nombres, apellidos, edad y domicilio del adoptante y del adoptado; el nombre y demás generales de las personas cuyo conocimiento hubiere sido necesario para la adopción los nombres y apellidos y domicilios de las personas que intervengan como testigos. En el acta se insertará íntegramente la resolución judicial que haya autorizado la adopción (artículo 86 del Código Civil).

La falta de registro del acta de adopción, no invalida a ésta. Los responsables de la omisión, incurrirán en una multa de veinte a cien pesos, que impondrá y hará efectiva la autoridad ante quien se pretenda hacer valer la adopción (artículo 85 relacionado con el 81 del Código Civil).⁵¹

1.4.6.- EFECTOS DE LA ADOPCION.

* Da lugar al parentesco civil, pero sólo entre el adoptante y el adoptado. No surge ninguna relación de parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante, ni entre éste y los parientes del adoptado (artículo 402 del Código Civil).

La adopción es un impedimento para la celebración del matrimonio entre adoptante y adoptado y sus descendientes (artículo 157 del Código Civil). Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto de patria potestad, que será transferida al padre adoptivo (artículo 403 del Código Civil).

Por consiguiente, el padre o la madre adoptivos, tendrán la representación del adoptado en juicio y fuera de él; al adoptante corresponderá la administración de los

51 Galindo García, I. Op. Cit., p. 690.

bienes del adoptado y la mitad del usufructo de los bienes de éste; el adoptante está obligado a dar alimentos al adoptado y nace la recíproca vocación hereditaria.

El adoptante, tiene el derecho de corregir y castigar mesuradamente al adoptado (artículo 395 y 396 del Código Civil).

El adoptado aparte de la obligación de dar alimentos al adoptante, si los necesita, debe vivir al lado de éste y ha de respetar y honrar a su padre adoptivo. Tiene derecho a llevar el apellido de quien lo ha adoptado y a participar en la sucesión hereditaria de este último.

La adopción producirá sus efectos, aunque sobrevengan hijos al adoptante (artículo 404 del Código Civil).⁵²

1.4.7.- EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN.

* La adopción es susceptible de extinguirse en forma unilateral y sin causa por parte del adoptado o voluntariamente por el adoptante con causa legal (ingratitude del adoptado). También se extinguirá por el mutuo consentimiento de las partes cuando el adoptado adviene persona capaz, o por el consentimiento entre el adoptante y las personas que otorgaron el suyo en la adopción.

a) Extinción por impugnación.

De acuerdo con el artículo 394 del Código Civil el menor o el incapacitado que hayan sido adoptados, podrán impugnar dentro del año siguiente a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad. Esta impugnación puede realizarse sin que medie causa alguna aparente y el juez no tendrá arbitrio para decidir en contra, como si lo tiene en el caso de revocación por mutuo disenso. Pasado el año de que la ley habla, el adoptado ya no podrá impugnar la adopción pese a que pueda tener causas graves para querer hacerlo, derecho

52 Idem. p. 661.

de que si goza el adoptante de revocar unilateralmente la adopción ante la ingratitud del adoptante.

b) Extinción por revocación unilateral del adoptante.

El adoptante puede revocar la adopción ante la conducta del adoptado. Para los efectos de la revocación se considera ingrato a el adoptado, de acuerdo, con el artículo 406 del Código Civil :

I.- Si comete algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge de sus ascendientes o descendientes;

II.- Si el adoptado formula denuncia o querrela contra el adoptante, por algún delito aunque se pruebe, a no ser de que se hubiera cometido en contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes;

III.- Si el adoptado rehusa a dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza".

Cuando se revoca la adopción por causa de ingratitud, deja de producir sus efectos en forma retroactiva desde que se comete el acto de ingratitud aunque la resolución judicial que declare revocada la adopción sea posterior (como forzosamente tiene que serlo) artículo 409 del Código Civil.

c) Extinción por revocación bilateral (mutuo consentimiento).

La adopción puede revocarse, señala el artículo 405 , cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere (o siendo mayor está incapacitado), se oirá a las personas que prestaron su consentimiento para la creación de la adopción, y a falta de ellas, el representante del Ministerio Público y al Consejo de Tutelas.

El problema que puede plantearse si se da acceso a la revocación de la adopción respecto de los menores de edad es acerca de a quién le corresponderá el ejercicio de la patria potestad. Se resuelve el mismo aplicando el artículo 408 del Código Civil "El decreto del juez deja sin efecto la adopción y restituye las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse ésta. Por ello la patria potestad corresponderá a los padres o abuelos que consintieron primero la adopción y posteriormente la revocación de la misma; pero en el caso de los adoptados menores de edad sin ascendientes que ejerzan la patria potestad una vez extinguida la adopción, habrá que nombrarles un tutor (legítimo o dativo según el caso).

En la revocación por mutuo acuerdo entre adoptante y adoptado y sus representantes legales, el juez tiene amplio poder discrecional, pues decretará que la adopción queda revocada si se reúnen dos circunstancias: que esté convencido de la espontaneidad de la solicitud de revocación y que juzgue que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado".⁵³

1.4.8.- PROCEDIMIENTO DE REVOCACION DE LA ADOPCION.

Lo regula el Código de Procedimientos Civiles en sus artículos 925 y 926.

El adoptante presentará al juez de lo familiar una solicitud de revocación de la adopción. Recibida la solicitud el juez los citará a una audiencia verbal para dentro de los tres días siguientes, en la que resolverá si autoriza o designa la revocación solicitada.

Para acreditar cualquier hecho relativo a la conveniencia de la revocación, puede rendirse toda clase de pruebas (artículo 325 del Código de Procedimientos Civiles).

⁵³ Meneses Duhal, S. Op. Cit., p. 322.

La resolución que decreta la adopción se comunicará al juez del Registro Civil del lugar donde se hizo la adopción para que cancele el acta relativa (artículo 410 del Código Civil).

Por último, la impugnación de la adopción y la revocación unilateral de la misma, no pueden promoverse en diligencias de jurisdicción voluntaria. Solamente la revocación bilateral, o sea, por mutuo acuerdo, podrá solicitarse en esa vía.⁸⁴

En nuestro derecho los fines de la adopción se cumplen limitadamente ya que es una adopción semi-plena. Diferente sería que el nuestro derecho regulará la adopción plena para que los fines de ésta se llevaran acabo, como los de beneficiar a los seres que se encuentran desamparados otorgándoles unos padres, una familia, un hogar, etc., así como dar estabilidad a los padres a los cuales les ha sido negado ese don de tener hijos propios y que los pueden encontrar en la adopción, y por tal motivo van a querer al hijo adoptivo como propio, con lo que también debe perder el lazo de sus verdaderos padres y familiares consanguíneos para pasar a formar parte de la familia de sus adoptantes.

CAPITULO II. INVESTIGACION DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.

2.- CONCEPTO.

Filiación extramatrimonial. - "Es la relación jurídica entre el 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".⁸⁵

Respecto a las generalidades ya hicimos referencia en el capítulo anterior.

2.1.- REQUISITOS SUSTANCIALES PARA EL RECONOCIMIENTO.

Formas de establecer la filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio.

84 Item. p. 333.

85 Item. p. 302.

* El reconocimiento voluntario 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.⁵⁶

Al respecto de ésta definición el maestro Rojas Villegas la analiza, primeramente es considerado el reconocimiento como un acto jurídico unilateral o plurilateral '...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 ante el oficial del Registro Civil, dentro del término que da la ley para levantar su acta de nacimiento, es decir, quince días al padre y cuarenta para la madre, siguientes al 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 simple hecho de no presentarlo para su registro dentro del término legal, o cuando habiéndolo presentado, no se hizo su reconocimiento en el acta correspondiente. En estas dos hipótesis habrá que levantarse un acta especial de reconocimiento ante el mismo oficial del Registro Civil. (Por las reformas en la actualidad solo se utiliza un sólo tipo de acta, sin hacer diferencia alguna).⁵⁷

*... Otra característica del reconocimiento es la de ser un acto solemne. La solemnidad, como ya hemos explicado, es una formalidad especial de la cual depende la existencia del acto jurídico. De tal manera que si no se observare, será inexistente. En cambio, la simple formalidad es un requisito de validez que si no se observare, sólo afectaría al acto de nulidad relativa, la cual puede desaparecer por una ratificación expresa o tácita, 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

56 Rojas Villegas, R. Op. Cit., p. 727.
57 Idem. p. 740.

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 cumplo el acto, por que ello quiere decir que aquí que ésta 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 observe la forma requerida por la ley, y por lo tanto, no están afectados de nulidad que pueda desaparecer por una confirmación expresa o tácita, para quedar convalidados retroactivamente, sino que en 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, apliquemos las características que ya conocemos constantes en la 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 Registro Civil; testamento; escritura pública o confesión judicial directa y expresa, no podrá considerarse como reconocimiento nulo, pero existente, el que se hiciera, por ejemplo, en una carta o en un contrato privado. Si el acto solamente fuera formal, dicho reconocimiento podría quedar convalidado por el cumplimiento voluntario de las obligaciones que como padre o madre hubiera llevado a cabo quien conozca. Lo mismo si un reconocimiento se hiciera 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 una declaración unilateral de voluntad en la que se manifestare 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 en escritura pública se hiciera 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, por que no se

hizo ninguna de las cinco formas que reconoce el derecho. En este sentido, por consiguiente, no admite nuestra ley otras formas de hacer el reconocimiento".⁸⁸

El reconocimiento voluntario.- " Como la maternidad es un hecho evidente y comprobable, la filiación entre la madre y el hijo resulta del solo hecho del nacimiento 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 entre ambos 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 de otra mujer, podrá surgir con posterioridad el reconocimiento de la madre con respecto de su hijo.

No sucede lo propio con respecto al padre del hijo nacido fuera de matrimonio. Por evidente que resulte la madre, para el propio padre y para muchas otras personas que conocen a ambos, que el hijo de la mujer no casada es de determinado varón, el derecho no tiene elementos para establecer entre ellos un lazo de filiación, puesto que la madre soltera no tuvo como la casada, debense de fidelidad y de exclusividad sexual con respecto a un hombre cierto: el marido de la mujer casada. Por ello, para que surjan las consecuencias jurídicas de la paternidad y la filiación, es necesario el reconocimiento voluntario que el progenitor haga de su hijo, o en una sentencia que impute forzosamente la paternidad a un determinado varón".⁸⁹

" El reconocimiento es un acto por virtud del cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio declaran, conjunta o separadamente, que lo aceptan por suyo".⁹⁰

2.1.1.- REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO.

En el Código Civil para el Distrito Federal se establecen los requisitos para el reconocimiento.

⁸⁸ Ídem, pp. 747 y 748.

⁸⁹ Méndez Duarte, S. Cp. Cr., p. 304.

⁹⁰ De Pina, Rázool Derecho civil mexicano. Vol. I. Edic. Sa. Edit. Porrúa. México, 1978. p. 357.

Para reconocer a un hijo es necesario que la persona que reconoce tenga la edad exigida para contraer matrimonio más la edad del hijo que va a ser reconocido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 361 del Código Civil.

Pero si es menor de edad podrá reconocer a su hijo con el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela a falta de ésta, se requerirá autorización judicial. (artículo 362 del Código Civil).

El reconocimiento por un menor de edad, es anulable por error. Pero esta acción de nulidad prescribe a los cuatro años transcurridos a partir de la mayoría de edad, así como lo establecen los artículos 362 y 363 del Código Civil.

Puede ser reconocido el hijo que no ha nacido y al que ha muerto pero que ha dejado descendencia, artículo 364 del mencionado Código.

El hombre y la mujer, aun cuando sean casados pueden reconocer al hijo habido fuera de matrimonio, pero no tendrán derecho a llevarlo al hogar conyugal, sin el consentimiento expreso de su consorte, artículo 372 del Código Civil.

* Es necesario el consentimiento de quien va a ser reconocido si es mayor de edad.

Si quien va a ser reconocido es menor de edad será necesario el consentimiento de su tutor, si lo tiene, o de un tutor especial que el juez designará para el caso.⁶¹

La maestra Sara Montero se refiere también al hijo de la 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

61 Galindo Garza, l. Op. Cit., p. 640.

de la paternidad (art. 374 CC). El hijo de mujer soltera puede ser reconocido por cualquier varón siempre y que la madre otorgue su consentimiento.⁶²

2.1.2.- FORMAS PARA EL RECONOCIMIENTO.

"El reconocimiento deberá realizarse mediante alguna de las siguientes formas:

- a) En el acta de nacimiento, ante el juez del Registro Civil.
- b) Ante la misma autoridad, pero en acta especial de reconocimiento. Esto sucede cuando ya se a levantado previamente el acta de nacimiento y en ella no consta el nombre del progenitor.
- c) Por escritura pública ante el Notario.
- d) Por testamento.
- e) Ante el juez de lo Familiar, por confesión directa y expresa. "Cuando el reconocimiento se realice por cualquiera de las formas señaladas, excepto por testamento, las autoridades ante quien se realice deberán exigir el requisito del consentimiento de la madre pues de otra manera, el reconocimiento quedara sin efecto de acuerdo con el artículo 379:

Cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquí sin efecto y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente".⁶³

2.1.3.- CARACTERISTICAS DEL RECONOCIMIENTO.

"La filiación surgida del reconocimiento voluntario tiene ciertas características que la diferencian de la filiación matrimonial. La paternidad derivada de matrimonio surge como

62 Montero Duhalde, S. Op. Cit., p. 308.
63 Idem, p. 308.

presunción jurídica que sólo puede ser destruida en los limitados casos en que el marido tenga en su favor prueba plena de que no pudo ser el padre del hijo de su mujer, y la presente oportunamente al juez que vea la causa de un desconocimiento de paternidad. Fuera de esos casos excepcionales, la filiación matrimonial establece la certeza jurídica tanto para el hombre como para el hijo.

No sucede lo mismo con la filiación surgida a través del acto voluntario de reconocimiento que puede ser objeto de acciones de nulidad, de impugnación, y que se convierte en irrevocable. Estas son las características de este tipo de filiación, a saber:

2.1.4.- NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO.

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).

2.1.5.- IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO.

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

Además del hijo, pueden ejercer el derecho de impugnar el reconocimiento: la madre, cuando no se dio el consentimiento para efectuarse(art.378); 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 por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado, tiene éste 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.388).

2.1.8.- IRREVOCABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO.

El reconocimiento legalmente efectuado es irrevocable. Si se hizo por testamento, cuando éste se revoque, no se tendrá por revocado el reconocimiento(art.387). La parte final del artículo 387 es difícil de aplicarse, dadas las distintas formas que pueden tener los testamentos. Si el testamento en el 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 él testamento, por su propia naturaleza de ser una expresión de voluntad conocida únicamente por el testador.⁶⁴

Los actos revocables son aquellos que apesar 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, o 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.⁶⁵

Con respecto a la nulidad del reconocimiento, la maestra Sara Montero manifiesta: "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(artículo 383 CC.).

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

64 Item. pp. 307 y 308.
65 Rojas Villegas, R. Op. Cit., p. 710.

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):⁶⁸

Sin antes de concluir con el análisis del concepto jurídico del reconocimiento, debemos decir que el reconocimiento es un acto personalísimo; el maestro Rafael Rojas 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 acabo por un apoderado 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,

⁶⁸ Montero Duhal, S. Op. Cit., p. 308.

señalando quién es el hijo a quien deberá reconocer el apoderado; pero esto es evidente. No podría darse un mandato para que se reconociera 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 ratificadas las firmas ante notario público, juez de primera instancia, menor o de paz".⁶⁷

Para concluir el análisis del concepto jurídico de reconocimiento, en cuanto 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; diremos que son más los efectos que las consecuencias que se derivan del mismo, los cuales seguiremos analizando mas adelante.

2.1.7.- FORMAS MEDIANTE LAS CUALES SE PUEDE LLEVAR A CABO EL RECONOCIMIENTO.

De acuerdo al artículo 389 del Código Civil Vigente, 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.

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

Para el 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, por creer que al practicarse la inscripción que informa la personalidad es el momento más oportuno para realizar un acto de tanta trascendencia. La ley (y el reglamento) del Registro Civil puntualizan hasta el más mínimo detalle el modo de extenderse esta acta".⁶⁸

67 Rojas Villegas, R. Op. Cit., p. 781.
68 Puig Peña, F. Op. Cit., p. 400.

b) Acta especial ante el mismo juez.

" Ante la misma autoridad, pero en acta especial de reconocimiento. Esto sucede cuando ya se a levantado previamente el acta de nacimiento y en ella no consta el nombre del progenitor".⁶⁹

c) Por escritura pública.

El reconocimiento por escritura pública, es aquel que se realiza mediante un 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 testamento se caracteriza precisamente como un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por virtud del cual una persona capaz instituye herederos o legatarios, o declara y cumple deberes con trascendencia jurídica para después de su muerte. La función normal del testamento es la 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".⁷⁰

e) Por confesión judicial directa y expresa.

69 Martínez Duhalde, E. Op. Cit., p. 325.
70 Rojas Villegas, R. Op. Cit., pp. 741 y 742.

"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 deba 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 que se trate. Por lo tanto, esta confesión por lo que 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. Es un juicio de investigación de paternidad o maternidad, evidentemente si 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 la 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 su cónyuge hiciere 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 a al marido una posición en este 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 al 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 aplica mejor la tesis que equipara el reconocimiento a la confesión. Es decir, a la simple afirmación de paternidad o maternidad".⁷¹

* Cuando el reconocimiento se realice por cualquiera de las formas señaladas, excepto por testamento, las autoridades ante quienes se realice deberá exigir el requisito del consentimiento de la madre pues, de otra manera, el reconocimiento quedará sin efecto de acuerdo con el artículo 378:

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

El artículo transcrito mueve las siguientes reflexiones:

1ra. 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 reconocimiento hecho sin su consentimiento'. Debiera por ello haber norma expresa en el Código estableciendo como requisito indispensable 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 efectos 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 menor de edad pues, llegando 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 ese reconocimiento y privar al hijo de las ventajas de ser heredero o legatario?

3ra. El hijo que nace fuera de matrimonio es carga exclusivamente de la madre y, en este sentido, es de equidad de 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 a reconocerse, la ley determina que puede reconocerse al hijo ya nacido o al simplemente concebido y aún al que ya a muerto si dejó descendencia(art. 384). Esto parece indicar que existe un reconocimiento extensivo a los nietos, así sea en forma tácita. El reconocimiento del hijo simplemente concebido requiere forzadamente de la ausencia de la futura madre, y con respecto al hijo premuerto no se necesita el consentimiento de nadie, aun que puede interpretarse en forma extensiva, que los nietos tendrán el derecho de contradecir el reconocimiento que se haya 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'⁷²

De lo anterior podemos decir que la ley es limitativa en su enumeración respecto de las formas establecidas mediante las cuales se pueden llevar a cabo el reconocimiento es un acto formal, o incluso como hemos visto, puede afirmarse que es un acto solemne, ya que debe autorizarse, radiándolo o revisándolo con determinados elementos esenciales en cuya ausencia, el acto no existe.

Por lo tanto, si el reconocimiento pretendiera efectuarse de alguna otra forma distinta a las taxativamente enumeradas, no sería tal; es decir, no habría reconocimiento.

2.1.8.- EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO.

El artículo 389 del Código Civil establece: El hijo reconocido por el padre, o por la madre o por ambos tiene derecho:

I. A llevar el apellido paterno 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.

Los efectos directos del reconocimiento es crear el lazo de filiación entre el progenitor y el hijo.

De lo anterior se debiera crear una norma en la que regulara lo correspondiente a el nombre y apellido, ya que 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 corresponden los establece la costumbre y no el derecho, primero el apellido paterno, después el materno, derivado este orden de la milenaria supremacía masculina".⁷³

2.2.- PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACION.

Prueba de la filiación extramatrimonial.

"La filiación natural, puede quedar establecida, cuando el padre o la madre no han reconocido voluntariamente al hijo, por medio de una sentencia pronunciada en juicio que se le denomina de investigación de la paternidad o de la maternidad.

73 Cr. Manteco Duhal, S. Op. Cit., p. 308.

En dicho juicio, se debe rendir la prueba presuncional de la paternidad o de la prueba directa de la maternidad, así como la identidad del demandante.⁷⁴

Las acciones de investigación de la paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres, excepto que éstos hubieron fallecido antes de que el hijo alcance la mayoría de edad; porque en ese caso la acción de investigación de la maternidad o paternidad, prescribe a los cuatro años transcurridos desde que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad, conforme a lo que establece el artículo 398 del Código Civil.

2.2.1.- INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

En el antiguo derecho, la investigación de la paternidad estaba admitida libremente, y el hijo disponía de tres medios de prueba. Cuando la madre reclamaba solamente los "gastos de alumbramiento" y de mantenimiento, lo cual no tenía, por otra parte, como resultado establecer la paternidad, la prueba era sumamente fácil; así la madre soltera que daba a luz por primera vez podía designar bajo juramento al padre del hijo: "virgini progeneri creditur". Hubo algunos procesos escandalosos, de los que debían sacar exagerado partido los adversarios de la investigación de la paternidad.

En todo caso, los Revolucionarios suprimieron la investigación de la paternidad. Al establecer la igualdad de derechos entre los hijos naturales y legítimos, al conceder especialmente al hijo natural los derechos sucesorios que le negaba el antiguo derecho, el legislador revolucionario temió la multiplicación de investigaciones interesadas e infundadas. Por eso, únicamente el reconocimiento voluntario por el padre establecía la paternidad natural.

La prohibición de la investigación de la paternidad natural fue mantenida por los redactores del Código civil, aun cuando habían reducido considerablemente los derechos de los hijos naturales. El artículo 340, en su redacción de 1804, prohibía la investigación de la paternidad natural, salvo en una hipótesis novelesca, el rapto: "Está prohibida la investigación de la paternidad. En el caso de rapto, cuando la época de este rapto se

74 Galindo Gariés, I. Op. Cit., p. 642.

relacione con el de la concepción, el raptor podrá ser declarado, a petición de las partes interesadas, padre del hijo".

La sociedad "burguesa" del siglo XIX se adaptó gustosa al sistema del Código civil, favorable al egoísmo masculino. Pero los moralistas y los escritores condujeron el ataque.

Por eso, en los últimos años del siglo XIX, la opinión pública se conmovió ante la posibilidad que la ley dejaba al padre natural para abandonar al hijo y a la madre.⁷⁶

"Los Códigos no han sometido tradicionalmente, al mismo criterio, el tratamiento de la paternidad y de la maternidad, para los efectos de su investigación, habiéndose prohibido la primera y autorizándose la segunda, aunque con determinadas garantías.

La distinta posición que el legislador adopta frente a la investigación de la paternidad y de la maternidad, se explica claramente por la dificultad casi insuperable que presenta en la generalidad de los casos la prueba de la paternidad y la relativa facilidad con la que puede llegarse a la maternidad.

El criterio desigual que el legislador establece según se trate de la investigación de la paternidad o maternidad se encuentra justificado por la interpretación judicial del derecho mexicano relativo en atención a que la paternidad nunca puede comprobarse en una forma directa absolutamente inequívoca y fidedigna, por no existir procedimiento alguno por completo inobjetable, para determinar que cierto individuo engendró a otro, también determinado, mientras que la maternidad es un hecho que la naturaleza, por sí sola, se encarga de demostrar, de manera notoria e inconfundible".⁷⁶

2.2.2.- JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

La posibilidad de la investigación de la paternidad natural ha sido criticada muy vivamente por diversas razones. En primer lugar, se a tenido la incertidumbre de los medios de prueba en una materia en donde no resulta posible hacer que se aplique la

⁷⁶ Mazaud, Henri y otros. Op. Cit., pp. 463, 484.
⁷⁶ De Pine, R. Op. Cit., p. 387.

presunción "Peter is est..."; mientras que es fácil determinar la maternidad, la paternidad no será establecida nunca con una certeza absoluta, hasta tanto un descubrimiento científico permita presentar la prueba positiva de la filiación. Por otra parte, se invoca el interés mismo del hijo: para evitar una investigación, el padre empujará a veces a la mujer al aborto o al infanticidio. Por último, resulta terrible el chantaje en una esfera en donde la inseguridad de la prueba deja una probabilidad seria a los aventureros y que abre, en todo caso, libre curso a la maldiciencia pública.

Esas razones no carecen de valor; sin embargo, no son decisivas.

Sea en el ámbito que sea, muy pocas pruebas aportan una certeza absoluta, matemática; es preciso tener en cuenta tan sólo que en materia de paternidad natural el juez deber ejercer un examen severo, y no ser obligado en ningún caso por el legislador para declarar la paternidad. Una represión más severa del aborto y del infanticidio es capaz de prevenir tales infracciones.

Por último, cabe luchar eficazmente, por medio de penalidades rigurosas, contra las investigaciones injustificadas y que no tengan por motivo sino el chantaje⁷⁷.

Lo que debe prevalecer es la imposibilidad de dejar al hijo y a su madre desarmados frente a un padre que se niega a cumplir sus más elementales deberes; la paternidad crea obligaciones que no debe ser posible eludir. El interés de la familia legítima, exige por otra parte, que el hombre tenga las mismas obligaciones para con sus hijos, sean éstos naturales o legítimos; si no, se le incitará a evitar las pesadas cargas del matrimonio. Hay que agregar que, en la esfera social, el hijo natural abandonado sin recursos constituir, a la vez, una carga y un peligro para la sociedad entera.

Es, pues, necesario no dejar el establecimiento de la paternidad natural a disposición del padre; el vínculo de la sangre debe ser creador de nexos de derecho fuera de toda manifestación de voluntad.⁷⁷

77 Mazeaud, Henri y otros. Op. Cit., pp. 462

2.2.3.- CONCEPTO DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

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

Asentando anteriormente que la investigación de la paternidad como el derecho de ejercitar una acción no es realmente una averiguación judicial, definiremos la misma como el derecho que tiene el hijo o la madre, de ejercitar una acción para que, si las pruebas que se presentan son suficientes a juicio del juez, se impute la paternidad a un determinado sujeto".⁷⁸

2.2.4.- LA INVESTIGACION DE LA MATERNIDAD.

"Por su propia naturaleza la maternidad es un hecho cierto del cual se puede obtener prueba plena. De allí que la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo y también obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento, como lo establece el(art.60 CC.).

Excepcionalmente existirá la investigación de la maternidad cuando la madre haya abandonado, o cuando se haya registrado falsamente como de otra mujer. En estos casos, tanto el hijo como sus descendientes tendrán el derecho de investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios de prueba ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada(art.385).

Solamente podrá el hijo investigar la maternidad para atribuirle a una mujer casada, si la misma se deduce de una sentencia civil o criminal (art.386). Una sentencia de carácter civil de donde se deduzca la maternidad, será la obtenida por el marido que pidió desconocimiento de la paternidad, mas en este caso, la maternidad no necesita ser declarada. Una sentencia de carácter criminal será la que se obtenga por acusación de

78 Memoro Duhat, S. Op. Cit., p. 311.

adulterio, o las surgidas en los casos de rapto y violación. Pero aún en estos casos es difícil de suponer la ignorancia de la maternidad con respecto a determinada mujer.

La ley permite la investigación de la paternidad aun cuando el presunto padre sea un hombre casado. (Por qué entonces la prohíbe cuando se trata de atribución a una mujer casada? Desde luego, de que si el hijo de que se trate nació dentro de los plazos legales surgidos de matrimonio, no puede darse la acción de investigación pues, comprobada la identidad de la madre y del hijo, el padre será el marido. Pero cuando se trate de un hijo que haya tenido la mujer antes de contraer matrimonio, no tiene justificación la prohibición. Es una norma desigual en razón del sexo de las personas y debe ser derogada'.⁷⁹

2.2.5.- EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACION.

- * a) A quien corresponde el ejercicio de la acción;

Están legitimados para investigar la maternidad y la paternidad fuera de matrimonio, el hijo y sus descendientes.

- * b) Contra quien.

El ejercicio de la acción de investigación de la maternidad, está prohibida cuando se tiene por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (art. 385 del Código Civil); excepto cuando exista una sentencia civil o criminal en donde se deduzca la maternidad adulterina de la mujer casada. La acción de investigación de la maternidad y de la paternidad, se ejercerá en vida del presunto padre o de la presunta madre. El sistema adoptado por el Código Civil excluye definitivamente del ejercicio de esa acción a los presuntos herederos y del presunto padre, cuando se ha abierto la sucesión de aquéllos. Por lo tanto la sucesión no podrá ser de investigación de la maternidad o de la paternidad y muere el padre

demandando o la madre demandada, la sucesión de aquél o de ésta, deberá continuar el juicio que se intentó contra del de cuyos, hasta su terminación.

2.2.6.- LOS MEDIOS PROBATORIOS.

La maternidad, es decir, el parto de la presunta madre, puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios (artículo 385 del Código Civil) (Documentos, indicios, testigos, etc.).

Por lo que se refiere a la identidad del hijo presunto, la prueba de testigos, por aplicación analógica del artículo 341 del Código Civil, sólo será admisible, si hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideran bastante graves para determinar su admisión.

En relación con los indicios o presunciones graves, se presenta el problema del valor probatorio del análisis hematológico, como el elemento demostrativo por sí solo, de la paternidad y la maternidad (la confrontación de los grupos sanguíneos).

La prueba hematológica por lo tanto, debe estar administrada o integrada por otras pruebas de carácter pericial que por sí solas cada una de ellas, no serían suficientes para formar la opinión del juez, pero que integradas y razonablemente armonizadas, pueden calificarse jurídicamente, como indicios y presunciones de tal gravedad, que sirven para admitir la prueba testimonial. Dichos elementos probatorios serían los siguientes: a) el examen corporativo de los caracteres morfológicos externos del padre y del hijo (talla, forma de la cabeza, facciones, impresiones digitales); b) el examen de los caracteres antropogenéticos o funcionales externos (actitudes, forma de letra, gesticulaciones, timbre de voz, etc.); c) examen de los signos semiológicos o patológicos transmisibles hereditariamente (predisposiciones especiales para determinadas enfermedades, enfermedades de la sangre, lunares etc.); d) caracteres psicológicos, y e) finalmente, el examen de los caracteres de la biología sanguínea.⁸⁰

2.3.- LA LEGITIMACION.

Definición.- "La legitimación es una institución civil que regula el cambio jurídico de los hijos nacidos fuera de matrimonio en virtud de la celebración posterior de éste por quienes lo engendrarán.

La palabra legitimación se emplea también para designar los efectos producidos en relación con el hijo natural por el matrimonio de los padres, celebrado con posterioridad al hecho de su nacimiento.

La legitimación ha sido considerada como una rehabilitación del estado civil.

De las distintas formas de legitimación históricamente conocidas, la producida por subsecuente matrimonio de los padres del hijo natural, es la única que se reconoce en el derecho mexicano.

La tesis de que la legitimación es una ficción en virtud de la cual se considera que ha nacido de matrimonio ha quien ha nacido fuera de él, es generalmente admitida.

En su virtud del matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan por nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración, de acuerdo con el artículo 354 del Código Civil.⁶¹

" En nuestro derecho se requiere, además del matrimonio de los padres, que el hijo haya sido reconocido expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el mismo acto de su celebración o con posterioridad a él (artículo 355 del Código Civil).

La legitimación es una forma creada por el Derecho para favorecer a los hijos naturales, permitiéndoles mejorar su situación jurídica, en manera de que quien ha nacido o ha sido concebido antes de matrimonio, y es por tanto considerado hasta entonces, como hijo extramatrimonial, se convierta, por disposición de los preceptos legales antes

61 De Pina Rafael. Op. Cit., p. 356.

citados, sin necesidad de una declaración expresa de los padres (aparte el reconocimiento), en hijo nacido dentro de matrimonio.

El reconocimiento, declara el artículo 355 del Código Civil, se refiere necesariamente al padre y a la madre y comprende el caso, por identidad de razón, de los hijos cuya filiación ha sido establecida por medio de una sentencia pronunciada en un juicio de investigación de la maternidad o de la paternidad, siempre que el otro cónyuge haya reconocido al hijo de cuya legitimación se trata.

En nuestro derecho, por medio del reconocimiento de una sentencia que declare la paternidad o la maternidad, queda establecida la filiación, el hijo natural adquiere los mismos derechos que tiene a su favor el hijo nacido de matrimonio.

Para que se produzca la legitimación por subsecuente matrimonio, se requiere el reconocimiento. Propiamente en el sistema establecido por el Código civil, los efectos de la legitimación, han quedado reducidos grandemente, por que nada se agrega con afirmar el artículo 355 del Código Civil que "se tendrá como hijo nacido de matrimonio a los habidos antes de su celebración", si en rigor de verdad, la adquisición de derechos por el hijo y por su incorporación al seno de la familia del padre o de la madre ya los adquirió a través del reconocimiento o de la sentencia que declare la maternidad o paternidad.

Pueden ser legitimados no sólo los hijos que viven en el momento en que se produce la legitimación, sino los hijos que han fallecido, si han dejado descendencia (artículo 358 del Código Civil) y los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla estuviere encinta (artículo 359 del Código Civil).

El artículo 357 del Código Civil establece que aun que el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres. El reconocimiento después de celebrado el matrimonio produce efectos retroactivos, como si el hijo hubiera sido reconocido en el momento en los padres se casaron. Pero esos efectos retroactivos, sólo se refiere a los derechos que

adquiere el hijo reconocido respecto del padre y de la madre que lo reconocen, pero no en cuanto a los derechos que podría adquirir frente a los parientes en segundo y ulteriores grados, por ejemplo a lo que se refiere a la sucesión hereditaria de los abuelos no pudo haberse abierto después de la celebración del matrimonio y antes del reconocimiento de sus padres".⁸²

2.4.- INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Este punto lo analizaremos en el capítulo siguiente.

CAPITULO III. SUPUESTAS LIMITACIONES DE LA LEY EN LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.

3.- INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

* la materia está regulada en el artículo 382 que a la letra dice:

La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:

- I. En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincide con 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 maritalmente;
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

⁸² Quintanilla Garza, l. Op. Cit., p. 646.

La doctrina médica unánimemente señala 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 señala 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 ésa sea. Esto conviene a nuestro juicio, a la investigación en total 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 en 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 283 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 éste ha provisto 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 maternidad; por ello no puede admitirse la acción con 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 con 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 patria 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.⁶⁸

3.1.- CRITICA AL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928 EN MATERIA DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

Cierto es que el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en materia de investigación de la paternidad, para efecto de imputar la paternidad a determinado sujeto, parte única y exclusivamente de la presunción; entendiéndose por ésta como lo establece el artículo 379 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal que a la letra dice "...la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido...".

68 Meneses Duhalde, S. Op. Cit., pp. 312,313.

Para el tratadista Mazeaud, en el primer caso de investigación de la paternidad.

"El Código Civil había autorizado la investigación en el caso de rapto, violación (estupro para nuestro derecho). Pero, para que sean tenidos en cuenta el rapto, violación (estupro), deben colocarse en el curso del período de la violación".⁸⁴

"Primer caso: rapto (enlèvement) o violación, (estupro). Por excepción al principio de la prohibición, el Código de 1804 permitió la investigación de la paternidad en caso de rapto (estupro), cuando la época de la concepción coincide con éstos(art.340)".⁸⁵

Planol al hablar de los delitos de rapto, violación y (estupro), 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".⁸⁶

El maestro Galindo Garfias al referirse como se prueba la posesión de estado en un juicio de investigación de la paternidad, manifiesta: "Los hechos que suplen al acta del estado civil y que están sujetos a prueba son: el trato de hijo que ha recibido el demandante de su presunto padre y de la familia de éste o de (su madre); el uso del apellido de la persona de quien se reclama la paternidad, con la anuencia de ésta, y que el padre tiene la edad para contraer matrimonio, más la edad del hijo cuya filiación se trata de establecer. Cuando han rendido la prueba de estos elementos de hecho queda probada la posesión de estado.

Por otra parte, probada la posesión de estado, en ella queda comprendido: 1o. no sólo que una mujer ha dado a luz a su hijo y 2o. que tal hijo ha sido engendrado por un determinado hombre, sino, 3o. también ha quedado probada la identidad de la persona que posee ese estado civil".⁸⁷

84 Mazeaud, Henri y otros. Op. Cit., p. 468.

85 Planol, Mireal. Op. Cit., p. 181.

86 Idem. 172.

87 Galindo Garfias, I. Op. Cit., p. 627.

La posesión de estado en materia de filiación natural, para Demolombe que argumento en su sistema: "La posesión de estado es la mejor de todas las pruebas; mejor dicho, no hay nada que probar; quien posee un estado no tiene que investigarlo. La acción de investigación únicamente se concibe a falta de posesión; cuando hay posesión, no se necesitan pruebas, puesto que la paternidad es conocida. La posesión de estado es el más seguro de todos los títulos, ya que el reconocimiento, obra de un instante, puede haberse obtenido por sorpresa u obsesión, en tanto que la posesión de estado supone una confesión repetida, un reconocimiento diario, que ofrece todas las garantías posibles de libertad y sinceridad".⁸⁸

El artículo 384 del Código Civil establece: "La posesión de estado para los efectos de la fracción II del artículo 382, 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.

Por lo que se refiere a la fracción III, del artículo 382, se permite la investigación de la paternidad, Planiol, manifiesta: "Cuando dos personas han vivido maritalmente, en el período legal durante el cual ha sido posible la concepción, puede declararse judicialmente la paternidad.

El concubinato debe ser notorio, no porque esta notoriedad haga verosímil la paternidad, sino porque su prueba será más segura".⁸⁹

Por lo que se refiere a la última fracción del citado artículo que a la letra establece: "Cuando el hijo tenga un principio de prueba contra el pretendido padre"

En esta fracción no se pide que ese principio de prueba por escrito por lo que aquí si puede ser con una simple presunción.

⁸⁸ Planiol, *Manuel Op. Cit.*, p. 204.
⁸⁹ *Idem* p. 194.

3.2.- LIBERTAD PARA LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD EN NUESTRO DERECHO.

El tratadista español Federico Puig Peña quien dice con respecto al sistema de la libertad absoluta de la investigación de la paternidad "Este sistema se sostiene por las doctrinas más avanzadas, encuentra su apoyo no ya sólo en razones jurídicas, sino principalmente sociales. Sus teorizantes afirman acertadamente que si los hijos naturales han nacido por voluntad de sus padres, justo es que éstos contribuyan a reconocer su estado, máxime cuando los hijos no reconocidos carecen de toda educación en los primeros años de su vida y vienen, por tanto, a constituir uno de los más grandes peligros sociales formando en gran escala entre los delincuentes.

Este reconocimiento no empece a la situación privilegiada de los hijos legítimos, ni puede tampoco dar lugar a grandes abusos, siempre que se establezcan reglas que rodeen rigurosamente la investigación de la paternidad y se sancione con gran rigor el chantaje, el ánimo de injuriar y los torpes intereses inconfesables".⁸⁰

3.3.- MEDIOS DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD QUE OFRECEN LAS CIENCIAS BIOLÓGICAS EN LA ACTUALIDAD.

3.3.1.- LOS MEDIOS BIOLÓGICOS DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD SE BASAN:

3.3.2.- LA FECUNDACION Y LA GESTACION HUMANA.

De la capacidad de procreación. En la especie humana nos interesa, tan sólo la capacidad de procreación del hombre (paternidad). Esta capacidad de procreación aparece en la pubertad, es decir, en la época en la que empiezan aparecer los caracteres sexuales secundarios y se extingue paulativamente al iniciarse la senectud, es decir, la aparición de fenómenos de involución senil, de los cuales uno es precisamente la incapacidad 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 la persona. En nuestro ambiente se produce

80 Puig Peña, F. Op. Cit., p. 404.

alrededor de los 16 años, siendo habitualmente más precos en personas de origen racial latino y algo más tarde en los niños de origen anglosajón y germano. Mucho menos precisa que su comienzo es la extinción fisiológica de la capacidad 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.

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 sus existencia es de orden médico, muchas veces muy fácil de resolver sobre todo si se basa en defectos anatómicos, ya sea visibles a 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 a 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 semen de un hombre incapaz de realizar el 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.

3.3.3.- LA DURACION DEL EMBARAZO QUE TERMINA CON EL NACIMIENTO DE UN NIÑO VIABLE.

Es indudable que sólo aquel hombre podrá ser el padre de una criatura que a cohabitado con la madre de ésta dentro del período en que, por nuestros conocimientos sobre duración del embarazo con un niño viable, se ha producido su fecundación. Este período es relativamente largo, pudiendo fluctuar entre unos 180 y unos 340 días. Se trata

por consiguiente de un período 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 estudio de 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".

3.3.4.- ESTUDIOS ANTRO-HEREDO-BIOLÓGICOS.

Antecedentes históricos.

Es de conocimiento general, aún del lego en ciencias biológicas, que existe habitualmente, también en la especie humana, una cierta semejanza indudable entre ascendientes y descendientes, especialmente notoria en algunas familias con rasgos morfológicos muy llamativos. Ya mucho antes de descubrirse los motivos de esta semejanza y las leyes biológicas por las cuales se rigen, el hecho ha sido aprovechado en jurisprudencia. Ya Hipócrates la ha utilizado al tener que actuar como perito ante los Tribunales de Justicia y, en el transcurso de los siglos, han sido dictados numerosos fallos basados en tales semejanzas. Es, sin embargo, privilegio del siglo XX el haberse preocupado del tema con verdaderos métodos científicos. Marca indudablemente el punto de partida de nuestros conocimientos actuales, el descubrimiento de 1901 de particularidades de la sangre humana que permiten clasificar a las personas en varios grupos, cualquiera que sea su raza, sexo o edad: los "grupos sanguíneos"; y el descubrimiento de Bernstein en 1924 de la transmisión hereditaria de estas particularidades.

Así los peritajes antro-heredo-biológicos han ido adquiriendo progresivamente más y más importancia en las decisiones de los Tribunales de Justicia de todos los países civilizados, al extremo que ya en 1938 la Corte Suprema de Viena considera vicio de procedimiento la omisión del peritaje antro-heredo-biológico en los juicios de paternidad. Desde 1938 también los Tribunales alemanes reconocen estos peritajes como exactos y seguros, siempre que sean entendidos por personas idóneas para tales

actividades periciales especiales. Hoy en día la justicia de la República Federal de Alemania reconoce cerca de una veintena de institutos de investigación, especialmente médico-legales, y aproximadamente una docena de peritos particulares, especialmente antropólogos y genetistas, como especialmente autorizados para emitir los citados peritajes.

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

a) PROCEDIMIENTO DE EXCLUSION.

El procedimiento de exclusión se basa en primer lugar en la hereditabilidad de los grupos sanguíneos. De acuerdo con ello, no puede ser el padre de una criatura el que sea portador de genes que no estén representados en el grupo sanguíneo de un presunto hijo. Como los grupos sanguíneos fundamentalmente 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 practicado y que siguen haciéndose han logrado una serie de éxitos y es así como hoy se aprovechan en igual sentido que los grupos sanguíneos también los factores denominados M, N; P y Rh, éste último con la característica C y F, íntimamente ligadas a su transmisión. Igualmente se van empleando más y más los factores Kell, Duffey, Sutheran 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 posibilidades permiten hoy en 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-Möller que ha perfeccionado éste

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 de prácticas de error. Por el momento (1985), el aprovechamiento de las particularidades conocidas permite en la práctica de especialistas en la materia de aclarar un 90% de los casos, mientras que sólo hace tres años o más era únicamente el 75%. Más aún, hay autores como Keither que ya hoy en día es posible determinar con un 99.9% de probabilidad la procedencia hematológica de un niño a base del estudio de sus características sanguíneas y empleando métodos electroforéticos.

b) DETERMINACION POSITVA 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 Republica federal de Alemania, el estudio de numerosas otras características antropológicas, tanto morfológicas como fisiológicas, ya sea 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 feniltiocarbamida 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 ésta sustancia constituye una característica hereditaria de tipo recesivo. Es además independiente 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 en la 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 alcoholosoluble en los incapacitados.

Tan importantes como las características fisiológicas recién comentadas son las particularidades morfológicas, tanto patológicas, como normales. Su importancia para la determinación de la paternidad, no sólo se basa en su heredabilidad, sino que además en el hecho de que son 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 pies, como, por ejemplo, la branquidactilia, la sindactilia, la sigodactilia, etc.

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

Ateraciones de la piel como, por ejemplo la ictiosis vulgar, la psoriasis vulgar, la enfermedad de Ecklinghausen, la leuconiquia, el albinismo, 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 y la boca, del mentón y de las orejas, conformación de las regiones orbitales y de la cavidad bucal, incluso implantación dentaria, el color del iris y la distribución de su pigmentación), características de las manos 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 valor para la determinación positiva de la paternidad. Ha sido Essen-Möller 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 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 para 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 sólo 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 promover se encuentra hoy en día en condiciones de expedir prácticamente siempre una opinión sólidamente cimentada en hechos científicamente comprobados.⁹¹

91 Gascho Muller, Bernardo. Investigación De La Paternidad Legítima. Ed. Departamento de Divulgación De La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción, 1957. p. 175 a 178.

Una vez que hemos visto en que consiste la prueba médico-pericial, nosotros tratamos de dar más importancia a ésta prueba en los juicios de investigación de la paternidad; para que le de más certeza al juez junto con la demás pruebas que se puedan aportar en los juicios de esta naturaleza, para imputar la paternidad a un determinado hombre que se presume como padre.

En el caso de que en un juicio de investigación de la paternidad el presunto padre se opusiera al examen biológico, se refiere Bernardo Gasche:

"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 1960 establece lo siguiente: -Siempre que fuere necesario, a efectos de la declaración de la ascendencia, tal como en los casos de los párrafos 1581 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 a 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 análogamente los párrafos 385 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 efecto 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. Iría, además, contra el principio procesal de que ningún litigamiento 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 en 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 dan las partes, etc., de su negativa injustificada a consentir inspecciones que por él fuerón acordadas...'*

El art. 154 del anteproyecto del Código Civil francés contempla esta materia la siguiente regla: *'Si una persona rehusa a 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'*.⁹²

Visto lo anterior, en nuestro derecho civil no sería difícil que se legislara de igual forma que las legislaciones europeas con respecto a lo referente de la prueba médica-pericial, para los fines de los juicios de la investigación de la paternidad, con la que los

92 Idem, pp. 189 y 190.

jueces se ayudarían lo suficiente para tener la certeza sobre su fecho respecto de la paternidad.

Cuando se ha logrado el reconocimiento por medio de una sentencia ejecutoriada en juicio de la investigación de la paternidad de ese momento surgen los efectos jurídicos entre el padre y el hijo.

3.3.6.- CONSECUENCIAS DEL RECONOCIMIENTO.

* La consecuencia directa del reconocimiento es crear el lazo de la filiación entre el progenitor y el 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.⁶⁹

CAPITULO IV.- CONVENIENCIAS DE LA REFORMA AL ARTICULO 382 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

Art. 382.- La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida:

- I. En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
- II. Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;

69 Montero Duhal. S. Op. Cit., p. 308.

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

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

De éste artículo transcrito nos referiremos a la fracción IV y que a la letra dice: "Cuando el hijo tenga en su favor un principio de prueba contra el pretendido padre". Dicha fracción hace pensar que el legislador permite la libre investigación de la paternidad, ya que en la referida fracción no se exige más que un principio de prueba, cualquiera que pueda ser ésta. Con esto convierte, a nuestro juicio, a la investigación de la paternidad en totalmente libre, porque 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 resultan insuficientes, no podrá obtener sentencia favorable. Por lo que resultan innecesarias las primeras fracciones ya que en las mismas se señalan las circunstancias específicas que deben probarse y que las abarca la fracción IV: "tener en su favor un principio de prueba".⁸⁴

La proposición de la reforma al artículo 382 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal será la siguiente:

Art. 382.- La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Con lo que así se omitirán las primeras tres fracciones del artículo, que en cierta forma se entiende que limitan la investigación de la paternidad, ya que en las mismas se señalan formas las cuales deberán probarse y que se encuentran en cierta forma comprendidas dentro de la fracción IV.

84 Cr. Monero Duhal, S. Op. Cit. p. 313.

Una vez permitida la libre investigación de la paternidad en nuestro derecho. Las parejas, no solamente las que están casadas y viven maritalmente, sino que en general las parejas y de manera muy especial para los varones para que se abstengan de engendrar a un nuevo ser sin estar preparados para cumplir con las responsabilidades que trae como consecuencia la concepción de un hijo.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El hijo matrimonial se determina por virtud de la concepción y no del nacimiento, aún cuando el matrimonio de sus padres esté disuelto, por divorcio, por nulidad o por muerte del cónyuge.

SEGUNDA.- Para que un hijo pueda ser desconocido, es necesario que haya nacido viable. Si nace no viable o muerto, se considera que nunca ha existido; no procede desconocerlo por que no existió.

TERCERA.- Es muy importante probar la filiación de una persona para su vida civil, ya que determina: la identificación de un sujeto a través del nombre que lo individualiza y la relación que existe con sus progenitores y con los demás familiares de estos.

CUARTA.- Es necesaria la posesión de estado para la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

QUINTA.- La adopción plena debe ser incorporada a nuestro derecho, para llevar acabo los fines de la adopción.

SEXTA.- Nuestra legislación actual al igualar la situación jurídica de todos los hijos, no importando su origen, elimina todo interés de la legitimación.

SEPTIMA.- Propongo que se deroguen las tres primeras fracciones del artículo 382 del Código Civil vigente para el Distrito federal, por considerar que estas de alguna manera están comprendidas en la cuarta fracción, en la cual se den amplísimas posibilidades para la investigación de la paternidad.

OCTAVA. - El tiempo para intentar la acción de investigación de la paternidad debe ser imprescriptible para el hijo en razón del derecho a conocer su origen como toda persona humana. Y no debe limitarse como lo establece el artículo 388 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Batiza, Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928. Edic. 1a. Edit. Porrúa. México, 1979.
- 2.- Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Floral. T. I. Vol. I. Edic. 4a. Edit. Reus. Madrid, 1938.
- 3.- Cicu, Antonio. El Derecho de Familia. Traduc. de Santos Melendo, Santiago. Edic. 1a. Edit. Edlar. Buenos Aires.
- 4.- Colín, Ambrocio y Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. Traduc. por la redacción de la Revista General de la Legislación y Jurisprudencia. T.I. Edic. 3a. Edit. Reus. Madrid, 1962.
- 5.- Chavez Ascencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Edic. 1a. Edit. Porrúa. México, 1984.
- 6.- De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. Edic. 1a. Edit. Porrúa. México, 1978.
- 7.- De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Vol. I. Edic. 10a. Edit. Porrúa. México, 1980.
- 8.- De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Edic. 8a. Edit. Porrúa. México, 1980.
- 9.- Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Edic. 19a. Edit. Espasa. Madrid, 1970.
- 10.- Enciclopedia Jurídica Ormeba. T. XII. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires.
- 11.- Enneccerus, Ludwing. Tratado de Derecho Civil. Traduc. por Pérez González, Blas y Castán Tobeñas, José. Vol. II. Edit. Bosch, Casa. España, 1946.

12.- Escribano, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Edit. Librería de la Viuda de Ch. Bourst. México, 1952.

13.- Fernández Clerigo, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Edit. Unión Tipográfica Editorial Hispano-americana. México, 1947.

14.- Fernández De León, Gonzalo. Diccionario de Derecho Romano. Edit. Sa. Buenos Aires, 1962.

15.- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Edic. Sa. Edit. Porrúa. México, 1982.

16.- Gasche Muller, Bernardo. Investigación de la Paternidad legítima. Edit. Departamento de Divulgación de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción, 1987.

17.- Mazeaud, Henri y otros. Lecciones de Derecho Civil. Parte I. Vol. III. Traduc. por Alcalá-Zamora y Castillo, Luis. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959.

18.- Montero Duhalde, Sara. Derecho de Familia. Edic. 1a. Edit. Porrúa. México, 1984.

19.- Obregón Heredia, Jorge. Diccionario de Derecho Positivo Mexicano. Edic. 1a. Edit. Obregón y Heredia. México, 1982.

20.- Planiol, Marcel y Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Traduc. Cajica Jr., José M. T. IV. Edic. 12a. Edit. Cajica Jr. Puebla Pue. México, 1948.

21.- Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil. T. V. Edic. 3a. Revisada. Edit. Ediciones Pirámide. Madrid, 1976.

22.- Rojas Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia T. II. Edic. 4a. Reformada y Aumentada. Edit. Porrúa. México, 1975.

23.- Somariva Undurraga, Manuel. Derecho de Familia. Edic. 2a. Edit. Nascimento. Chile, 1983.

LEGISLACION.

1.- Código Civil para el Distrito Federal. Edic.57a. Edit Porrua. México, 1988.

2.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Edic.32 a. Edit. Porrua. México 1988.