

714
2g.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

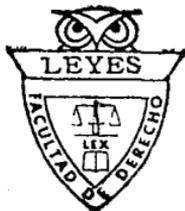
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

EL RECONOCIMIENTO DEL HIJO
EXTRAMATRIMONIAL, CUANDO LO HACE
PERSONA CASADA

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;
DORA PALOMARES HILTON



MEXICO, D. F.

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA GENERAL DE
EXAMENES PROFESIONALES

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

	Págs.
GLOSARIO	10
INTRODUCCION	15
CAPITULO PRIMERO	
PROGRESION HISTORICA DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL	
I. El hijo extramatrimonial en la antigüedad	17
II. El hijo extramatrimonial en el Derecho Romano	18
2.1. La filiación en el Derecho Romano	18
2.2. Evolución de la situación de los hijos en el Derecho Romano	21
III. La condición del hijo extramatrimonial en el Derecho Azteca	24
IV. Los hijos nacidos extramatrimonialmente en el Código Civil para el Estado de Oajaca de 1828	26
V. Los hijos extramatrimoniales en la legislación del Distrito Federal, con anterioridad al Código Civil vigente	28
5.1. Los hijos nacidos fuera de matrimonio en los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884	28
5.2. Los hijos extramatrimoniales en la Ley Sobre Relaciones Familiares	31
CAPITULO SEGUNDO	
GENERALIDADES SOBRE LA FILIACION	
I. Los conceptos de filiación, paternidad y mater- nidad. La relación paterno-filial	33
II. Diferentes especies de hijos que regula el Código Civil Vigente	39
2.1. Hijos de matrimonio	39
2.2. Hijos nacidos fuera de matrimonio	40
2.3. Hijos del concubinato y de la concubina	41
2.4. Hijos legitimados	42
2.5. Hijos adoptivos	43

III. Los hijos nacidos de matrimonio	44
3.1. A qu6enes se considera hijos nacidos de matrimonio	44
3.2. Establecimiento de la filiaci3n matrimonial	46
3.3. El desconocimiento del hijo nacido de matrimonio	46

CAPITULO TERCERO

LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

I. La antigua clasificaci3n de los hijos extramatrimoniales. Comentario de la sustentante	48
1.1. Hijos leg6timos e ileg6timos	49
1.2. Hijos espurios	50
1.3. Hijos adulterinos	52
1.4. Hijos sacr6legos	52
1.5. Hijos incestuosos y nefarios	52
1.6. Hijos m6nceres	52
II. Establecimiento de la filiaci3n del hijo extramatrimonial	53
2.1. Establecimiento de la maternidad con relaci3n al hijo extramatrimonial	53
2.2. Establecimiento de la paternidad con relaci3n al hijo extramatrimonial	54
2.2.1. El Reconocimiento Voluntario del hijo. Diversas formas de practicarlo	62
2.2.2. Reconocimiento del hijo, impuesto por sentencia en un juicio de investigaci3n de la paternidad. Sistema adoptado por el C3digo Civil vigente	64
2.3. La custodia del hijo extramatrimonial que ha sido reconocido	66
2.4. Efectos del reconocimiento. ¿Con el reconocimiento el hijo adquiere los mismos derechos que si hubiera nacido de matrimonio?	68

CAPITULO CUARTO

EL RECONOCIMIENTO POR PERSONA CASADA DE SU HIJO EXTRAMATRIMONIAL

I. Necesidad de que perdure la distinci3n entre hijos matrimoniales e hijos nacidos fuera de matrimonio	73
II. El reconocimiento de un hijo extramatrimonial, por la mujer casada	75

2.1. Estudio en contraste de los artículos 374 y 63 del Código Civil	75
2.2. Opinión de la sustentante acerca de si una mujer casada puede reconocer a su hijo extramatrimonial	78
III. Necesidad de que se modifique el artículo 372. para que sin necesidad de la autorización de su cónyuge, pueda el marido reconocer a su hijo extramatrimonial	80
CONCLUSIONES	85
BIBLIOGRAFIA	89

GLOSARIO

BONORUM POSSESSIO

UNDE COGNATI.- Posesión de los bienes concedida por el pretor en su edicto a los parientes cognados más próximos en grado al deculus, solamente hasta el sexto grado o el séptimo para los hijos de primos segundos.
Constituye el tercer llamamiento a la sucesión abintestato pretoria.

CAPITE MINUTUS.- Persona que ha sufrido un cambio en su capacidad, en su status, como consecuencia generalmente de una capitis deminutio.

CAPITIS DEMINUTIO.- Pérdida de estado o capitisdeminución; extinción de la personalidad civil por causas diversas que suponen la pérdida de los derechos derivados de la caput. Durante el derecho clásico su efecto es distinto según sea máxima, media o mínima. Originariamente parece expresaba la exclusión de una persona de las listas de

los ciudadanos, del censo, y sus efectos se equiparaban a la muerte natural.

CAPUT.- Sinónimo de personalidad y de status en el derecho romano.

DECURION.- Miembro de las antiguas curias romanas que durante el bajo imperio se encargaban de la recaudación de los impuestos en las villas municipales por órdenes del emperador, y que respondía con sus propios bienes.

INGENUUS.- Ingenuo. Hombre nacido libre que no ha sido jamás esclavo en derecho. En el bajo imperio la ingenuidad la adquieren también las personas libres que fueron esclavos, libertinus, por concesión general de Justiniano.

El Ingenuo podría ser ciudadano, latino o peregrino, disfrutando en cada caso de los derechos derivados de su condición.

JUSTAE NUPTIAE.- Matrimonio legal romano.

LIBERI INIUSTI.- Hijos nacidos fuera de justo matrimonio; nacen sui iuris y sólo están unidos a la madre y parientes maternos por lazos de cognación, careciendo de padre cierto.

LIBERI NATURALES.- Hijos naturales, nacidos en concubinato, cuya filiación es referida a la madre únicamente. En el bajo Imperio les fue reconocida la filiación paterna. También filiación adoptiva.

LIBERI SPURII. Categoría de hijos nacidos extramatrimonialmente, espúreos.

LIBERI VULGO CONCEPTI.- Hijos extramatrimoniales, en los que por la conducta equívoca de la madre no puede determinarse la filiación natural paterna: son liberi iniusti.

LIBERTINUS.- Liberto, libertino: antiguo esclavo liberado de la servidumbre por manumisión o por otra causa de concesión de la libertad, que goza de la situación de manumitido, considerado desde el punto de vista del derecho público y en sus relaciones de derecho privado, desde punto de vista distinto de sus relaciones con su antiguo dueño o patrono. Se los considera frente a los ingenui, o personas libres que nunca fueron esclavos.

- LIBERTUS** Libertos, antiguo esclavo a quien se ha concedido la libertad, considerado en relación a la persona que le ha manumitido.
- OBLATIO CURIAE.-** Oblación a la Curia. Forma de legitimación de los hijos creada por Teodosio II y Valentiniano III. en el 412 d. de C., por la que se legitima el hijo natural mediante su inscripción como miembro de la curia o senado municipal, al propio tiempo que el padre portaba 25 arpentos de tierra, y si era hija bastaba desposarla con un decurión y aportar como dote igual cantidad de tierra. Era posible aunque hubiese hijos legítimos, y Justiniano la convirtió en forma normal de legitimación.
- RESCRIPTA PRINCIPUM.** Tipo o modalidad de constituciones imperiales, con fuerza legal, en las que el emperador emitía su opinión sobre puntos jurídicos controvertidos a petición de las partes interesadas en su solución o de los jueces que habían de conocer del litigio; según la forma en que efectuaba la contestación, se denominaban "epistulae o subscriptiones".

SUI IURIS.-

Personas libres, según los romanos. Dícese de aquél que no está bajo la patria potestad ni tutela de nadie.

INTRODUCCION

Esta tesis ha sido desarrollada a partir de la búsqueda de respuesta a dos problemas:

Primero.- ¿ Puede el hijo de una mujer casada que no viva con su marido ser reconocido como hijo por otro hombre distinto, sin que exista el desconocimiento de paternidad por parte del marido y sin que sea necesario la existencia de sentencia ejecutoriada que haya declarado que no es hijo suyo?

Segundo.- ¿ Es necesaria la autorización de su cónyuge para que el marido reconozca a su hijo extramatrimonial?

El matrimonio ha sido considerado legal y moralmente el medio para constituir la familia. De allí que los hijos procreados por padres que no están unidos en matrimonio se han encontrado desde tiempos remotos padeciendo, por su origen, el tildado jurídico de ilegítimos e inmorales.

El Capítulo Primero de este trabajo está dedicada a un recorrido por algunas de las antiguas legislaciones que nos muestran actitudes contrastantes y sorprendentes en relación con los hijos según su origen: unas benevolentes con todos los hijos por igual, otras crueles y rigoristas al máximo con los más desdichados.

En el Capítulo Segundo se presenta un panorama general de la filiación, institución del Derecho de Familia de gran trascendencia en el

Derecho y en la sociedad; así como de los derechos y obligaciones inherentes de la relación paterno-filial.

La situación jurídica de los hijos extramatrimoniales se muestra en el Capítulo Tercero : las clasificaciones con las que la propia ley los ha distinguido de acuerdo a su origen; las formas en que puede establecerse la filiación extramatrimonial para que el hijo habido fuera de matrimonio pueda exigir lo que por ley le corresponde.

Finalmente, en el Capítulo Cuatro se abordan los dos problemas que inspiraron este trabajo, con los que se pretende demostrar que hay ocasiones en que la propia ley impide que los individuos acepten sus responsabilidades y cumplan con sus deberes, en detrimento de seres desprotegidos a quienes se hace nugatorios hasta los más elementales derechos que corresponden a todo ser humano per se.

CAPITULO PRIMERO**PROGRESION HISTORICA DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO
EXTRAMATRIMONIAL****I. El hijo extramatrimonial en la antigüedad.**

El primer Código de la historia fue el Código de Hamurabí, que tomó su nombre del rey Hamurabí, quien gobernó Babilonia durante 42 años, alrededor del año 2100 A.C., es decir, hace aproximadamente 4000 años.(1)

El Derecho Babilónico, a través del Código de Hamurabí, no solamente reconocía al hijo de hombre casado habido extramatrimonialmente con su esclava, sino que le otorgaba el derecho a recibir parte de la herencia, en condiciones iguales a las del hijo legítimo cuando el padre lo había considerado como hijo suyo, con la única diferencia de que éste tenía sobre aquél la preferencia de elegir y tomar primero la parte de la herencia que le correspondía.(2)

Roberto A.M. Terán Lomas señala que en los casos en que no había un reconocimiento expreso por parte del padre del hijo habido con su esclava, éste no heredaba, pero en cambio quedaba en libertad al igual que su madre. Por otro lado, los hijos de la sierva no reconocidos por su padre eran considerados ilegítimos.

(1) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XIII. Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L. Buenos Aires, 1961.

(2) TERAN LOMAS, Roberto A.M. Los hijos Extramatrimoniales. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1954. Págs. 7 y 8.

II. El hijo extramatrimonial en el Derecho Romano.

2.1. La Filiación en el Derecho Romano.-

En el Derecho Romano la familia estaba regulada por dos instituciones jurídicas: el parentesco natural o de cognación, y el parentesco civil o de agnación.

El parentesco natural o de cognación proviene de cualquier tipo de unión; es puramente natural y se funda simplemente sobre los lazos de sangre, parentesco que se da por la línea materna que no produce ningún efecto civil, es decir, no coloca en la familia, ni tampoco otorga derecho de familia alguno.

Es el parentesco civil o de agnación el que confiere los derechos de familia, mismo que se da por la línea paterna.(3)

El Derecho Romano se caracterizó por ser un sistema patriarcal, en virtud de que solamente contaba el parentesco por línea paterna o civil; y que mejor ejemplo de lo anterior que dos hermanos uterinos, es decir, de la misma madre, no eran considerados hermanos por el sólo hecho de ser hijos de diferentes padres.(4)

(3) ORTOLAN, M. Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Nueva Edición, rev. y aum., tr. por Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas. Volumen I. Hijos de Leocadio López. Madrid, 1912. Págs. 29 a 31.

(4) MARGADANT S., Guillermo F. El Derecho Privado Romano. 13a. edic. (1a. ed. 1960) corr. y aum. Editorial Esfinge, S.A. México, 1985. Pág. 195.

El hijo extramatrimonial que provenía de relaciones transitorias no tenía un padre cierto, y por consiguiente no tenía padre(5), ni apellido, y la única filiación legítima lo ligaba a su madre y a los parientes de ésta: los unía el parentesco natural o de cognación.

A las relaciones transitorias se les llamó estupro (stuprum), que es el término general para designar todo comercio ilícito; los hijos habidos de estas uniones fueron designados espurios (spurii) o vulgo quaesiti, lo que quiere decir que no tienen padre cierto. Y la situación es la misma en el caso de los hijos incestuosos (incestuosi o ex damnata coitu), y en el de los hijos adulterinos (adulterini).(6)

Diferente era la situación de los hijos nacidos de concubinato, ya que eran fruto de una unión duradera y aceptada. Se les consideraba hijos naturales de padre cierto. Aun así, los hijos nacidos de concubinato no estaban sometidos a la potestad paterna (patria potestas), salvo cuando mediaba la legitimación que era una institución que generalmente demandaba el posterior matrimonio de los padres(7), o bien podía obtenerse por oblación a la curia, es decir, cuando el padre ofrecía que su hijo desempeñaría las funciones de Decurión (cargo que prácticamente nadie quería por la gran responsabilidad que requería); o por un rescripto del Príncipe, mismo que solamente era otorgado cuando no había hijos

(5) TERAN LOMAS, Roberto A. M. Op. Cit. Pág. 9

(6) ORTOLAN, M. Op. Cit. Págs. 29 y 30.

(7) PETIT, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Tr. de la 9a. ed. francesa y aum. por D. José Ferrández González. Editora Nacional, S.A. México, 1980. Pág. 112

legítimos.(8) Los hijos adulterinos e incestuosos y todos aquéllos cuyos padres no podían contraer matrimonio por existir algún impedimento legal o temporal, quedaban excluidos de la legitimación, ya que ésta requería el matrimonio subsiguiente de los padres.

Para determinar si la filiación era matrimonial, en la época del Derecho Romano se determinaron ciertos parámetros, que subsisten a la fecha, considerando el tiempo que marca la naturaleza para que pueda realizarse el nacimiento de un hijo, siendo estos parámetros de 180 días como mínimo, contados a partir del momento de celebrado el matrimonio y dentro de 300 días como máximo contados a partir del momento en que por orden judicial se considera la separación de los cónyuges.

El hijo nacido dentro del tiempo legal admitido en el Derecho Romano se presume hijo del marido de la madre, en virtud del principio PATER IS EST QUEM JUSTAE NUPTIAE DEMONSTRANT, salvo que el padre pruebe no haber podido tener contacto carnal con la madre, ya sea por enfermedad, impotencia, por motivo de un viaje, etc.(9), situación que debía deducir el padre por la vía judicial en un término de 30 días después de nacido el hijo para el caso de querer desconocerlo como hijo suyo.

En el caso del hijo nacido de una relación transitoria y por tanto de padre incierto, solamente tenía la filiación legítima con su madre y con los parientes de ésta, en virtud de que la maternidad es un hecho fácil de

(8) BIALOSTOWSKY, Sara. Panorama de Derecho Romano. 2a. ed. (1a. ed. 1982). U.N.A.M. México, 1985. Pág.85.
(9) MARGADANT S., Guillermo F. Op. Cit. Pág. 202

comprobar y que salvo muy contados casos(10), siempre es cierta. El hijo ilegítimo tomaba el nombre de la madre y en muchos casos se veía en la necesidad de tomar un apellido cualquiera y de esta manera poder disimular el origen de su filiación.(11)

2.2. Evolución de la situación de los hijos en el Derecho Romano.-

La Ley de las XII Tablas prohibía que la madre sucediera a sus hijos, y que éstos sucedieran a su madre, en virtud de que entre ellos solamente existían lazos de sangre, es decir, el parentesco natural o de cognación, que, como ha quedado señalado anteriormente, no producía derecho alguno. Respecto al lugar atribuido a la madre. Eugène-Petit afirma lo siguiente: " a) Está excluida por los herederos suyos y los que les son asimilados, por el padre natural, y por los hermanos consanguíneos; b) Concorre con las hermanas consanguíneas; c) Excluye todos los demás parientes, aun agnados".(12)

En el Derecho Preclásico (aprox. 367 A.C. - aprox. 27 A.C.), ningún hijo valía como tal si no existía un acto expreso por parte del padre - el *tolere liberum*-(13), que era un acto judicial de reconocimiento, del que quedaban exceptuados los hijos adúlteros e incestuosos.

Durante el Derecho Clásico (130 A.C. - 230 D.C.) no se reconoció ningún acto para legitimar a los nacidos fuera de matrimonio. Eugène-Petit señala que en la época clásica los hijos nacidos de concubinato eran

(10) v.g. hijos expósitos cuya madre ha logrado ocultar su embarazo.

(11) D'ORS. Op. Cit. Pág. 285

(12) PETIT, Eugène. Op. Cit. Pág. 597

(13) MARGADANT S., Guillermo F. Op. Cit. Pág. 202.

cognados de la madre y de los parientes maternos y se les consideraba sui juris(14); en ese tiempo también se les designaba hijos 'spuri', y no fue sino hasta la época de Constantino que se les calificó de 'liberi naturales'.

En la época clásica, Gayo concedió por medio de un edicto la 'Bonorum possessio unde cognati', considerada como la más importante en materia de sucesiones 'ab intestato', porque representó un gran avance al llenar una laguna del Derecho Civil: por primera vez se consideró a los cognados entre los herederos, siendo el orden seguido en esta materia como a continuación se indica:

1. Los agnados capite minuti y sus descendientes, cuando los une con el difunto lazos de sangre;
2. El hijo adoptivo respecto de su padre natural;
3. Los parientes por las mujeres que vienen siendo los cognados;
4. Las mujeres agnadas, distintas de las hermanas consanguíneas en la época clásica;
5. Los hijos vulgo quaesiti o spurii (espurios), entre ellos, y para la sucesión de todos los parientes maternos;
6. Todos los parientes por cognación que tenían derecho a una bonorum possessio superior, y que la han descuidado. (15) En virtud de lo anterior, se concedió a los cognados los derechos de sucesión que el derecho civil reservaba a los agnados. Sin embargo, fue con Justiniano (época postclásica) y después de las Novelas 118 y 127, que desaparecieron realmente los privilegios que tenía la agnación y cuando a partir de ese momento el parentesco por cognación fue suficiente para conferir los derechos de familia.(16)

(14) PETIT, Eugéne. Op. Cit. Pág. 111.

(15) PETIT, Eugéne. Op. Cit. Pág. 595

(16) IBIDEM.

Fue en el Siglo II cuando se realizó una reforma definitiva por los Senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. Señala Eugéne-Petit que el Senadoconsulto Tertuliano llamó a la madre a la sucesión de sus hijos, pero le imponía ciertas condiciones. Le exigía que tuviera el 'Jus liberorum', es decir que debía tener tres hijos si era "Ingenua" o cuatro si era "manumitida", no importando que dichos hijos fueran legítimos o espurios, vivos o muertos.(17)

El D. José Ferrández González señala que se aplicaba el Senadoconsulto Orficiano a los hijos espurios porque con respecto a la madre no se distinguían los hijos en legítimos y naturales, por ser dicha distinción solamente respecto del padre. Nos dice el D. Ferrández: "Al estar la madre unida a sus hijos por los lazos de la sangre, todos sus hijos eran naturales y admitidos sin distinción por el pretor a la posesión de los bienes unde cognati; desde que los admitió a la herencia el Derecho Civil, se consideraron todos, bajo este concepto, como legítimos".(18)

Durante la época del derecho postclásico (285 D.C. - 565 D.C.), Justiniano suprimió el 'Jus liberorum' en el año 528, y con esta reforma, la madre ya podía suceder a su hijo, y, por otro lado, solamente quedaba excluida por los herederos suyos y por el padre natural.

El Senadoconsulto Orficiano (178 D.C.) llamó a los hijos a la sucesión de la madre antes que a los demás herederos, no importando si eran legítimos o vulgo concepti.

(17) PETIT, Eugéne. Op. Cit. Pág. 597.

(18) IBIDEM. Pag. 598. Nota del Traductor.

La Constitución de 389 les concede a los nietos el mismo derecho que el de la abuela. Justiniano concede a los hermanos y hermanas uterinos los mismos derechos que a los hermanos agnados, por lo tanto llama a la sucesión a sus hijos en el primer grado.

En el Bajo Imperio (S. IV-VI) se promulgaron varias constituciones más en favor de los nietos nacidos de una hija, de los hermanos y hermanas cognados y los hijos adoptivos.

III. La condición del hijo extramatrimonial en el Derecho Azteca.

A pesar de que la forma más común de la familia Azteca era la monogamia, los hombres podían ejercer la poligamia, con el único requisito de que pudieran mantener a todas sus esposas. Sin embargo, solamente una de esas esposas era considerada como la principal, siendo todas las demás esposas secundarias.(19)

Para poder determinar quién de todas las esposas era la principal, se consideraba que era aquella que contraía matrimonio siguiendo una ceremonia ritual en la que se ataba un extremo de la manta del varón con la blusa de la mujer.(20)

(19) ALBA, Carlos H. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano. Gráfica Panamericana, S. de R.L. México, 1949. Págs. 35 y 36.

(20) SOUSTELLE, Jacques. La vida cotidiana de los aztecas en vísperas de la Conquista. Vers. Española de Carlos Villegas. Fondo de Cultura Económica. México, 1956. Pág. 181.

Si bien todos los hijos de cualquier matrimonio, ya fuera principal o secundario, eran considerados legítimos, únicamente heredaba el primogénito habido con la mujer principal. Cabe señalar que sólo los varones podían heredar y no así las mujeres.(21)

Escribe Soustelle: "En todo caso, los hijos de las esposas secundarias siempre se consideraban pili (hijos) y podían llegar, si eran dignos de ello, a las funciones más altas. Cometeríamos un craso error si viéramos en ellos 'hijos naturales', 'bastardos', con lo que nuestro mundo atribuye o atribuía a esta denominación".(22)

Los aztecas cultivaban con sumo cuidado los valores morales. Enseñaban a sus hijos, desde pequeños, el dominio de sus propios cuerpos por medio de una férrea disciplina y severos castigos, y también desde muy temprana edad les predicaban la castidad y la pureza, y rechazaban la lujuria. A las mujeres públicas las llamaban también "mujeres malas" e incluso las consideraban hechiceras, ya que podían controlar la mente de aquéllos que las buscaban con cierta frecuencia. De los cronistas que han escrito sobre la época, deducimos que para los aztecas realizar el acto carnal demeritaba sus virtudes.

El adulterio se castigaba con pena de muerte, así como también el incesto. El delito de incesto en el Derecho Azteca, a diferencia de nuestro Código Penal vigente, incluía las relaciones sexuales entre hijastros y padrastros; entre suegros y yernos o nueras, así como también la unión sexual entre marido y mujer divorciados anteriormente.(23) "Sin embargo, si el incesto

(21) ALBA, Carlos H. Op. Cit. Pág. 36.

(22) SOUSTELLE, Jacques. Op. Cit. Pág. 182.

(23) ALBA, Carlos H. Op. Cit. Págs. 19 y 20.

se practicaba en contra de la voluntad de las mujeres, solamente se castigaba al hijo o padrastro incestuosos", señala Carlos H. Alba.(24)

Respecto de la situación que guardaban los menores, Sara Bialostosky señala que si todos los miembros de la comunidad gozaban de seguridad y subsistencia, con mayor razón los niños, a quienes se consideraba "joyas inestimables o plumas preciosas" y siempre estaban rodeados de afecto.(25) Relata Bialostowsky que el calpulli, que era "una institución supra-familiar, infra-estado", funcionaba como una 'gran familia' y que se protegía a los menores que por ciertas circunstancias no recibían protección de su familia.(26)

De lo anterior se desprende que los hijos fruto de relaciones transitorias eran tratados como cualquier otro niño, y por este simple hecho también eran dignos de respeto, de ser amados y protegidos por parte de toda la comunidad sin importar en absoluto su origen.

IV. Los hijos nacidos extramatrimonialmente en el Código Civil para el Estado de Oajaca de 1828.

Conforme al artículo 187, se llamaban hijos naturales a los hijos procreados fuera de matrimonio, de padres que no tenían impedimento para casarse, por lo que quedaban exceptuados de dicho término los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

(24) IBIDEM.

(25) BIALOSTOWSKY, Chazán (de) Sara. Estatuto Jurídico de los niños ilegítimos, huérfanos y abandonados desde el México prehispánico hasta el Siglo XX. Revista de la Facultad de Derecho de México, 1973. Pág. 321.

(26) IBIDEM.

Este Código prohibía que se reconocieran como hijos naturales a los procreados de un comercio incestuoso, adulterino o sacrilego (Art. 192). Asimismo, se les prohibió la averiguación de la paternidad y de la maternidad. Solamente en caso de raptó, si coincidía la época de éste con la de la concepción, entonces se consideraba al raptor como padre del niño, siendo necesario para ello la demanda de parte legítima.

Los hijos naturales reconocidos legalmente sólo tenían derecho sobre los bienes de su padre o madre muertos, y el porcentaje que les correspondía dependía de que hubiese o no descendientes legítimos, ascendientes, hermanos u otros parientes colaterales.

En cuanto a los hijos adulterinos, incestuosos o sacrilegos, la ley solamente les concedió alimentos.

El artículo 622 del Código de Oajaca de 1828 recoge de manera clara y precisa la situación del hijo extramatrimonial en esa época: "La ley solo concede alimentos á los hijos adulterinos, incestuosos ò sacrilegos; quienes ni pueden averiguar la paternidad, ni la maternidad, ni ser reconocidos legalmente por su padre ni madre" (sic).

Con respecto al registro del nacimiento de un hijo ilegítimo, aun si fuese hijo natural, no existía la obligación de declarar el nombre de su padre ni aun el de su madre si se consideraba que existían inconvenientes (Art. 31).

V. Los hijos extramatrimoniales en la Legislación del Distrito Federal con anterioridad al Código Civil Vigente.

5.1. Los hijos nacidos fuera de matrimonio en los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884.-

En la Exposición de Motivos del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870, se reconoce la desventajosa situación de los hijos ilegítimos, aduciendo que: "es una cuestión desagradable ya que padece el inocente, pero que no puede resolverse de otro modo, si se quiere conservar el orden de la sociedad, la paz de las familias y la moral, bienes de todo punto superiores al de un solo individuo".

El Código que nos ocupa enfatizó las deshonrosas distinciones del hijo extramatrimonial utilizando los términos de adulterino, incestuoso y espúrio, quienes, por otro lado, siguieron encontrándose en franca desigualdad frente a los hijos legítimos.

Respecto a las actas de nacimiento, dispuso que si el hijo presentado no era legítimo, sólo debía asentarse el nombre del padre o de la madre si éstos lo solicitaban por sí o por apoderado, haciéndose constar la petición en el acta. En el caso del hijo adulterino, sólo podía asentarse el nombre del padre o madre soltero si alguno lo era, pero jamás si alguno era casado, ni aun cuando lo pidiesen las partes. En el caso del hijo incestuoso, no podía asentarse más que el nombre de uno de los padres, con el fin de evitar el escándalo.

Con relación al parentesco, la ley reconocía solamente los de consanguinidad y afinidad, resultando el parentesco de consanguinidad el que unía a quienes descendían de una misma raíz o tronco; y el parentesco de afinidad el que se contraía ya por el matrimonio consumado, ya por cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón (artículos 190 a 192). En el acta de reconocimiento de hijos naturales debía expresarse que el hijo era natural (artículo 98).

En cuanto a la investigación de la paternidad, le estaba terminantemente prohibida al hijo nacido fuera de matrimonio, ya fuera a su favor o en su contra, a menos que éste hubiese sido concebido como resultado de raptó o violación, caso en que la paternidad se imputaba al raptor o violador.

Sin embargo, el hijo nacido fuera de matrimonio podía reclamar la paternidad en caso de hallarse en posesión de estado de hijo legítimo; en caso de haber usado constantemente el apellido de su padre con anuencia de éste; y en caso de haber sido tratado por su padre como su hijo legítimo (artículos 371 y 335).

El legislador introdujo importantes innovaciones en materia de sucesiones de este cuerpo de leyes pues tomó en cuenta los derechos de los hijos naturales y espurios tratando de no dañar los que les correspondían a los hijos legítimos al considerar que éstos tenían preferencia sobre aquéllos y por tanto la parte alícuota que recibirían los hijos legítimos debía ser mayor a la recibida por los hijos naturales. En

caso de que no hubiese más herederos, los naturales y los espurios recibían el total de la herencia (artículos 3463 a 3477).

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884 no aportó beneficio alguno que aligerara el trato rigorista hacia los hijos ilegítimos. En el Título Cuarto, Capítulo III de dicho ordenamiento, que regulaba lo referente a las actas de reconocimiento de hijos naturales se instituyó 'la designación de hijos espurios', misma que producía los mismos efectos que las actas de reconocimiento de hijos naturales, y al efecto el artículo 100 señalaba que dicha designación debía hacerse en el acta de nacimiento. Por otro lado, en el Título Sexto, Capítulo IV, el artículo 361 a su vez señalaba que la designación de hijos espurios también podía hacerse por testamento, y les dio la posibilidad de ser reconocidos. Sin embargo, el reconocimiento solamente era permitido a los hijos naturales, situación que excluía a los hijos provenientes de relaciones adulterinas o incestuosas.

En materia de sucesiones, se conservó el derecho de heredar a los hijos naturales y a los espurios legalmente reconocidos o designados, respectivamente. En el caso de que no hubiese descendientes legítimos, ellos heredaban la totalidad, haciéndose una división en partes iguales; pero en caso de concurrir descendientes legítimos, la situación era diferente según se tratara de hijos naturales reconocidos o espurios designados, ya que conforme al artículo 3597, éstos solamente tendrían derecho a alimentos, mientras que los naturales reconocidos podían heredar una parte, aun cuando ésta debía ser menor que la recibida por los hijos legítimos.

5.2.- Los hijos extramatrimoniales en la Ley Sobre Relaciones Familiares.-

La Ley Sobre Relaciones Familiares suprimió la clasificación de hijos espúrtos por considerarla una designación infamante, que solamente los estigmatizaba por faltas no imputables a ellos, y que a pesar de ser inocentes, siempre había sido la propia ley la primera en desprestigiarlos.

Asimismo, permitió que se legitimizara a todos los hijos habidos fuera de matrimonio (artículo 176), pero para ello era necesario el subsiguiente matrimonio de los padres, por lo que quedaban exceptuados muchos de los hijos nacidos de uniones ilícitas.

El término de 'hijo natural' se extendió a todo hijo extramatrimonial (artículo 186), siendo esto un avance para que fueran desapareciendo los denigrantes calificativos que se empleaban para designar a los hijos según el tipo de unión ilícita de la que provenían.

Sin embargo, conservó la prohibición de la investigación de la paternidad así como de la maternidad para los hijos nacidos fuera de matrimonio, ya fuera a favor o en contra del hijo, salvo dos casos: cuando éste tuviese la posesión de estado de hijo natural (esta excepción se anulaba si el padre o la madre cuya paternidad o maternidad se estaba reclamando estaba casada al tiempo en que se pedía el reconocimiento) y en caso de rapto o violación, si coincidía la época del delito con la concepción, ya que se atribuía la paternidad al raptor o violador, a instancia de las partes interesadas.

La mujer casada que quería reconocer a un hijo natural habido antes de su matrimonio, requería para ello el consentimiento de su marido. No era lo mismo para el hombre casado, quien podía reconocer a su hijo habido antes de su matrimonio o durante éste, y únicamente requería del consentimiento expreso de su mujer para llevar al hijo natural reconocido a vivir con ellos al hogar conyugal.

CAPITULO SEGUNDO

GENERALIDADES SOBRE LA FILIACION

I. Los conceptos de Filiación, Paternidad y Maternidad. La relación paterno- filial.

Guillermo Cabanellas define la filiación como la: "Procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos; y, también, la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona, que es su padre o su madre. Asimismo, se dice de las señas personales de cualquier individuo. La Filiación, lo mismo que la paternidad, puede ser: legítima, cuando los hijos son nacidos de legítimo matrimonio; ilegítima, cuando los hijos son nacidos fuera de matrimonio; y civil, con respecto al padre y a los hijos adoptivos."(27)

Para Rojina Villegas: "El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendentes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de este sentido 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

(27) CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Primera Edición. Editorial Atalaya, Bs. As. 1946. Pág. 237

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, la madre y el hijo".(28)

Planiol y Ripert señalan que la filiación: "Es la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado, y su repetición produce las líneas o series de grados."(29)

Respecto a la filiación, Manuel F. Chávez Ascencio nos dice que es una de las instituciones de mayor relevancia que constituye el Derecho de Familia por la gran responsabilidad que implica la procreación, y agrega: "En esta materia encontramos también presente el amor que es fundamental para la procreación y educación de los hijos. La relación humana vinculante de la filiación está impregnada de amor; consecuentemente también lo está la relación jurídica, si se quiere ser congruente entre Derecho y vida".

"Las relaciones íntimas, afectivas o amorosas no son coercibles, o lo son difícilmente. Esto, sin embargo, no impide que el Derecho las contenga

-
- (28) ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Vigésima Edición. Editorial Porrúa, S.A.. México, 1984. Pág. 449
- (29) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Primera Edición. Trad. por Lic. José M. Cajica, Jr. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1983. Pág. 111

como relaciones jurídicas, pues no sólo lo coercible es materia de Derecho".

Chávez Asencio agrega que la relación de padres e hijos puede verse desde dos puntos de vista: el natural y el jurídico. Desde el punto de vista natural la filiación es la relación de origen por la que se conoce a los ascendientes de un determinado sujeto. (30)

Desde el punto de vista jurídico: "La filiación reconoce la realidad biológica por la que unos seres descienden de otros, pero no toda filiación biológica necesariamente es jurídica. Se requiere que se cumplan los extremos previstos en la ley para que el hecho natural de la filiación y esa relación nacida de la naturaleza tenga consecuencias jurídicas. Es decir, para que tenga consecuencias jurídicas se requiere, o bien que se trate de una filiación nacida del matrimonio, o bien, si fuera extramatrimonial que hubiere el reconocimiento por los medios previstos en la legislación. Es decir, la filiación como vínculo jurídico no es sólo biológica, se requiere adicionalmente el reconocimiento legal. Lo usual es que la ley se base en la biología para generar el vínculo jurídico, pero tenemos también la filiación adoptiva que no tiene nexo alguno en la biología."(31)

Paternalidad y Maternalidad.- Terán Lomas señala: "La filiación ha sido definida por Demolombe como el estado de una persona, considerada como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre. A su vez,

(30) CHAVEZ Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987. Págs. 1 y 2

(31) IBIDEM. Pág. 3

paternidad y maternidad expresan las mismas relaciones consideradas en la persona, sea del padre, sea de la madre."(32)

Y agrega que para Planiol, Ripert y Rouast: "La relación de filiación toma el nombre de paternidad o maternidad cuando se la considera con referencia al padre o a la madre".(33)

De todo lo anterior se desprende que el hecho de la procreación produce entre padre, madre e hijo dos vínculos: uno biológico y uno jurídico. El vínculo jurídico se llama paternidad (que incluye la maternidad) cuando se refiere a los padres, y filiación cuando se refiere a los hijos.(34)

La relación paterno-filial.- Sobre el particular, Chávez Ascencio señala: "Paternidad y maternidad forman parte de la relación jurídica de la filiación, es decir, de la relación jurídica paterno filial. No son sinónimos paternidad o maternidad y filiación, pero hacen referencia a los sujetos entre los cuales se generan deberes, derechos y obligaciones". Este autor sostiene que la relación paterno- filial se establece entre padres e hijos por razón de los vínculos tanto biológico como jurídico que los unen.(35)

Chávez Ascencio sostiene que de esta relación surgen deberes, obligaciones pecuniarías y derechos familiares entre los padres y los hijos y en algunos

(32) TERAN Lomas, Roberto. Op. Cit. Pág. 3

(33) IBIDEM.

(34) BAQUEIRO Rojas, Edgard y BUENROSTRO Báez, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Harla, S.A. de C.V. México, 1990. Pág. 179

(35) CHAVEZ Ascencio, Manuel F. Op. Cit. Pág. 256.

casos se incluye a los abuelos.(36) Asimismo, indica que a este conjunto de deberes, obligaciones y derechos, desde el punto de vista de los padres, se le llama patria potestad.(37)

La patria potestad es definida por Collin y Capitant como: "El conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados".(38)

Chávez Asencio(39) señala como algunos de los principios básicos en la relación jurídica paterno-filial los siguientes:

a). Igualdad de dignidad y derechos de los hijos.- Nuestra legislación equipara al hijo matrimonial con el extramatrimonial, y otorga a ambos los mismos derechos e igual dignidad sin hacer distinción ni discriminación entre ellos.

b). Protección constitucional a los hijos.- El artículo 4o. constitucional otorga a los menores la garantía individual de ser protegidos y de que sus necesidades sean satisfechas, obligación que corresponde a los padres en primer término y en forma subsidiaria a las instituciones públicas.

c). El bien de los hijos.- Considera que el bien de los hijos es el principio que regula todas las instituciones como son la patria potestad, la adopción, la filiación, la tutela, etc.

(36) IBIDEM

(37) IBIDEM.

(38) COLIN Y CAPITANT. Citados por Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985. Pág. 667

(39) CHAVEZ Asencio, Manuel F. Op. Cit. Pág. 6

d). Igualdad de efectos jurídicos en relación a los hijos, salvo en el caso de la adopción, en cuya institución solamente se producen efectos entre adoptante y adoptado. Debe señalarse que también en el caso de los hijos adulterinos existe una limitación pues: "De hecho y jurídicamente es difícil que éstos puedan convivir en la familia originada por el matrimonio".

e) Filialción de hecho y de derecho.- "Algunas relaciones jurídicas paternofiliales no están jurídicamente declaradas, originándose así la filialción de hecho, que se basa en la posesión de estado de hijo, que, como prueba se refiere sólo a los hijos habidos de matrimonio y del concubinato y no a los extramatrimoniales."(40)

Habrá filialción de derecho cuando exista prueba documental, misma que puede proceder de: Registro Civil (acta de nacimiento y de matrimonio, y si ésta última no existe, la presunción se establecerá si se tiene la posesión del estado matrimonial); actuaciones judiciales o por la imputación de la paternidad derivada de una sentencia en cuyos casos deberá levantarse el acta correspondiente ante el Registro Civil para su debida comprobación; o bien, puede provenir de un acto jurídico como el reconocimiento y la adopción.(41)

f) Filialción indivisible o dividida.- En los hijos matrimoniales, la filialción será indivisible por corresponder a ambos padres. Igual será en caso de concubinato. Pero si se trata de hijos extramatrimoniales, es probable que la filialción sea dividida en virtud de que muchas veces solamente uno de

(40) IBID. Pág. 7

(41) IBID. Pág. 8

los progenitores reconoce al hijo, o en el caso de que alguno de ellos pierda la patria potestad sobre el hijo.(42)

g) Contenido del estado de hijo.- El estado de hijo tiene como principales consecuencias: "llevar el apellido, ejercer la patria potestad, la obligación alimentaria, las relaciones personales y jurídicas y los derechos sucesorios". Tales efectos serán extensivos a los hijos extramatrimoniales que hayan sido reconocidos.(43)

h) Intervención de la voluntad.- Para el caso de reconocimiento, es indispensable la voluntad del hijo, ya sea éste mayor de edad, o cuando el reconocimiento se efectuare siendo menor podrá impugnar la paternidad o la maternidad al cumplir la mayoría de edad; en el caso de la adopción, ésta podrá revocarse cuando las partes así lo convengan sin necesidad de una declaración o participación judicial (Art. 405 C.C.). Incluso en la tutela existen casos especiales en que puede renunciarse a ella.(44)

II. Diferentes especies de hijos que regula el Código Civil Vigente.

2.1. Hijos de Matrimonio.-

Conforme al artículo 324 C.C., son hijos del matrimonio los que nazcan después de 180 días de celebrado éste o antes de 300 días de su disolución.

Son hijos legítimos los concebidos y nacidos durante el matrimonio de los cónyuges, así como los habidos de matrimonio putativo.

(42) IBIDEM.

(43) IBIDEM.

(44) IBID. Pág. 62

Independientemente de que haya habido buena o mala fe de los contrayentes (art. 344 C. C.).(45)

Sara Montero Duhalt sostiene que: "el matrimonio trae como consecuencia directa la certeza de la filiación a favor tanto del hijo como del propio padre. En razón del estado de casados los cónyuges tienen derechos y deberes recíprocos, entre ellos la fidelidad, entendida por tal, la exclusividad de la relación sexual... En base a ello, la ley otorgará crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo. Padre es el que demuestran las justas nupcias, decían los romanos: Pater is est quem iustae nuptiae demonstrat. El marido de la mujer es el padre de los hijos que la misma dé a luz durante el matrimonio. Esta certeza de paternidad no es absoluta, pues admite prueba en contrario".(46)

La única prueba que se admite para destruir la presunción de paternidad es la de haberle sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (art. 325).

2.2. Hijos nacidos fuera de matrimonio.-

Sobre el particular, el artículo 360 del C. C. dispone que "la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo es establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad".

(45) IBID. Pág. 62

(46) MONTERO Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987. Pág. 268

Los hijos nacidos fuera de matrimonio son los concebidos por progenitores que no están unidos en matrimonio entre sí, ya sea porque uno de ellos está casado, o porque desean permanecer célibes, o cuando su concepción se origina fuera de los plazos legales establecidos en el artículo 324 C. C.; o bien cuando el hijo nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero (art. 334 C. C., frac. III).

Al respecto, Rojina Villegas nos dice: "Además de la filiación legítima que se determina en la forma ya explicada, tenemos la filiación natural, es decir, la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Vuelve nuevamente a tomarse en cuenta el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio" (47)

"La filiación extramatrimonial se establece en dos formas: por reconocimiento voluntario que realice el presunto padre mediante las formas y cumpliendo los requisitos legales. Surge también por la imputación de paternidad derivada de una sentencia en acción de reclamación de estado, interpuesta por el hijo o su representante legal".(48)

2.3. Hijos de concubinario y de concubina.

En virtud de que el concubinato es la relación permanente y duradera de hombre y mujer que llevan vida marital y que no se encuentran unidos en

(47) ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 450

(48) MONTERO Duhalit, Sara. Op. Cit. Pág. 267

matrimonio entre sí ni con distintas personas, el Código Civil para el D.F. de 1928 estableció a favor de los hijos la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina. Esto es, se establece a su favor la presunción de paternidad como en el caso de los hijos de matrimonio.

El artículo 382 del C.C. dispone: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina."

2.4. Hijos Legitimados.

Por medio de la legitimación se equipara al hijo legitimado con el legítimo por virtud del matrimonio subsecuente de los padres; sin embargo, es necesario que medie el reconocimiento del hijo, pudiendo realizarse éste antes o durante la celebración del matrimonio. Si consta el nombre de la madre en el acta de nacimiento, no será necesario el reconocimiento por parte de ella. Situación similar cuando conste en el acta el nombre del padre (artículo 354 a 356 C. C.).

De lo anterior se desprende que la legitimación requiere que los progenitores no se encuentren unidos en matrimonio con otra persona, y que no exista entre ellos algún impedimento para contraer matrimonio por razones de parentesco que no admitan dispensa.

Para Rojina Villegas, la legitimación es "aquella situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se

atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos, con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad".(49)

Los hijos adquieren sus derechos a partir del día de celebrado el matrimonio de sus padres, aun cuando el reconocimiento sea posterior. El beneficio de la legitimación se extiende a los descendientes de los hijos que hayan fallecido al celebrarse el matrimonio de sus padres y también a los no nacidos (concebidos) cuando el padre declare expresamente al momento de casarse, que reconoce al hijo de quien la mujer se encuentre o pueda encontrarse embarazada (artículos 357, 358 y 359 C. C.).

2.5. Hijos Adoptivos.

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 introdujo en la legislación mexicana la institución de la adopción, y la define como: "el acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural" (art. 220).

El artículo 390 del C.C. dispone que toda persona mayor de 25 años que no esté unida en legítimo matrimonio puede adoptar uno o más menores de 18 años o a un incapacitado que puede ser mayor de edad, y uno de los requisitos que señala la ley es que el adoptante tenga 17 años más que el adoptado.

También pueden adoptar marido y mujer, siempre y cuando ambos estén de acuerdo en considerar al adoptado como hijo, aun cuando sólo uno de

(49) ROTINA Villegas, Rafael. Op. Cit. Págs. 487 y 488

los cónyuges sea mayor de 25 años, pero es requisito indispensable que la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de por lo menos 17 años. (Art. 391 C. C.)

De lo anterior se desprende la singular situación que la adopción fue creada para personas célibes.

Los efectos jurídicos de la adopción se limitan exclusivamente entre adoptante y adoptado, pero subsisten los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuales se observará lo dispuesto por el artículo 157 (art. 402 C. C.).

III. Los hijos nacidos de matrimonio.

3.1 A quiénes se considera hijos nacidos de matrimonio? El matrimonio es la única fuente de la familia legítima, y por consiguiente, a los hijos concebidos dentro del matrimonio corresponde la filiación legítima.

El hecho de ser concebidos durante el matrimonio de sus progenitores, confiere a los hijos la certeza de su filiación materna, y un principio de certeza de su filiación paterna.

Durante la época del derecho romano se consagró a favor del hijo la presunción legal "Pater is est quem iustae nuptiae demonstrant" cuyo significado literal es: "el padre es aquél que demuestra el matrimonio"; principio que ha perdurado desde entonces y que regula el establecimiento de la filiación matrimonial.

En cuanto al significado de presunción de paternidad, PLANIOL y RIPERT especifican : "Se llama presunción la consecuencia que se deriva de un hecho conocido a otro desconocido: el hecho conocido es el estado de matrimonio en que ha vivido la madre; la paternidad, el hecho desconocido".(50)

Los hermanos Mazeaud sostienen que: "La paternidad legítima se presume legalmente por el hecho mismo del matrimonio".(51)

El artículo 324 del C.C. vigente dispone:

"Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

Esta presunción legal se desprende del hecho de la cohabitación de los cónyuges y de la fidelidad que deben guardarse, de lo cual resulta presumible que el hijo haya sido engendrado por el cónyuge.(52)

(50) PLANIOL y RIPERT. Op. Cit. Pág. 137

(51) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. III. Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959. Pág. 256

(52) BARROSO Figueroa, José. Apuntes para impartir la Cátedra de Derecho Civil. Derecho de Familia. Facultad de Derecho. U.N.A.M.

3.2. Establecimiento de la filiación matrimonial.

Para que pueda establecerse la filiación matrimonial es indispensable que los padres del hijo estén casados entre sí en el tiempo de la concepción. Deberán asimismo observarse los términos legales de nacimiento. Aun cuando el hijo nazca antes del término mínimo que fija la ley, en principio se le imputará al marido y corresponderá a éste, en todo caso, probar que le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento (artículos 325 a 327 del C.C.).

3.3. El Desconocimiento del hijo nacido de matrimonio.-Planiol y Ripert definen el desconocimiento de paternidad como: "el acto cuyo objeto es destruir la presunción de paternidad establecida contra el marido, en los casos en que éste no pueda ser padre del hijo." (53)

Por otra parte, señalan que será necesario el desconocimiento únicamente cuando el hijo posea su acta de nacimiento como prueba de su filiación materna y que es oponible al marido.(54)

La impugnación de paternidad podrá efectuarla solamente el marido y excepcionalmente alguno de sus herederos, en los términos señalados por los artículos 325 a 339 del C.C. Sin embargo, conforme lo dispuesto por el

(53) PLANIOL y RIPERT. Op. Cit. Pág. 140

(54) IBIDEM.

artículo 328, no podrá desconocer al:" hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio:

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

CAPITULO TERCERO

LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

I. La antigua clasificación de los hijos extramatrimoniales. Comentario de la sustentante.

Antiguamente, los hijos extramatrimoniales fueron objeto de diversas calificaciones. Por muchos años perduró una despreciable jerarquía de epítetos para referirse a los hijos habidos fuera de matrimonio según el estado civil de sus progenitores, o si a éstos los unía vínculo sanguíneo, o si alguno de ellos o ambos pertenecían a una orden religiosa en la que hubiesen hecho votos de castidad.

Como se desprende de la Exposición de Motivos de diversos códigos, así como de la información proporcionada por renombrados juristas, el fundamento de las calificaciones, a cual más de deshonrosa, que se daban a los hijos nacidos fuera de matrimonio, era el de evitar el escándalo que producían las uniones ilícitas de hombre y mujer en detrimento del matrimonio y de la familia legítima. Argüían que debía castigarse la inmoralidad de los padres, misma que quedaba al descubierto con el nacimiento de esos hijos, aun cuando a la luz de la legislación mexicana vigente resultara más injusto y escandaloso el hecho de privar a seres inocentes no solamente de los derechos más elementales de cualquier ser humano, como son tener un nombre, una educación, protección y la satisfacción de los medios de subsistencia, sino más terrible aun, despojarlos de su honor y del respeto que merece todo ser humano por se.

No fue sino hasta 1917 que la Ley Sobre Relaciones Familiares reunió bajo un sólo rubro a todos aquellos hijos nacidos fuera de matrimonio, independientemente de su origen.

Sin embargo, aun sin el ánimo de discriminar ni de ofender a los hijos extramatrimoniales, parte de la antigua clasificación de estos hijos perdura en el Código Civil para el D.F. en la parte relativa a las actas de nacimiento y a las actas de reconocimiento.

1.1. Hijos legítimos e ilegítimos.-

El Código de 1870 reconoció como hijos legítimos a los nacidos: "después de 180 días contados desde el matrimonio, ó dentro de los 300 siguientes á su disolución, sin que en contra se admita mas prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento " (sic).

Se consideraba, pues, hijos legítimos:

- A los concebidos durante matrimonio válido. Se entiende por matrimonio válido el celebrado conforme a las leyes y cánones;
- A los concebidos durante matrimonio putativo. Se entiende por matrimonio putativo el celebrado solemnemente conforme a los cánones (In facte Ecclesiae), de buena fe, por lo menos por uno de los cónyuges, desconociendo la existencia de algún impedimento dirimente. Sin embargo, ese desconocimiento debía continuar hasta después de la procreación del hijo, o de lo contrario, se consideraría hijo ilegítimo.(55)
- A los hijos legitimados, es decir, a los concebidos en el momento en que sus padres no estaban casados y que al momento de contraer matrimonio

(55) ORTOLAN, M. Op. Cit. Pág. 20

entre sí obtenían la legitimación del hijo. En este punto es importante aclarar que la legitimación solamente era posible si el padre y la madre no estaban unidos en matrimonio con otro hombre u otra mujer y cuándo no existía ningún impedimento para celebrar el matrimonio entre sí, situación que perdura en la actualidad.

Por exclusión, hijos ilegítimos serán todos aquéllos nacidos fuera de matrimonio legítimo o bien de matrimonio putativo contraído de buena fe conforme a las leyes.

Antiguamente se clasificaba a los hijos ilegítimos en naturales y espurios. Y dentro de la clasificación de hijos espurios encontramos la subclasificación de hijos adúlteros, incestuosos, nefarios, sacrílegos y mánceres, a los que nos referiremos más adelante.(56)

1.2.- Hijos Espurios.-

Eran hijos espurios los nacidos de mujer soltera o viuda y de padre desconocido, así como los concebidos de padres que no podían contraer matrimonio entre sí al tiempo de la concepción ni al del nacimiento, ya fuera por provenir de adulterio, de incesto o de una relación sacrílega.

A los hijos espurios se les distinguió de los naturales y de ninguna manera podía considerárseles como tales, ya que por razón de su origen se estimó que no debían gozar de los mismos privilegios. Incluso desde la

(56) Diccionario Jurídico Omeba, Tomo XIV. Pág. 13

época romana se les distinguía con las letras iniciales S.P. cuyo significado era 'sine patr', es decir, hijos sin padre.(57).

El Código Civil para el Distrito Federal de 1884 introduce la figura jurídica de la "designación de los hijos espúrtos", figura que equivalía al reconocimiento de los hijos naturales y que recibió ese nombre para poder distinguir dicho acto entre ambas clasificaciones.(58)

Fue la Ley Sobre Relaciones Familiares, misma que entró en vigor el 11 de mayo de 1917, la que suprimió la clasificación de hijos espúrtos por considerar injusto el "estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la ley era la primera en desprestigiar, tanto más cuanto que dada la disolubilidad del vínculo matrimonial, es fácil ya, no sólo reconocer, sino aun, legitimar a algunos de los hijos que antes sólo se podían designar, y por idénticas razones, se ha facilitado el reconocimiento de los hijos y aumentado los casos especiales en que puede promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido del progenitor, a fin de darles una posición definida en la sociedad, evitando, a la vez, que fomentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar..."(59).

(57) Digesto, Libro XXXVIII, tít. XVI, Ley 3, núm. 11, citado por MAGALLON Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A., México, 1988. Pág. 462

(58) BIALOSTOWSKY Chazán (de) Sara. Estatuto Jurídico de los niños ilegítimos, huérfanos y abandonados desde el México Prehispánico hasta el S. XX. Pág. 332

(59) Ley Sobre Relaciones Familiares, 1917. Exposición de Motivos.

1.3. Hijos adúlteros.-

Se designó hijos adúlteros a los habidos de hombre casado en mujer soltera o viuda, así como a los habidos de hombre casado, soltero o viudo con mujer casada con otro hombre.(60)

1.4. Hijos Sacrilegos.-

Los hijos sacrilegos eran los procedentes de padre clérigo de órdenes mayores, o cuando uno de sus progenitores había hecho votos de castidad en alguna orden religiosa.(61)

1.5. Hijos Incestuosos y Nefarios.-

Se llamó hijos incestuosos a los habidos de padres que tenían algún impedimento para contraer matrimonio por el hecho de existir entre ambos un lazo de parentesco o de afinidad. La diferencia entre los hijos incestuosos y los nefarios radicaba en el grado de parentesco que unía a ambos progenitores. Así, el término de incestuoso se utilizaba para designar al hijo habido entre parientes colaterales (v.g. tío y sobrina); y el término de hijo nefario al habido entre ascendientes y descendientes (v.g. padre e hija).(62)

1.6. Hijos mánceres.-

Se designó como hijos mánceres a los nacidos de madre prostituta, es decir, que llevaba una vida disoluta promiscua. Omeba señala que el

(60) ESCRICHE, Diccionario Jurídico. Op. Cit. Pág. 783;

OMEBA. Op. Cit. Pág. 13

(61) OMEBA. Op. Cit. Pág. 13

(62) IBID. Pág. 13

antecedente de esta clasificación de hijos lo encontramos en el derecho romano en los hijos llamados spurii, vulgo concepti.(63)

II. Establecimiento de la filiación del hijo extramatrimonial. -

La filiación extramatrimonial es también llamada filiación ilegítima por derivar de la unión no matrimonial.

Como ha quedado asentado en párrafos anteriores, el hijo extramatrimonial es el concebido en tiempo en que sus padres no están unidos en matrimonio entre sí, proviniendo en muchas ocasiones de relaciones transitorias de padre incierto; situación que hace difícil y a veces hasta imposible establecer la filiación paterna de ese hijo.

Para poder establecer la filiación extramatrimonial es necesario distinguir maternidad y paternidad.

2.1. Establecimiento de la Maternidad con relación al Hijo Extramatrimonial.- Se tendrá la certidumbre de la filiación con relación a la madre por el sólo hecho del nacimiento del hijo (art. 360 C.C.), salvo raras excepciones, como sería el caso de la mujer que ha logrado ocultar su embarazo, así como el alumbramiento y abandono del recién nacido (hijo expósito). Para que la certidumbre de la maternidad pueda establecerse, es necesario la conjunción de dos elementos: el hecho del alumbramiento y la identidad del producto; es decir, que la mujer haya dado a luz precisamente al hijo cuya filiación quiere establecerse.

(63) IBIDEM

2.2. Establecimiento de la Paternidad con relación al Hijo Extramatrimonial.- La situación de que el hijo extramatrimonial proviene en ocasiones de relaciones transitorias y muchas de ellas hasta promiscuas, hace no solamente difícil sino prácticamente imposible el establecimiento de la paternidad. Es entonces cuando se habla de un padre incierto.

La filiación extramatrimonial, por su propia naturaleza, no tiene a su favor la presunción de paternidad. *Pater is est quem iustae nuptiae demonstrant* y la ley señala solamente dos formas para su establecimiento: el reconocimiento voluntario que efectúe el presunto padre; y el reconocimiento forzoso o judicial (art. 360 C.C.), mismas que se analizan más adelante.

Con relación al establecimiento de la filiación del hijo extramatrimonial, el maestro Ignacio Galindo Garfias señala:

"La vía normal para establecer la filiación natural, tanto respecto de la madre como respecto del padre, es por medio del reconocimiento que de dicho hijo hagan cualquiera de sus progenitores o ambos, conjuntamente o sucesivamente (sic). El reconocimiento de un hijo, es el acto por el cual cualquiera de los progenitores o ambos, declaran que una persona es hija del declarante."(64)

Por su parte, Manuel Albaladejo afirma: "Presupuesto pues del reconocimiento es la filiación biológica. Reconocer es el acto de fijar o

(64) GALINDO Garfias, Ignacio. Op.Cit. Pág. 639

declarar solemnemente el padre, dicha filiación (de forma que tal fijación no es efecto del reconocimiento sino que es el propio contenido del acto de reconocer. Y su consecuencia será quedar fijada). Efecto del reconocimiento, es el convertir en filiación jurídica, la filiación biológica, es decir, constituir el estado. Y el reconocimiento se deriva de una presunción, la de la verdad de la filiación declarada, presunción que es a su vez, fundamento de la validez del reconocimiento."(65)

Antes de analizar las formas en que puede hacerse el Reconocimiento, es importante señalar su naturaleza jurídica: Es un acto jurídico solemne, ya que únicamente puede hacerse en las formas expresamente señaladas por la ley (Art. 369 C.C.). Señala Plantol que la formalidad con que se reviste este acto se estableció con dos fines: para asegurar la libre confesión del que reconoce, y para que el hijo reconocido tuviera a su favor una prueba de dicho acto.(66)

-Es un acto personal y no personalísimo. El reconocimiento es un acto personal pues solamente puede hacerlo el propio padre o la propia madre, no pudiendo jamás reemplazar uno al otro, conforme al artículo 366 del C.C., mismo que señala que el reconocimiento produce efectos únicamente respecto del progenitor que reconozca. Es más, al progenitor que reconozca a su hijo le está prohibido mencionar el nombre del otro progenitor, así como cualquier otro dato por el que éste pueda ser identificado, y de hacerlo, deberá testarse y se tendrá como no puesto (Art. 370 C.C.).

(65) ALBALADEJO, Manuel. Citado por Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. Pág. 640
(66) PLANTOL y RIPERT. Op. Cit. Pág. 162

Por otro lado, el maestro Rojina Villegas señala que el reconocimiento no es un acto personalísimo, ya que puede hacerse por medio de un mandatario,(67) como lo señala el artículo 44 del C.C. y que al efecto dice: "...En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, juez de lo familiar, menor o de paz".

-Es un acto unilateral y plurilateral, dependiendo no del número de voluntades que intervengan en la manifestación de voluntad, sino de las partes que intervengan en el acto. Será unilateral cuando se realice por una sola declaración de voluntad, ya sea del padre o de la madre, para reconocer al hijo. Dicho acto deberá realizarse ante el Oficial del Registro Civil.(68)

El reconocimiento será un acto plurilateral cuando se presenten cualesquiera de las dos siguientes situaciones:

Cuando el reconocimiento del hijo menor de edad se hace fuera del término legal es necesario que se le nombre un Tutor como representante. Si es mayor de 14 años, entonces podrá expresar su conformidad con dicho acto; y cuando el hijo que se pretende reconocer es mayor de edad, deberá él mismo dar su consentimiento expreso para la realización de dicho acto.(69)

-Es un acto irrevocable. Por ser el reconocimiento una manifestación de voluntad, una confesión de tal trascendencia, no es posible que la ley no

(67) ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 513

(68) IBID., Pág. 508

(69) IBIDEM

tome las providencias necesarias para dejarlo prácticamente al capricho de quien reconoce. Aun cuando el reconocimiento se haga por testamento y éste sea revocado, el reconocimiento permanece irrevocable (artículo 367 C.C.).

- Es un acto formal.- Es indispensable que un acto de tal repercusión en el derecho de familia garantice su autenticidad, por lo que, para que sea válido, deberá realizarse ante la autoridad competente.

- Es un acto puro y simple. El reconocimiento voluntario es una manifestación de voluntad que no puede estar sujeta a condición, ni término alguno. Y en caso de que en el acto mismo se anotara cualquier cláusula condicional, simplemente se tendrá por no puesta.

-Es un acto de efectos retroactivos al tiempo de la concepción del hijo, puesto que a partir de ese momento era ya su hijo y no a partir del momento del reconocimiento mismo.

El reconocimiento debe de contener ciertos elementos que se consideran esenciales para que pueda constituirse. La falta de cualquiera de ellos, producirá la inexistencia del acto y como consecuencia, no tendrá efectos jurídicos.(70)

Los elementos esenciales o de existencia del reconocimiento son: la manifestación de voluntad; el objeto; el reconocimiento que la norma jurídica haga en mayor o menor medida a la declaración de voluntad, para atribuirle consecuencias de derecho; y la solemnidad.

(70) IBID., págs. 513 a 517

La manifestación de voluntad en el reconocimiento. La declaración de voluntad que lleve a cabo la madre o el padre al aseverar que el reconocido es hijo suyo crea derechos y obligaciones a favor o en contra tanto del reconocido como de aquel que reconoce. Por otro lado, es necesario que la declaración de voluntad se realice precisamente conforme lo establece la ley (por escrito, ante un funcionario determinado y en cualquiera de los únicos modos que acepta la ley conforme al artículo 369 del C.C.), en virtud de que, como quedó asentado en párrafos anteriores, el reconocimiento es un acto jurídico solemne.

Recordemos que el reconocimiento puede ser un acto jurídico unilateral o plurilateral, si las voluntades constitutivas del acto provienen de una o de las dos partes de la relación, dependiendo de que el reconocido sea menor o mayor de edad.

El objeto.- El objeto en el reconocimiento como acto jurídico consiste en crear derechos y obligaciones, tanto respecto de quien reconoce como del reconocido. Con el reconocimiento, nuestro sistema legal otorga al hijo extramatrimonial los mismos derechos que al hijo matrimonial, es decir, que los padres que reconozcan a su hijo habido fuera de matrimonio tendrán las mismas obligaciones respecto de él que como si hubiese nacido de matrimonio.

El reconocimiento que haga la norma jurídica a la manifestación de voluntad, para crear derechos y obligaciones.- Basta que en el acto del reconocimiento se declare que el reconocido es hijo suyo, para que el padre y/o la madre adquieran todas las obligaciones que en tal carácter les

impone la ley. Una vez realizado el acto del reconocimiento, como acto voluntario, los efectos que del mismo se desprenden dependen por completo de la norma jurídica. Si el autor del reconocimiento quiere imponer cualquier condición o límite a dicho acto, simplemente se tendrá por no puesto, ya que no está a su arbitrio decidir los derechos o beneficios que podrá obtener el hijo; con el sólo hecho de haberlo reconocido origina que la ley le imponga todas las obligaciones como padre. Rojina Villegas afirma al respecto:

"... y es así como interviene este tercer elemento esencial para que el acto jurídico exista en la medida en que la norma reconozca, imponga, reduzca o limite las consecuencias jurídicas que su autor haya declarado u omitido".(71)

La Solemnidad.- Como ha quedado establecido en párrafos anteriores, el reconocimiento es un acto jurídico solemne, en virtud de que está revestido de una formalidad especial, que debe hacerse por escrito, y que debe otorgarse ante el funcionario que determine la ley. Rojina Villegas afirma que nuestra legislación solamente reconoce como actos solemnes a algunos de los actos del Registro Civil (72) y el reconocimiento es uno de ellos.

Habiendo señalado que la existencia del reconocimiento, como acto jurídico que es, depende de que éste contenga los elementos esenciales (de existencia) arriba mencionados, a continuación señalaremos los elementos de validez necesarios para la existencia perfecta de todo acto jurídico. En

(71) ROJINA Villegas, Rafael. Op.Cit. Pág. 517; GALINDO Garfías, Ignacio. Op. cit. Págs. 214 y 215

(72) IBID., Pág. 139

el momento que falte alguno de los elementos de validez se dice que el acto de reconocimiento está viciado. Ese vicio puede ser interno o externo y afecta la existencia del acto, por lo que el mismo tendrá una existencia imperfecta, lo que dará como resultado la nulidad del acto del reconocimiento. La nulidad puede ser relativa o absoluta, como veremos más adelante.

Los elementos de validez del acto del reconocimiento son: la capacidad de ejercicio; la ausencia de vicios en la voluntad (error, dolo, violencia); y la licitud en el reconocimiento.

La capacidad de ejercicio.- Para Rojina Villegas, la capacidad de ejercicio: "consiste en la aptitud que tiene un sujeto para hacer valer directamente sus derechos, o cumplir sus obligaciones, para celebrar actos jurídicos o comparecer en juicio como actor o demandado, por su propio derecho."(73)

No tendrán capacidad de ejercicio los menores de edad, los privados de inteligencia por idiotismo o imbecilidad y aquéllos que padecen perturbaciones en sus facultades mentales por locura, embriaguez consuetudinaria o uso constante de drogas enervantes y los sordomudos que no sepan leer o escribir. Sin embargo, podrán ser titulares de derechos y/o de obligaciones por conducto de un tutor, quien será su representante.

El menor de edad que quiera reconocer a un hijo deberá contar con el consentimiento del que, o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o

(73) IBID., Pág. 136

de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o de faltar ésta, deberá tener autorización judicial (artículo 362 C.C.).

Señala Rojas Villegas que al exigir la ley una edad mínima para efectuar el reconocimiento, se está exigiendo una cierta capacidad de goce, misma que parte del hecho biológico de la posibilidad de engendrar.(74)

En virtud de lo anterior, los enajenados mentales, los idiotas, los imbéciles y los sordomudos que no sepan leer y escribir, siempre y cuando cuenten con la edad biológica para engendrar, también podrán reconocer a un hijo por medio de un representante legal o tutor.

Para poder efectuar el reconocimiento voluntario del hijo es indispensable tener la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido (art. 361 C.C.). Recordemos que la edad exigida para contraer matrimonio es de 16 años para el varón y de 14 para la mujer, por lo que a estas edades deberá agregarse la edad del hijo a reconocer.

Ausencia de vicios de la voluntad en el reconocimiento.- Siendo la voluntad un elemento esencial del acto del reconocimiento, es fundamental que esté formada de manera consciente y libre. Al respecto, afirma Galindo Garfias lo siguiente: "La voluntad no es consciente cuando el sujeto padece error; no es libre cuando se emite bajo coacción. El error puede ser involuntario o provocado. En el primer caso se habla simplemente de error, en el segundo caso se alude al dolo. Cuando la voluntad del sujeto es arrancada por medio de amenazas o intimidaciones,

(74) IBIDEM

no puede hablarse de una voluntad libremente formada, en ese caso al vicio de la voluntad se le llama violencia o intimidación.”(75) La voluntad no es consciente cuando se parte de una creencia falsa.

Ahora bien, el único caso en que el reconocimiento puede ser anulable es cuando el menor de edad pruebe que sufrió de error o engaño al haber reconocido como suyo a un hijo que no lo es, y podrá intentar la acción hasta 4 años después de la mayoría de edad, es decir, hasta los 22 años. (artículo 363 C.C.).

2.2.1. El Reconocimiento Voluntario del Hijo. Diversas formas de practicarlo.-

El artículo 369 del C.C. señala los modos de practicar el reconocimiento:
I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil; II. Por acta especial ante el mismo juez; III. Por escritura pública; IV. Por testamento; y V. Por confesión judicial directa y expresa.

I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil.- Este modo de reconocer se realiza cuando el hijo extramatrimonial es presentado por uno de sus progenitores o por ambos para su registro ante el Juez del Registro Civil. Se levantará el acta de nacimiento, misma que constituye prueba plena oponible a todo el mundo (erga omnes). El acta de nacimiento surte los efectos legales de reconocimiento, sin necesidad de acto jurídico adicional, conforme a lo dispuesto por el artículo 77 C.C.(76)

(75) GALINDO Garfias, Ignacio. Op. Cit. Pág. 229

(76) CHAVEZ Asencio, Manuel F. Op. Cit. Pág. 130

II. Por acta especial ante el mismo Juez.- Cuando el reconocimiento se realiza con posterioridad al levantamiento del acta de nacimiento, se levantará ante el mismo Juez del Registro Civil un acta especial llamada Acta de Reconocimiento. Esta misma disposición se encuentra plasmada en el artículo 78 C.C.(77)

III. Por escritura pública.- Cuando el reconocimiento se realiza por escritura pública ante Notario Público, es necesario presentar original o copia certificada que contenga el reconocimiento para su inscripción ante el Oficial del Registro Civil, dentro de un término de 15 días y de esta manera el título constituya prueba plena oponible erga omnes.(78)

IV. Por testamento.- Siendo el testamento una disposición de los bienes, de institución de herederos y/o legatarios, de declaraciones y cumplimiento de deberes para después de la muerte del testador, es posible reconocer a un hijo por medio de un testamento, y que las consecuencias jurídicas de dicho acto surtan efecto, aun en vida del testador. Es de suma importancia señalar que a pesar de que una de las características del testamento es su revocabilidad, no sucede lo mismo con el reconocimiento, pues éste es irrevocable; por lo que, cuando el reconocimiento se haga por testamento, si éste se revoca, no se tendrá por revocado el reconocimiento. Así lo ha dispuesto la ley en su artículo 367 que reza: "El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento." Para que este modo de reconocer constituya prueba

(77) IBIDEM.

(78) IBIDEM.

plena oponible erga omnes, también se requiere su inscripción en el Registro Civil.(79)

V. Por confesión judicial directa y expresa- Este modo de reconocer se da cuando durante un juicio de investigación de la paternidad o de la maternidad el progenitor demandado se allana y acepta al hijo como suyo.(80)

2.2.2. Reconocimiento del hijo, impuesto por sentencia en un juicio de investigación de la paternidad. Sistema adoptado por el Código Civil Vigente.

Cuando el hijo extramatrimonial no obtiene el reconocimiento voluntario de cualquiera de sus progenitores, podrá establecer su filiación ejercitando la acción de reconocimiento forzoso que le otorga la ley. Al efecto, será necesario que entable un juicio de investigación de la paternidad o maternidad que termine con una sentencia condenatoria que declare el reconocimiento.(81)

Sobre la Investigación de la Paternidad, encontramos en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1928 lo siguiente: "Se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quiénes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación por

(79) IBID., Págs. 130 y 131

(80) BARROSO Figueroa, José. Op.Cit. Pág. 132

(81) BAQUEIRO y BUENROSTRO. Op.Cit. Pág. 197

parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución".

Investigación de la maternidad.

Todos los autores coinciden en que antes de establecer la paternidad es necesario saber quién es la madre, pues si no se sabe quien es ella, mucho más difícil saber quien es el padre.

Conforme al artículo 60 C.C., la madre está obligada a reconocer a su hijo, y a que su nombre aparezca en el acta de nacimiento.

La ley prohíbe la investigación de la maternidad cuando de ella resulte la atribución del hijo a mujer casada (art. 385), salvo cuando la maternidad resulte de una sentencia civil o criminal (art. 386). Sin embargo, si no se trata de mujer casada, sí se permite dicha investigación al hijo extramatrimonial así como a sus descendientes y se aceptan cualesquiera de los medios ordinarios de prueba (Art. 385).

Investigación de la paternidad.

Conforme al artículo 382 del C.C., la investigación de la paternidad se permite en los siguientes casos:

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

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

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

Esta disposición contiene los únicos cuatro casos en que se permite la investigación de la paternidad, por lo que se considera de manera limitativa y no enunciativa. Sin embargo, como la fracción IV permite al presunto hijo presentar cualquier principio de prueba que tenga a su favor contra el pretendido padre, resulta que se concede una libertad absoluta en la investigación de la paternidad.

Conforme lo dispuesto por el artículo 387 del C.C., de la fracción arriba mencionada deberá exceptuarse el hecho de dar alimentos, lo cual no constituye por sí solo prueba ni tampoco presunción de paternidad o maternidad.

El artículo 388 del C.C. dispone que solamente pueden intentarse las acciones de investigación de paternidad o maternidad en vida de los padres; pero en caso de que éstos hubieren fallecido siendo los hijos menores de edad, les permite intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.

2.3. La Custodia del hijo extramatrimonial que ha sido reconocido.

Es importante señalar la diferencia entre custodia de un menor y la patria potestad. Como custodia debe entenderse la acción de guardar y vigilar la educación del menor con el cuidado amoroso inherente la relación

paterno-filial. Como patria potestad debe entenderse: el conjunto de derechos y poderes que la ley concede a los ascendientes sobre la persona y bienes de sus hijos menores para el cumplimiento de sus obligaciones de padres. En lo tocante a la custodia del hijo extramatrimonial, encontramos tres situaciones distintas:

La primera, cuando ambos padres reconocen al hijo en el mismo acto, es decir, al mismo tiempo, ambos tendrán la patria potestad sobre él pero deberán decidir cual de los dos tendrá la custodia del hijo, pues de no hacerlo, corresponderá al Juez de lo Familiar decidirlo, después de haber oído a los padres y al Ministerio Público atendiendo a los intereses del menor (Art. 380 C.C.).

La segunda situación que puede presentarse es que el reconocimiento se realice también por los dos padres pero en distintos momentos. En este caso, los dos tendrán la patria potestad del hijo y la custodia corresponderá al padre que haga primero el reconocimiento, a menos que los padres convengan otra cosa, situación que podrá cambiarse si a juicio del Juez de lo Familiar existe alguna causa grave que haga necesario dicho cambio de custodia, para lo cual será necesario realizar una audiencia con los padres y con el Ministerio Público (Art. 381 C.C.).

La tercera situación se presenta cuando los padres del hijo extramatrimonial viven juntos. En este caso, señala el artículo 415 del C.C., ambos padres ejercerán la patria potestad, y por el hecho de vivir juntos, ambos tendrán la custodia del menor.

Huelga decir que si solamente ha reconocido uno de los progenitores, él tendrá tanto la patria potestad como la custodia.

2.4. Efectos del Reconocimiento. ¿Con el Reconocimiento el hijo adquiere los mismos derechos que si hubiera nacido de matrimonio?

Señala PLANIOL que el reconocimiento: "Es un medio de prueba de valor general que produce efectos en favor o en contra de toda persona; es un acto del estado civil y no una sentencia".(82)

Por su parte, Jorge Sánchez Cordero señala que el reconocimiento es un estado legal que, como acto del estado civil, hace prueba erga omnes, y que por tratarse de un acto declarativo de una filiación, sus efectos comienzan a partir del momento de la concepción.(83)

Conforme al Artículo 389 del C.C., con el reconocimiento el hijo adquiere los siguientes derechos :

- 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;(84)
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fija la ley.

(82) PLANIOL y RIPERT. Op. Cit. Pág. 173

(83) SANCHEZ-CORDERO Dávila, Jorge. Introducción al Derecho Mexicano. Tomo I. U.N.A.M. México, 1981. Pág. 775

(84) NOTA: El término alimentos comprende legalmente: la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en casos de enfermedad y la educación para los menores de edad. (artículo 308 C.C.)

Asimismo, el hijo reconocido queda bajo la patria potestad de las personas que lo reconozcan ya que el reconocimiento genera el vínculo jurídico paterno-filial.(85)

El reconocimiento proporciona al hijo los mismos derechos que si hubiera nacido de matrimonio; salvo el derecho de vivir en el hogar conyugal, situación por demás lógica ya que al no estar los padres unidos en matrimonio, dicho hogar conyugal no existe. De hecho, es la única diferencia que existe entre el hijo de matrimonio y el hijo extramatrimonial, y aun cuando se considere que es una situación desventajosa, no puede ser de otra manera dada la naturaleza de su filiación.

A continuación se proporcionan algunos comentarios con relación a los derechos que adquiere el hijo extramatrimonial con el reconocimiento, por considerarlos de sumo interés:

I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca.- Cuestión importante para borrar las huellas infames de la discriminación de que siempre han sido objeto los hijos extramatrimoniales.

Me refiero a la reforma y adiciones que sufrieron los artículos 58 y 389 del C.C. y que fueron aprobados en diciembre de 1975, por las cuales se admitió como derecho del hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores, a llevar los dos apellidos de éste, encontrando su fundamentación en dos circunstancias:

(85) CHAVEZ Asencio, Manuel P. Op. Cit. Págs. 265 y 266

Primera: Con el fin de evitar discriminaciones hacia el hijo extramatrimonial, quien, hasta la fecha en que esta reforma fue aprobada, tenía derecho a llevar solamente el apellido paterno del progenitor que lo había reconocido; y Segunda: Establecer de manera más precisa la identidad de las personas.

A pesar de que la legislación mexicana se enorgullecía de haber borrado las "odiosas" distinciones entre hijos legítimos y naturales e ilegítimos, de alguna manera se seguía marcando una notable distinción entre los hijos, pues aun cuando se había omitido la referencia de ser hijo natural en el acta de nacimiento, el hecho de que el hijo extramatrimonial sólo pudiese llevar un apellido seguía siendo una discriminación con graves efectos sociales y psicológicos para estos hijos, que jamás eligieron nacer bajo tales circunstancias, pero que a juicio de muchos juristas y legisladores debían llevar a cuentas las faltas de sus padres.

III.- En cuanto a la Fracción III del artículo 389, se concede plena igualdad con los hijos de matrimonio. La Sucesión legítima llama de igual manera a todos los hijos, sin aludir a su calidad de matrimoniales o extramatrimoniales.

Art. 389 Frac.. II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan. Esta obligación del que reconoce hacia el hijo reconocido parece a simple vista que alude exclusivamente al progenitor que reconoce, excluyendo de dicha obligación a los demás parientes que legalmente están obligados. Tan es así, que el Diputado Abel Vicente Tovar, en uso de la palabra durante los debates realizados en la Cámara de Diputados para aprobar el

mencionado Proyecto de Decreto de Reformas y Adiciones de los Artículos 58 y 389 Fracciones I y II del C.C. del D.F., sugirió se adicionara a la Fracción II lo siguiente: "...sin perjuicio de la obligación que en el mismo sentido pueden tener otras personas, conforme a la ley."

Dicha sugerencia estaba muy bien fundamentada. El Lic. Vicencio Tovar manifestó su interés en prevenir el intento de evasión de la obligación de alimentar a los menores por personas distintas de los padres que hacen el reconocimiento; agregó que consideraba que sería conveniente hacer esa salvedad para evitar "manobras de litigantes poco escrupulosos" (86)

A dicha propuesta, el Diputado Filiberto Soto Solís contestó: "...sería reiterativa de lo que ya dispone el Código Civil en el capítulo mencionado de alimentos".

Por mayoría de votos, la propuesta del Lic. Vicencio Tovar fue descartada. Considero que dicha votación fue muy desafortunada ya que, el texto mismo de la fracción II del Art. 389 del C.C. dice: "A ser alimentado por las personas que lo reconozcan". ¿Por qué se redactó de manera tan limitativa el derecho de los hijos extramatrimoniales a ser alimentados únicamente por las personas que los reconozcan? ¿Por qué la insistencia del Diputado Soto Solís en que el texto de dicha fracción no requería de ninguna aclaración o salvedad, si claramente señala la ley que la obligación de dar alimentos corresponde a las personas que lo reconozcan? ¿No se presta dicha redacción a que la interpretación que se haga de la misma resulte una obligación exclusivamente para los que reconocen?

(86) Debates de la Cámara de Diputados. Dictamen 1a. Lectura. 1975.

Basta recordar que hasta hace unos años, los hijos extramatrimoniales, además de las clasificaciones infamantes que los estigmatizaba de por vida, prácticamente no tenían derecho a nada, según fuera su origen, por lo que considero fuera de lugar el que se pretenda hacer creer que no es necesario que la redacción de la ley sea clara y precisa, aludiendo a una repetición, que de sobra resulta indispensable en Derecho para una comprensión lisa y llana de las normas.

CAPITULO CUARTO

EL RECONOCIMIENTO POR PERSONA CASADA
DE SU HIJO EXTRAMATRIMONIAL**I. Necesidad de que perdure la distinción entre hijos matrimoniales e hijos nacidos fuera de matrimonio.**

Rojina Villegas afirma que la misma naturaleza marca la distinción entre los hijos nacidos en matrimonio y los nacidos fuera de él debido a que la prueba de la filiación no puede ser igual en ambos casos. "Pero aquí no hay una distinción odiosa o injusta". Simplemente es el caso que la filiación matrimonial goza de la presunción **Pater is est quem justae nuptiae demonstrant**, de la que carece la extramatrimonial, al no haber certeza de la paternidad.(87)

Igualmente, Pacheco Escobedo se pronuncia en contra de la desaparición de la distinción de hijos en matrimoniales y extramatrimoniales, para efectos del establecimiento de la filiación.

Sobre el particular, Pacheco Escobedo señala: "En relación con el problema de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos se ha levantado polémica con frecuencia, y se saca de quicio la cuestión, cuando no se considera con profundidad y sin apasionamiento. Hay que partir de la base que el hijo nacido fuera de matrimonio no es culpable de esa situación, y por tanto es correcta cualquier cosa que se haga para no discriminarlo por el hecho de su nacimiento, otorgándole iguales derechos (87) ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 456.

y obligaciones que a sus hermanos o medios hermanos, pero el hecho de su nacimiento extramatrimonial no puede negarse. Es un hecho del que no es responsable, pero lo padece."

"También es plausible tratar de borrar para el hijo, cualquier forma de segregación o discriminación social, pero no puede integrarse a la familia legítima, porque no pertenece a ella y sería en su seno un elemento extraño que perjudica y se perjudica. O sea, que el deseo de borrar la distinción es correcto en cuanto a los derechos patrimoniales atribuidos al ilegítimo, pero ese deseo no puede llegar hasta la igualdad total en todos los terrenos, de tal forma que se pretenda hacer convivir a miembros de diferentes familias."(88)

Asimismo, Pacheco Escobedo sostiene que es necesario tener presente que al no existir el vínculo matrimonial entre los padres del hijo nacido fuera de matrimonio, y por ende, no tienen obligación de cohabitar, el hijo extramatrimonial no podrá vivir con sus padres.(89)

Por otra parte, Pacheco Escobedo afirma que no comparte el temor de algunos autores de que con la desaparición de la distinción entre hijos matrimoniales y los extramatrimoniales "se esté atacando indirectamente al matrimonio."(90)

Chávez Asencio opina sobre el particular: "Evidentemente no puede desconocerse que el matrimonio es la forma legal y moral de fundar una familia, a diferencia de la ilicitud e inmoralidad que significan las

(88) Pacheco Escobedo, Alberto. Op. Cit. Pág. 174.

(89) IBIDEM.

(90) IBIDEM.

relaciones extramatrimoniales. Pero desde el punto de vista de los hijos, parece injusto que exista un tratamiento diverso según su origen. Lo que el Derecho debe buscar es lograr la unión legal de los padres, promoviendo los valores del matrimonio, buscando la moralidad y legalidad de las uniones, en lugar de sancionar a los hijos. Por lo tanto, sin hacer distinción entre los hijos, pues todos son iguales en dignidad y derecho, se debe hacer referencia a su distinto origen, pues es un hecho que el Derecho no puede desconocer."(91)

II. El Reconocimiento de un hijo extramatrimonial, por la mujer casada.

2.1. Estudio en contraste de los artículos 374 y 63 del Código Civil.

Señala el artículo. 374 del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común:" El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo."

Considerando que el desconocimiento de un hijo es un acto jurídico con graves consecuencias principalmente para el hijo, el legislador exige que dicho desconocimiento se realice por medio de una demanda ante el juez competente, en los términos establecidos en los artículos 325 a 238 del Código Civil, y que por sentencia que haya causado ejecutoria se declare que el hijo no es del marido.

Luego entonces, conforme a lo dispuesto por el artículo 374, aun cuando el hijo de mujer casada no sea de su marido ya sea por haber tenido

(91) CHAVEZ Asencio, Manuel F. Op. Cit. Págs. 20 y 21.

relaciones sexuales con otro u otros hombres, si el marido no ejerce acción alguna o bien no tiene forma de probar que el hijo concebido por su mujer no es suyo, la ley lo considerará como tal.

Analicemos el caso de una mujer casada, separada de su marido por más de 300 días; ninguno de los dos ha demandado el divorcio; conoce a otro hombre con el que procrea un hijo. El padre de este hijo acepta su paternidad y quiere reconocerlo. Resulta que ante la ley ese hijo es del marido, a menos que éste destruya la presunción legal que le atribuye ese hijo como suyo.

En el caso anterior, puede suceder que por diversas causas el marido no esté interesado en ejercer la acción, o simplemente que éste haya desaparecido y se desconozca su paradero. ¿Se le va a negar a ese hijo el derecho a ser reconocido por su verdadero padre? ¿Se le va a negar el derecho a recibir el amor filial que difícilmente le podrá proporcionar otra persona que no sea su verdadero padre? ¿No es la ratio legis del reconocimiento la salvaguarda de los intereses del menor?

Ahora bien, el artículo 63 del C.C. pone en claro esta situación al disponer que: "Cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el Juez del Registro asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare". Es decir, esta disposición, al igual que la contenida en el artículo 374 del mismo ordenamiento se refieren a la mujer que viva con su marido. Lo que interpretado contrario sensu significa que cuando el hijo nazca de una mujer casada que NO viva con su marido, podrá el Juez del Registro

asentar como padre a otro que no sea el marido, sin necesidad de que exista desconocimiento de paternidad por parte del marido, y por consiguiente tampoco sentencia ejecutoria en ese sentido.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha juzgado en la ejecutoria publicada en el Apéndice de 1975 del **Semanario Judicial de la Federación**, pág. 640, y que reza:

"Es indudable que el artículo 374 del Código Civil, que establece que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, contiene una disposición de orden público pero no en términos tan amplios y absolutos que no admita excepción, pues es evidente que si el fundamento filosófico, la ratio legis, de tal artículo no puede ser otro que el muy loable de evitar el desquiciamiento de la familia, frente a este fin de orden superior, nuestro legislador no puede pasar por alto la circunstancia impuesta por la realidad, de que una mujer casada que no vive con su marido puede procrear un hijo con hombre distinto y a cuyo hijo no podrá negársele el derecho de ser reconocido por su verdadero padre, siendo precisamente por ello que el artículo 63 del Código Civil dispone que cuando el hijo nazca de mujer casada que viva con su marido (cuando no viva con él, sí podrá ser reconocido el hijo por su verdadero padre), en ningún caso ni a petición de persona alguna podrá el oficial del Registro Civil asentar como padre a otro que no sea el marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare. Por tal motivo, armonizando los comentados preceptos con el artículo 62 del mismo código, el hijo de una mujer casada sí podrá ser reconocido por otro

hombre distinto del marido, cuando aquélla no viva con éste, pues el temor al escándalo que el reconocimiento podría entrañar y que es la razón de la prohibición, ya no puede existir, si se tiene en cuenta que en todo caso el escándalo se produjo con la separación misma de los cónyuges. (Unanimidad de 5 votos)".

2.2. Opinión de la sustentante acerca de si una mujer casada puede reconocer a su hijo extramatrimonial.

La primera hipótesis objeto de este trabajo se circunscribe al caso específico de que el hijo de mujer casada que no vive con su marido pueda ser reconocido por otro hombre, sin necesidad de que el marido entable el juicio correspondiente.

Por lo tanto, en mi opinión legalmente sí es posible dicho reconocimiento, siempre y cuando exista como elemento sine qua non que la mujer no viva con su marido.

Al efecto, será necesario probar que la mujer ya no vivía con su marido en la época en que se realizó la concepción; es decir, deberá comprobarse que en este tiempo marido y mujer no llevaban vida marital. Este requisito es indispensable para tener la certeza de que el marido no es el padre de la criatura.

En consecuencia, si marido y mujer no han tenido vida marital por un tiempo mayor al requerido por la naturaleza para que se efectúe la concepción, este hecho contundente per se destruye la presunción de paternidad *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. De esta manera, al no existir ya fundamento para la presunción de paternidad, resulta por demás ocioso y hasta perjudicial para el hijo que se pretende reconocer,

que la ley exija que el marido de la madre lo desconozca, debiendo impugnar la paternidad que por ministerio de la ley se le atribuye, y que además por sentencia ejecutoria se declare que no es hijo suyo.

Es importante destacar que la hipótesis que se analiza requiere de un reconocimiento voluntario, es decir, aquí se plantea el caso de un padre biológico responsable, deseoso de brindar a su hijo lo que por derecho le corresponde.

El criterio aquí sostenido ya forma parte de nuestro derecho positivo, como podrá corroborarse si se observa el Código Civil para el Estado de Puebla, cuyo artículo 565 a la letra dice: "El hijo de una mujer casada sólo podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, en cualquiera de los dos casos siguientes:

- I. Cuando el marido lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo;
- II. Cuando la madre del hijo reconocido por otro hombre distinto del marido, no viva con éste y acepte ella, como padre, a quien hizo el reconocimiento."

En este mismo sentido se regula el caso en el Código Civil para el Estado de Quintana Roo.

De lo anterior desprendo la conveniencia de que dichas disposiciones debieran servir de modelo para que el artículo 374 del C.C. para el D.F. sea reformado en ese mismo sentido para mayor claridad y seguridad jurídicas.

III. Necesidad de que se modifique el artículo 372, para que, sin necesidad de la autorización de su cónyuge, pueda el marido reconocer a su hijo extramatrimonial.

El artículo 372 del C.C. vigente dispone lo siguiente: "El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste."

Actualmente nuestra legislación no contiene ordenamiento expreso referente al varón casado que quiera reconocer a su hijo extramatrimonial habido durante su matrimonio. En cambio, antes de la reforma que sufrió el Código Civil en 1975 en varios de sus ordenamientos, sí se contemplaba esta situación.

Los antecedentes de este artículo los encontramos en los anteriores artículos 372 y 373, que a continuación se transcriben, mismos que fueron reformados en 1975 (mediante Decreto publicado en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1974), y con el texto de ambos integraron el actual artículo 372, siendo derogado el anterior artículo 373.

"Art. 372. La mujer casada podrá reconocer sin el consentimiento del marido a su hijo habido antes de su matrimonio; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con el consentimiento expreso del esposo."

"Art. 373. El marido podrá reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio o durante éste; pero no tendrá derecho de llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso de la esposa."

El actual artículo 372 del Código Civil alude exclusivamente al reconocimiento del hijo extramatrimonial habido antes del matrimonio. Pero, ¿que sucede cuando el varón casado quiere reconocer a su hijo habido fuera de matrimonio con mujer distinta?

A simple vista parecería que la respuesta sería interpretar el artículo 372 contrario sensu, lo que nos daría la siguiente redacción: "El cónyuge no podrá reconocer al hijo habido extramatrimonialmente durante su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; y tampoco tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste."

Por cierto, a dicho texto habría que agregar la palabra "extramatrimonialmente" para aclarar el contenido de la norma.

Sin embargo, como la redacción actual utiliza el término "cónyuge" para referirse tanto a la mujer como al hombre, entonces la interpretación contrario sensu que se pretende no es posible, pues de hacerla, se estaría contraviniendo lo dispuesto por los artículos 62, 63 y 374 que se refieren exclusivamente a la mujer, y que por razón de su propia naturaleza, la ley le impone obligaciones distintas a las del varón.

En virtud de lo anterior, es claro que las reformas adoptadas excluyeron una situación sobre la que ya se había legislado, lo que representa una lamentable laguna en detrimento del derecho del hijo extramatrimonial a ser reconocido.

La lectura del artículo 373 anterior a la Reforma de 1975 nos demuestra que dicho artículo permitía claramente el reconocimiento efectuado por varón casado, ya hubiese sido concebido antes o durante su matrimonio con mujer distinta. Únicamente se le ordenaba pedir con el consentimiento de su mujer para llevar al hijo reconocido a vivir al hogar conyugal.

Analizando los motivos de dicha reforma, podría considerarse como razón principal que, conforme a los artículos 267, fracción I, y 269 del C.C., el acto de reconocimiento de un hijo habido durante el matrimonio con mujer distinta hace prueba plena del adulterio cometido por el marido. Sin embargo, el adulterio como causal de divorcio ha existido desde la antigüedad y no sólo en México, sino prácticamente en todas las legislaciones. Entonces, resulta extraño que antes de la multicitada reforma nuestra legislación sí permitiera al hombre casado reconocer a su hijo habido durante su matrimonio con mujer distinta de su esposa. A este respecto, tomemos como ejemplo el Código Civil para el Estado de Tlaxcala, que no solamente permite al hombre casado reconocer a su hijo extramatrimonial habido durante su matrimonio con mujer distinta, sino que advierte que este reconocimiento no hace prueba de adulterio. La citada disposición se encuentra plasmada en el artículo 207 del Código mencionado, que a la letra dice: "Art. 207. El padre puede reconocer, sin consentimiento de su esposa, a un hijo habido con persona distinta a ésta antes o durante el matrimonio, pero el reconocimiento hecho en el segundo caso no prueba por sí sólo el adulterio del que reconoce, en caso de divorcio en su contra por esa causal." Muy interesantes resultan los acertados comentarios de Sánchez Medal respecto a la multicitada

reforma, y por la misma razón se transcriben a continuación: "Ya en las lides de su período ordinario de sesiones de 1974 y para que alcanzaran a ser publicadas en el Diario Oficial del día 31 de diciembre de ese año, aprobó a ciegas el Congreso de la Unión, dentro de un solo "paquete" preparado por el Presidente Echeverría, un conjunto de reformas a siete leyes muy disímolas, bajo el título 'Decreto de Reformas y Adiciones de diversos artículos de la Ley General de Población, Ley de Nacionalidad y Naturalización, Ley Federal del Trabajo, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Código de Comercio'."

"Ninguna exposición de motivos precedió a la publicación de este Decreto y la precipitación obedecía a que ya estaba a la puerta el año de 1975, el Año Internacional de la Mujer cuya celebración mundial tendría como sede a la ciudad de México, y para el cual la Asamblea General de las Naciones Unidas había recomendado a los Estados-miembros, en lo tocante al Derecho Civil, el siguiente contenido del artículo 6 de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer..."(92)

De aquí se desprende que, únicamente con el fin de borrar toda discriminación contra la mujer y lograr plena igualdad con el varón, se modificó el texto utilizando el término 'cónyuge', es decir, de sexo indistinto, sin analizar las graves consecuencias que ésto tendría.

(92) SANCHEZ Medal, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979. Pág. 46.

Si se considera que la ratio legis de la reforma de 1975 al actual artículo 372 fue el encomiable propósito de preservar la familia, ¿No producirá un efecto contrario que el marido requiera del consentimiento de su esposa para reconocer a un hijo habido con otra mujer?

¿No provocará que la esposa, al sentirse traicionada no solamente prohíba a su marido que reconozca a ese hijo, sino que le exija el divorcio? Pues aun cuando no tenga pruebas para acusarlo de adulterio, no le será fácil resistir el engaño. Y si decide no divorciarse, difícilmente mantendrá a sus hijos, si los tiene, al margen de 'semejante traición de su padre', con el consiguiente daño emocional y hasta moral de esos hijos que ninguna culpa tienen de lo que sucede, como tampoco la tiene ese hijo extramatrimonial, que no escogió venir al mundo, y mucho menos en tales circunstancias.

Es necesario tener siempre presente que si a los hijos se les diera la oportunidad de escoger las circunstancias de su nacimiento, sin duda NINGUNO escogería ser fruto de relaciones efímeras o prohibidas, con sus consabidas consecuencias, sabiendo que serían rechazados no solamente por la sociedad entera, sino por sus propios padres y parientes, lo que resulta mucho más doloroso aun.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La historia nos muestra que el hijo nacido fuera de matrimonio ha sido objeto de deshonrosas clasificaciones y subclasificaciones desde tiempos remotos.

Jurisconsultos de varios países, y por ende, de diversos sistemas legales, han coincidido en que tales clasificaciones debieran corresponder más a los padres que a esos hijos que ninguna culpa tienen de la falta cometida por aquéllos. Se uniformó a nivel mundial el criterio protector de la familia legítima. Los hijos extramatrimoniales han sido juzgados con tal rigor, que en muchos casos hasta el derecho a recibir alimentos por sus padres se les negó.

El fundamento de esta aberrante situación ha sido el de evitar el escándalo y proteger a la familia legítima a costa de todo y de todos. Sin embargo, no se consideró escandaloso el hecho de cometer la injusticia de dejar desprotegidos y sumidos en el abandono a seres inocentes.

SEGUNDA. La legislación mexicana vigente equipara, en cuanto a derechos y obligaciones, a todos los hijos extramatrimoniales. Y si bien continúa haciendo la distinción entre hijos de matrimonio e hijos nacidos fuera de matrimonio, ésto no lleva el ánimo de ofender ni de discriminar a los hijos extramatrimoniales. Situación similar en la parte relativa al registro de las actas de nacimiento en la que encontramos la clasificación

de hijos extramatrimoniales de: adulterinos, incestuosos, expósitos, de padre o madre desconocidos, concubnarios y adoptivos.

TERCERA. Aun cuando varios legisladores y juristas opinan que no debiera existir distinción alguna entre los hijos nacidos en matrimonio y los nacidos fuera de él, igualmente coinciden en que la misma naturaleza de ambos tipos de filiación exige que los medios de prueba de la misma sean diferentes, y por lo tanto, debe existir forzosamente entre ellos una distinción. Uno de los medios de prueba del hijo de matrimonio será su acta de nacimiento y el del hijo habido fuera de matrimonio solamente podrá ser el reconocimiento.

CUARTA. Se afirma que la legislación mexicana vigente equipara en cuanto derechos y obligaciones a los hijos matrimoniales y a los extramatrimoniales. Sin embargo, es importante destacar que esa igualdad se logra únicamente cuando el hijo extramatrimonial ha sido reconocido, es decir, si no obtiene el 'privilegio' de ser reconocido por su padre, por su madre o por ninguno de los dos, el hijo extramatrimonial no tiene a su favor prueba alguna que establezca su filiación, y por lo tanto, no podrá jamás reclamar lo que por derecho debiera corresponderle: derecho a llevar el apellido paterno de sus padres o los apellidos del progenitor que reconozca; a demandarle alimentos, así como a reclamar la porción hereditaria correspondiente y a los alimentos que fija la ley, en caso de que el padre o la madre mueran intestados y el hijo sea menor de edad.

QUINTA. De lo anterior se desprende que los hijos habidos fuera de matrimonio que no son reconocidos por su padre, o por su madre o por ninguno de los dos, se encuentra en franca desigualdad con los hijos de matrimonio; así como en absoluta desprotección; situación que los relega a un plano de inferioridad.

SEXTA. Aun cuando el fin sea proteger a una minoría, es necesario se legisle expresamente en sentido afirmativo el reconocimiento del hijo de mujer casada que no vive con su marido por hombre distinto a éste, sin necesidad de que el marido impugne la paternidad y que por sentencia ejecutoria se declare que ese hijo no es de él.

SEPTIMA. Con motivo del Año Internacional de la Mujer de 1975 celebrado en México, el Código Civil sufrió una serie de reformas con el fin de eliminar cualquier vestigio de discriminación hacia la mujer. Desafortunadamente, no se tomó para ello el tiempo necesario y se legisló a vapor quedando varias lagunas insalvadas. Prueba de ello es que el artículo 373 de dicho ordenamiento anterior a la reforma de 1975, permitía al hombre casado reconocer a su hijo habido durante su matrimonio con mujer distinta a su esposa. Con la mencionada reforma se suprimió tal situación, quedando el hijo extramatrimonial en la imposibilidad de ser reconocido por su padre. Por lo tanto, es de suma importancia que se entienda el grave error en que incurrió el legislador

con semejante reforma y cuyo resultado ni siquiera se previó, siendo necesario que se legisle en el mismo sentido que guardaba el mencionado artículo.

OCTAVA. El interés del hijo, independientemente de su origen, debe ser legalmente protegido antes que el de los propios padres y antes que cualquier posición inhumana que se jacte de moralista.

NOVENA. La procreación de hijos extramatrimoniales es una realidad que el derecho no puede ni debe soslayar. Y si bien es plausible que en todas las épocas se haya tratado por todos los medios de proteger a la familia legítima, también resulta incongruente con el sentido de justicia legitimar un atentado contra la dignidad humana de los hijos, al hacer trascender en su perjuicio los efectos y las vicisitudes de las conductas íntimas de sus padres.

BIBLIOGRAFIA

- Código Civil para el Distrito Federal Comentado. Tomo I.,
2a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M., Miguel
Ángel Porrúa, México, 1990.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, 1870.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, 1884.
- Código Civil para el Estado Libre de Oaxaca, 1828.
- Ley Sobre Relaciones Familiares, 1917.
- ALBA HERMOSILLO, Carlos. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca
y el Derecho Positivo Mexicano. Instituto Indigenista
Interamericano. Gráfica Panamericana, S. de R.L. México,
1949.
- BAQUEIRO Rojas, Edgar y BUENROSTRO Báez Rosalía. Derecho de
Familia y Sucesiones. Harla, S.A. de C.V., México, 1990.
- BARROSO Figueroa, José. Apuntes para impartir la Cátedra de
Derecho Civil. Derecho de Familia. Facultad de Derecho, U.N.A.M.
- BIALOSTOWSKY, Chazán (de) Sara. Estatuto Jurídico de los niños
ilegítimos, huérfanos y abandonados desde el México
prehispánico hasta el S. XX. Revista de la Facultad de
Derecho de México, 1973.
- BIALOSTOWSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. U.N.A.M. 2a. ed.
México, 1985.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Primera
Edición. Editorial Atalaya, Bs. As. 1946.
- CHAVEZ Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa,
S.A., México, 1987.

- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 3a. ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.
- DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO. Lic. Sócrates Jiménez Santiago. Castillo Ruiz Editores, S.A. de C.V. México, 1991.
- D'ORS. Derecho Privado Romano. 5a. ed. rev. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1983.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XII. Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1961.
- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Novísima Edición. Librería de la Vda. de C. Bouré. Paris, 1920.
- GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. 7a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.
- GUTIERREZ-ALVIZ y Arenario, Faustino. Diccionario de Derecho Romano. 3a. ed. Reus, S.A. Madrid, 1982.
- IHERING, Rudolph. Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano. 2a. ed. Madrid, Rev. de Occidente, S.A. Madrid, 1962.
- MAGALLON Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A., México, 1988.
- MARGADANT S., GUILLERMO F. El Derecho Privado Romano. 13a. Ed. Editorial Esfinge, S.A. México, 1985.
- MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. III. Trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- MONTERO Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.
- ORTOLAN, M. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Nueva Edición, Revisada y Aumentada, Tr. por Francisco Pérez Anaya y Melquíades Pérez Rivas. Hijos de Leocadio López. Madrid, 1912.

- PACHECO Escobedo, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Panorama. México, 1985.
- PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Tr. de la 9a. ed. francesa y aum. por José Ferrández González. Editora Nacional, S.A. México, 1980.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. 1a. ed., Trad. por Lic. José M. Cajica, Jr., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983.
- ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Vigésima Edición. Trad. por Lic. José M. Cajica, Jr., Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1983.
- SAHAGUN, Fray Bernardino (de). Suma Indiana. Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1943.
- SANCHEZ-CORDERO Dávila, Jorge. Introducción al Derecho Mexicano. Tomo I. U.N.A.M. México, 1981.
- SANCHEZ Medal, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979. Pág. 46
- SOUSTELLE, Jacques. La vida cotidiana de los aztecas en vísperas de la Conquista. Vers. española de Carlos Villegas. Fondo de Cultura Económica. México, 1956.
- TERAN Lomas, Roberto A.M. Los Hijos Extramatrimoniales. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1954.
- ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia. Tomo 2. Reimpresión. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1981.