

320809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN

52
251

ESCUELA DE DERECHO

Con estudios incorporados a la Universidad
Nacional Autónoma de México.

LA IDONEIDAD DE LA PRUEBA EN EL RECONOCIMIENTO
DE LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA
DEL MATRIMONIO Y SUS CONSECUENCIAS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

SILVIA GUERRERO CASTILLO

ASESOR DE TESIS:
LIC. JOSE LUIS RIPOLL GOMEZ.

México, D.F.

1993.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

Página

INTRODUCCION

CAPITULO I

MARCO TEORICO DE LA PATERNIDAD

1.1	DEFINICIONES: DOCTRINAL Y LEGAL	1
1.1.1	PATERNIDAD	1
1.1.2	FILIACIÓN	3
1.1.2.1	FILIACIÓN LEGÍTIMA Y NATURAL	4
1.1.3	PARENTESCO	7
1.2	LEGITIMACION	14
1.3	EL RECONOCIMIENTO Y SUS EFECTOS	17

CAPITULO II

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATERNIDAD

2.1	ROMA	24
2.2	MEXICO	40

CAPITULO III

DE LAS PRUEBAS EN LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD FUERA DE MATRIMONIO

3.1	DE LAS PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO SEGUN EL CODIGO CIVIL	45
3.1.1	CONFESIONAL. (DEFINICIÓN. EFECTOS. VALOR LEGAL)	46
3.1.2	DOCUMENTAL PÚBLICA. (DEFINICIÓN. EFECTOS. VALOR LEGAL)	49
3.1.3	PERICIAL. (DEFINICIÓN. EFECTOS. VALOR LEGAL)	58

3.1.4	INSPECCIÓN JUDICIAL. (DEFINICIÓN. EFECTOS. VALOR LEGAL)	63
3.1.5	TESTIMONIAL. (DEFINICIÓN. EFECTOS. VALOR LEGAL)	64
3.1.6	FAMA PÚBLICA. (DEFINICIÓN. EFECTOS. VALOR LEGAL)	73
3.1.7	PRESUNCIONAL LEGAL Y HUMANA. (DEFINICIÓN EFECTOS. VALOR LEGAL)	75
3.1.8	FOTOGRAFÍAS, COPIAS FOTOSTÁTICAS Y DEMÁS ELEMENTOS	77
3.2	OTRA PRUEBA QUE PODRÍA UTILIZARSE ACTUALMENTE SEGUN LA CIENCIA MÉDICA PARA LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD	80
3.2.1	LA PRUEBA DEL D. N. A.	80

CAPÍTULO IV

ASPECTOS SOCIO-ECONÓMICOS Y POLÍTICOS QUE INFLUYEN PARA LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.

4.1	CASOS EN QUE SE PERMITE INVESTIGAR LA PATERNIDAD	84
4.1.1	RAPTO, ESTUPRO Y VIOLACIÓN	84
4.1.2	POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO	85
4.1.3	TIEMPO DE CONCEPCIÓN	85
4.1.4	MEDIO DE PRUEBA CONTRA EL PADRE	86
4.2	CRISIS DE LA PATERNIDAD Y PROBLEMAS ECONÓMICOS, POLÍTICOS Y SOCIALES	86

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCION

El tema tratado en este trabajo de tesis, consideramos que es muy importante, debido a que a través de la historia han existido las relaciones sexuales fuera del matrimonio y como consecuencia el engendramiento de seres humanos no deseados ni planeados. Y hasta hoy en día nos encontramos con una gran mayoría de hijos no reconocidos por sus padres; seres que únicamente llevan el apellido de su madre, cuando en realidad es uno de los derechos que tiene el ser humano.

Nos encontramos con mucha frecuencia con hombres irresponsables, a los cuales, al darse cuenta de que han engendrado un hijo, les es muy fácil decir ¡no es mío!, ¡demuéstrame que es mío! o simplemente se dan la vuelta, dejando a la madre sola con el problema, enfrentándose a la crítica social, al rechazo familiar, al deterioro de su economía; mujer que dará a luz a una persona totalmente desprotegida, ajena a su origen; la misma que al crecer llevará consigo múltiples complejos, siendo el primero: no conocer a su padre, ostentando únicamente los apellidos de su madre, sufriendo privaciones económicas desde su nacimiento, es decir, faltando los alimentos provenientes de su padre, falta de integración familiar, individuo que, con posterioridad, no está lejos de refugiarse en los vicios, ocasionando con esto un problema social, económico y político al Estado.

Como para nosotros es muy importante que todo individuo goce plenamente de sus derechos, nos hemos ocupado de hacer un análisis alrededor de la paternidad y filiación fuera del matrimonio, utilizando para ello el método **deductivo**.

Es así pues que, en el Capítulo I analizamos los conceptos de paternidad, filiación, parentesco, legitimación y efectos del reconocimiento, considerando conveniente empezar por la paternidad, porque es el origen del parentesco.

En el Capítulo II tratamos los antecedentes de la paternidad a través de la historia, en Roma y en México.

En el Capítulo III analizamos los diferentes medios de prueba admitidos por nuestra legislación, relacionándolos con el reconocimiento de la paternidad, de manera que, en un determinado momento, cuando el supuesto padre se niegue a reconocer a su hijo, se le pueda demandar el reconocimiento de la paternidad, apoyándose en diferentes medios de prueba para demostrar la filiación.

Por nuestra parte, creemos que para esto se debe tomar en cuenta la prueba del ácido desoxirribonucleico (D. N. A.), ya que nos puede demostrar la paternidad, debido a que es muy difícil que dos personas tengan el mismo código genético.

En el Capítulo IV estudiamos los casos en que se permite investigar la paternidad y los problemas políticos, sociales y económicos de la paternidad, en el cual nos dimos cuenta de que estos son muy severos, y consideramos que los podemos evitar, luchando para que los menores nacidos fuera del matrimonio sean reconocidos por sus padres y así gozar plenamente de sus derechos; evitando, por otro lado, la irresponsabilidad de los padres, quienes, con toda facilidad, eluden el problema.

Por último, hacemos constar el agradecimiento a la Universidad del Valle de México, plantel Tlalpan, por la oportunidad de concluir con esta etapa profesional.

CAPITULO I

MARCO TEORICO DE LA PATERNIDAD

1.1 DEFINICIONES DOCTRINAL Y LEGAL.

1.1.1 Paternidad.

Es la presunción que tiene un individuo a su favor de ser padre de otro.(1)

Paternidad: Estado o calidad de padres. Lazo jurídico que une al padre con los hijos.(2)

Paternidad: En el sentido jurídico, significa la relación existente entre los padres y los hijos.(3)

Después de haber estudiado a diferentes autores, nos damos cuenta de que la paternidad es la relación jurídica que existe entre el padre y el hijo, pero ésta proviene por parte del padre, ya que cuando se toma como punto de partida al hijo se le llama filiación. Es un derecho natural que tiene todo individuo de que su progenitor o la persona que lo engendró asuma la responsabilidad de darle su apellido, alimentos, educación y sobre todo la integración a la sociedad. Esto debería ser de hecho sin que exista la necesidad de reclamar la filiación, hablamos de filiación porque en el caso de que el supuesto padre no llegase a reconocer a su hijo, éste pueda demandar el reconocimiento.

En la antigüedad, a las mujeres solteras que tenían hijos se les permitía escoger entre todos los hombres con quienes habían tenido

- (1) MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho. Edit. Porrúa. México, 1989 Pág. 175.
- (2) GARCIA PELAYO Y CROSS, Ramón. Voz "Paternidad". Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse. México 1989 Pág. 177.
- (3) DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Décima Primera Edición. Edit. Porrúa, S. A. México 1981. Pág. 347.

relaciones sexuales, el que mejor les conviniese para padre de sus hijos; lógicamente escogían a los hombres de mejor posición, ya que su dicho hacía prueba plena para condenarlos al pago de los gastos de la gestación y alumbramiento, esto provocó un verdadero caos, sobre todo tratándose de hombres ricos; razón por la cual el Código Francés prohibió la investigación de la paternidad, sin embargo, se le permitía a la madre soltera demandar el pago de los alimentos de su menor hijo, más los daños que le hubiese ocasionado al hombre que la sedujo bajo promesa de matrimonio, dando como resultado el engendramiento de un hijo, para que esta demanda procediera, era necesario aportar pruebas. Fue hasta el año de 1912 cuando se permitió investigar la paternidad en los casos de Concubinato notorio, violación o raptó de la mujer si su fecha coincide con la probable concepción del hijo, seducción dolosa de la mujer, existencia de un principio de prueba por escrito del que se desprendiera el reconocimiento expreso o tácito por parte del hombre respecto a su paternidad, proveer por un determinado hombre a la subsistencia y educación del hijo.⁽⁴⁾

La investigación de la paternidad en nuestro país, se admite en caso de violación, estupro, raptó y concubinato y para tal efecto a diferencia de la Ley Francesa, no es necesario que exista una prueba por escrito, basta con que el supuesto padre, por ejemplo que haya pagado los gastos del parto, los consejos por escrito para provocar un aborto, la testimonial de que él tuvo interés en el aborto, o que le da al hijo la posesión como tal.

(4) ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. 8a. Edición. Introducción Personas y Familia. Edit. Porrúa. México 1973. pp. 474-475.

1.1.2 Filiación.

Veamos qué nos dicen algunos autores en relación a este no menos importante tema.

Para Sara Montero Duhalt, Filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre - hijo o hija.(5)

Desde el punto de vista de Rafael Rojina Villegas, El término Filiación tiene en el Derecho dos connotaciones. Una amplísima, ya que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras. Y continúa diciendo, en sentido estricto, es la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo.(6)

Efraín Moto Salazar define a la filiación como la relación que se establece entre dos personas, de las cuales una es padre o madre de la otra.(7)

Como podemos darnos cuenta, la filiación no es más que el lazo consanguíneo que une al hijo con su progenitor, es decir, en la filiación siempre se toma como punto de partida al hijo, o dicho de otra manera, es el lazo consanguíneo de primer grado tomando siempre como punto de partida el hijo, porque de lo contrario estaríamos hablando de la paternidad o maternidad, es el vínculo que trae el individuo desde su concepción y se divide en legítima, legitimada o natural.

(5) MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Cuarta edición. Edit. Porrúa, S.A. México 1990 Pág. 45.

(6) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pág. 261.

(7) MOTO SALAZAR, Efraín. Op. cit. Pág. 175.

1.1.2.1 Filiación legítima y natural.

La filiación legítima, es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres.⁽⁸⁾

La filiación tiene tres elementos que son: concepción, gestación y nacimiento. Desde el momento de la concepción del ser humano se le atribuye la personalidad jurídica y no necesita del nacimiento: como prueba de ello tenemos la prohibición del aborto, el derecho a heredar, a recibir donaciones y legados, esta personalidad se destruye si el ser humano no nace viable.

Sin embargo, el estado jurídico de la filiación sólo se inicia con la viabilidad del nacimiento, también lo constituye el trato, la fama y el uso de los apellidos, tanto paterno como materno, sin estos elementos estamos frente a un hecho únicamente biológico.

La filiación natural es la que corresponde al hijo cuando la madre no estaba unida en matrimonio.⁽⁹⁾

Este tipo de filiación se divide en filiación natural, simple, adulterina o incestuosa. Nos dice Rafael Rojina Villegas que filiación natural simple, es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir, no había ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio si se hubiese celebrado.⁽¹⁰⁾

(8) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pág. 424

(9) IDEM.

(10) IBIDEM.

La filiación natural adulterina es aquella que se da cuando el hijo es concebido por la madre estado ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido.(11)

También este tipo de filiación puede darse cuando el padre está casado con una mujer distinta a la madre de su hijo.

La filiación natural puede ser incestuosa cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impide el matrimonio sin celebrarse éste.(12)

Esto es entre ascendientes y descendientes sin limitación de grados, entre hermanos (colaterales en segundo grado), aún siendo medios hermanos y entre tíos (colaterales en tercer grado).

Filiación en sentido jurídico significa la relación permanente que existe entre los padres e hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares.(13)

El origen de la filiación lo encontramos en la concepción y engendramiento del ser humano; es la relación que tiene un individuo con sus progenitores aún antes del nacimiento: está basada en la relación sexual entre un hombre y una mujer que da como consecuencia el nacimiento de un nuevo ser, y para que produzca sus efectos jurídicos, esta relación tiene que originarse dentro del matrimonio o de lo contrario debe ser reconocida legalmente, si se origina fuera del matrimonio, la

(11) ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op. cit.* Pág. 430.

(12) IBIDEM.

(13) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Paterno Filiales. Segunda edición. Edt. Porrúa, S.A. México, 1992. Pág. 2.

filación puede ser natural (relación biológica entre un hombre y una mujer) y artificial (por inseminación).

Para que la filación sea jurídica se requiere del reconocimiento legal, es decir, que se derive del matrimonio o que sea reconocida por cualquiera de los medios que la ley admite.

La filación se divide en biológica o natural y se da dentro o fuera del matrimonio, y por un acto jurídico en el caso de la adopción.

Generalmente la filación es indivisible, es decir, por su naturaleza está relacionada con ambos progenitores; sin embargo, en algunos casos se divide jurídicamente, como en los hijos nacidos fuera de matrimonio o cuando uno de los progenitores pierde la patria potestad.

La filación legítima se establece si el hijo nace después de 180 días después del matrimonio y dentro de los 300, posteriores a la disolución del matrimonio.

La filación fuera del matrimonio se determina de dos formas:

- 1.- Mediante reconocimiento expreso y voluntario por parte del padre, y
- 2.- Por una sentencia que condena al padre al reconocimiento de su hijo como resultado a una demanda interpuesta por el hijo o su representante legal.

La filación legitimada es aquella que corresponde a los hijos que habían sido concebidos antes del matrimonio de sus padres y nacen

durante él o estos lo reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo o posteriormente a su celebración.(14)

La filiación legítima por ministerio de ley, es aquélla que se da cuando el hijo nace dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero tampoco fue impugnada la paternidad.

Después de analizar este tema, podemos concluir diciendo que la relación sexual entre un hombre y una mujer dan como consecuencia en algunos casos el engendramiento y la concepción en primer lugar, con posterioridad la gestación y el nacimiento. Estas tres etapas constituyen la filiación natural, pero este hecho biológico no es suficiente para que se dé la filiación.

1.1.3 Parentesco.

A continuación analizaremos diferentes autores en relación al concepto de parentesco.

Etimológicamente: viene del latín popular parentatus, de parens, pariente.(15)

Ricardo Couto nos dice que el parentesco es el vínculo que existe entre dos o mas personas que proceden de una misma raíz o tronco.(16)

Por lo que podemos observar, este autor únicamente define el parentesco de consanguinidad sin tomar en cuenta los tipos de parentesco que se derivan de actos reconocidos por la Ley, como el matrimonio y la

(14) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. cit. Pág. 431.

(15) MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. Pág. 45.

(16) COUTO, Ricardo. Derecho Civil Mexicano, Tomo I: Personas. México 1919 "La Vasconia" Pág. 227.

adopción, nos dice que éste es el que se da entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Para Rafael Rojina Villegas, el parentesco es una situación permanente que se establece entre dos personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.(17)

Desde nuestro punto de vista, este autor en su definición de parentesco, a diferencia de Couto, nos engloba a los tres tipos de parentesco: el de consanguinidad, el de afinidad y el civil.

Por su parte, Efraín Moto Salazar nos dice que el parentesco es el conjunto de relaciones que se establece entre personas que descienden unas de otras, o bien de un progenitor común.(18)

Tanto el autor citado en el párrafo anterior como Couto nos definen únicamente el parentesco por consanguinidad ya que habla de los descendientes de un mismo progenitor sin tomar en cuenta los otros dos tipos de parentesco que se derivan de actos jurídicos reconocidos por la ley.

Sara Montero Duhalt define al parentesco como el vínculo jurídico entre dos personas en razón de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción.(19)

(17) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pág. 258

(18) MOTO SALAZAR, Efraín. Op. cit. Pág. 162.

(19) MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. Pág. 45.

Para Rafael de Pina, el parentesco es el vínculo jurídico que liga a varias personas entre sí, bien por proceder unas de otras, bien por creación de la ley.(20)

Nos dice Antonio de Ibarrola que, parentesco es el lazo permanente que existe entre dos o mas personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que limita al del engendramiento y cuya similitud con éste se halla reconocida por la ley.(21)

Ahora nos toca analizar la definición que nos da Planiol. Para este autor, parentesco es la relación que existe entre dos personas, de las cuales la una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un tronco común, como dos hermanos. La ley admite un parentesco ficticio que se establece por un contrato particular llamado adopción. El parentesco adoptivo es una imitación del parentesco real.(22)

Este autor nuevamente nos define el parentesco consanguíneo o natural, donde únicamente intervienen los lazos de sangre, con la diferencia de que éste nos menciona algunos grados que existen en el parentesco.

Después de analizar a los diferentes autores, llegamos a la conclusión de que las definiciones mas acordes con nuestro Código Civil, por lo tanto las mas completas, son las que nos dan Antonio de Ibarrola, Rafael Rojina Villegas y Rafael de Pina. Estos autores nos engloban tanto el aspecto natural como el legal, y aun mas el jurista Rojina Villegas nos menciona el

(20) DE PINA, Rafael. Op. cit. Pág. 304.

(21) DE IBARROLA, Antonio. Derecho de familia. Edit. Porrúa, S.A. México 1989 Pág. 119.

(22) Tomado de DE IBARROLA, Antonio. Op. cit. Pág. 121.

tiempo que perdura el parentesco al decir que el citado parentesco es una situación permanente, término muy acertado sobre todo para el parentesco consanguíneo, ya que el individuo lo trae por naturaleza desde el nacimiento.

Para nosotros, el parentesco es una relación jurídica que liga a varias personas entre sí, ya sea por naturaleza o por lazos de sangre, así como por un acto reconocido por la ley, como el matrimonio y la adopción, de esto se desprende que el citado parentesco se divide en tres tipos y son de consanguinidad o natural, de afinidad y el civil que se origina con la adopción.

Sin embargo, en la antigüedad, el parentesco se dividía en cuatro: el natural, espiritual o religioso, legal y de afinidad.

Cuoto nos dice que el parentesco natural era el vínculo que existía entre personas que tenían un mismo origen; parentesco espiritual era el que se contraía por virtud de ciertos actos religiosos; legal era el que se originaba por la adopción; y de afinidad el que nacía entre una persona que tenía comercio carnal con otra y los parientes de ésta.(25)

Una vez mas recalcamos que el parentesco natural es al que en la actualidad se le denomina consanguíneo y el legal es el civil a diferencia de nuestra actual legislación, donde el parentesco por afinidad se origina con el matrimonio realizado ante un juez del Registro Civil. En el antiguo Derecho, éste se daba por una simple relación carnal sin tomar en cuenta un acto reconocido por la ley.

(25) CUOTO, Ricardo. Op. cit. Pág. 227-228.

El parentesco natural o consanguíneo se divide en legítimo y legítimable, siendo el legítimo aquél que se originaba por un matrimonio que da como consecuencia la paternidad y la filiación, en cambio el legítimable es aquél que se da sin que exista un matrimonio previo, pero los padres no tienen ningún impedimento para realizarse aun después del nacimiento del hijo; y cuando existe impedimento para legitimar el parentesco se trata de hijos adulterinos o incestuosos.

La historia nos revela que el parentesco sólo se originaba por la línea materna, por lo que era unilateral, esto se debía a la vida nómada de los varones quienes engendraban hijos con la mujer más cercana, por lo que los hijos que procedían de un mismo padre pero de diferente madre no los unía ningún parentesco.

A diferencia del Derecho Romano que al principio reconoció el parentesco únicamente por la línea paterna a lo que se le llamó AGNATIO, debido a esto el parentesco era unilateral, pero este tipo de parentesco no solamente era el que procedía de un mismo padre consanguíneo, sino que también se originaba entre las personas que estaban bajo una misma patria potestad o que tenían un mismo paterfamilias.

Posteriormente esto fue evolucionando y se originó el parentesco COGNATICIO, siendo éste el que se derivaba de los mismos padres consanguíneos para originar con posterioridad una familia, por esta razón era bilateral ya que existía tanto la línea paterna como la materna, en la actualidad se le denomina parentesco consanguíneo.

Nuestra actual legislación reconoce tres tipos de parentesco, y son:

- De consanguinidad: Es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

- De afinidad: Es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

- El parentesco civil: Es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.(24)

El parentesco consanguíneo originalmente fue unilateral porque sólo se relacionaba con la vía materna, posteriormente fue bilateral ya que se enlazó con los dos progenitores.

De acuerdo a las definiciones que hemos enumerado con anterioridad, se deduce que el parentesco por consanguinidad es aquél que trae el individuo por naturaleza desde su nacimiento, en esta clase de parentesco exclusivamente intervienen los lazos de sangre con sus líneas y sus grados, y sólo termina con la muerte de uno de los miembros que lo conforman.

Ahora veamos cómo están conformadas las líneas y los grados de parentesco, tenemos en la línea recta ascendente: al hijo, al padre, al abuelo y al bisabuelo; en la línea recta descendente encontramos: al padre, al hijo, al nieto y al bisnieto; dicho de otra manera en forma ascendente tenemos a un individuo con su progenitor, y en forma descendente al padre con su descendiente (hijo).

(24) MEXICO. CONGRESO DE LA UNION. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 61a. edición. Edit. Porrúa. México 1992. Pág. 100.

Nuestro Código Civil nos dice en relación a las líneas y los grados lo siguiente:

"... Art. 296. Cada generación forma un grado y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco."

"... Art. 297. La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común."

"... Art. 298. La línea recta es ascendente o descendente. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede. Descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende."

"... Art. 299. En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor."

"... Art. 300. En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común."⁽²⁵⁾

El parentesco por afinidad únicamente se adquiere entre el cónyuge y los familiares del otro, y es en la misma línea recta y en el mismo grado; este es derivado del contrato de matrimonio a diferencia de lo que nos decía Couto que se derivaba del comercio carnal que se tenía con una

(25) MEXICO. CONGRESO DE LA UNION. 1992. Op. cit. Pág. 101.

persona, definición con la que no estamos de acuerdo porque no debe existir ningún parentesco entre un varón y una mujer prostituta.

El parentesco produce tres efectos que son: derechos, obligaciones e incapacidades.

Entre los derechos tenemos: los alimentos, el derecho a heredar y la patria potestad.

Las obligaciones son la tutela, los alimentos, el respeto que deben tener los descendientes sobre sus ascendientes.

Las incapacidades que surgen son: la imposibilidad de contraer matrimonio con pariente por consanguinidad y la tutela legítima.

1.2 LEGITIMACION.

La legitimación es un beneficio por el cual se confiere ficticiamente el carácter de hijo legítimo, con todas sus consecuencias, a los hijos concebidos fuera de matrimonio.(26)

Rojina Villegas considera que la legitimación puede implicar una fusión de dos actos jurídicos consistentes en el reconocimiento que lleven a cabo los padres del hijo natural, y del matrimonio que realicen después de haber nacido o sido concebido los hijos naturales. Esta es la forma normal en que opera la legitimación, de tal manera que no basta sólo que los padres de hijo natural nacido o simplemente concebido celebren matrimonio, sino que se requiere, además, que reconozcan al hijo ya nacido o que está simplemente concebido.(27)

(26) CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. cit. Pág. 190.

(27) IDEM. Pág. 191.

La legitimación es una institución civil que regula el cambio de situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio en virtud de la celebración posterior a éste por quienes lo engendraron.(28)

Galindo Garfias dice que la legitimación es un beneficio de la ley, en virtud del cual obtienen los hijos naturales los derechos de los legítimos.

(29)

Legitimación es la consecuencia jurídica que reciben los hijos extramatrimoniales de ser considerados como legítimos por el matrimonio subsecuente de sus padres.

Podemos definir la legitimación como 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.(30)

La legitimación de hijos es una ficción legal, en virtud de la cual los hijos concebidos fuera de matrimonio se consideran como legítimos y con capacidad de disfrutar los beneficios que la ley otorga a estos.(31)

La legitimación únicamente beneficia a los hijos naturales, cuyos padres no tienen ningún impedimento para contraer matrimonio.

En Roma se legitimaba a los hijos de tres formas: A) legitimación por subsiguiente matrimonio introducido por Constantino, B) legitimación por

(28) DE PINA, Rafael. Op. cit. Pág. 355.

(29) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. Pág. 216.

(30) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pág. 467.

(31) DE IBARROLA, Antonio. Op. cit. Pág. 213.

prescripción imperial que introdujo Justiniano, o C) legitimación por oblación a la curia.⁽³²⁾

Desde nuestro punto de vista, la legitimación es la regulación jurídica de los hijos naturales concebidos fuera de matrimonio mediante la celebración de éste, por lo tanto, sólo beneficia a los hijos de padres que no tienen impedimento para contraerlo.

Nuestro Código Civil, en sus artículos siguientes, nos dice:

"... Art. 354: El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración."

"... Art. 357: Aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres."

"... Art. 359: Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla estuviere encinta."⁽³³⁾

Consideramos que la legitimación regula, en primer lugar, la situación jurídica de la pareja y como consecuencia también la de los hijos concebidos antes de celebrarse el matrimonio.

(32) DE IBARROLA, Antonio. *Op. cit.* Pág. 414.

(33) México 1992. Congreso de la Unión. *Op. cit.* Pág. 111.

1.3 EL RECONOCIMIENTO Y SUS EFECTOS.

Nos dice Rafael Rojina Villegas que: El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne e irrevocable; por virtud del cual se asumen, por aquél que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación.(34)

Rafael de Pina nos dice que: El reconocimiento es el acto en virtud del cual quienes han tenido un hijo fuera del matrimonio declaran, conjunta o separadamente, que lo aceptan por suyo.(35)

Para Manuel F. Chávez Ascencio: Reconocimiento es el acto jurídico familiar por el cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio declaran, conjunta o separadamente, que lo reconocen y aceptan como su hijo, siempre que ello se haga en las condiciones y mediante las formas prescritas por la ley. Por el reconocimiento, una persona manifiesta ser padre o madre de la otra.(36)

Como podemos darnos cuenta, el reconocimiento es una declaración hecha ante autoridad judicial por parte de los progenitores, mediante la cual admiten que un individuo es su hijo.

Podemos decir que el reconocimiento equivale a la confesión judicial, es decir, puede hacerse mediante confesión judicial, y consiste en absolver posiciones ante el juez bajo protesta de decir verdad.(37)

Esta confesión no debe hacerse en cualquier juicio, las preguntas deben ser relacionadas con el reconocimiento.

(34) ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op. cit.* Pág. 442.

(35) DE PINA, Rafael. *Op. cit.* Pág. 357.

(36) CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. *Op. cit.* Pág. 140.

(37) ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op. cit.* Pág. 488.

En cuanto al reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, nuestro Código Civil vigente nos dice:

"... Art. 360. La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Esto es si el padre no reconoce a su hijo voluntariamente, éste le puede demandar el reconocimiento, aportando pruebas suficientes, y en caso de probar su filiación, se declara la paternidad mediante una sentencia."

"... Art. 361. Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, mas la edad del hijo que va a ser reconocido."

El requisito para que se lleve a cabo dicho reconocimiento de acuerdo con lo establecido por el art. 148 del código antes mencionado, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce, mas la edad del hijo que se reconocerá.

"... Art. 362. El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o, a falta de ésta, sin la autorización judicial.

También los menores de edad pueden reconocer a sus hijos siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos."

"... Art. 364. Puede reconocer al hijo que no ha nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia."

"... Art. 365. Los padres pueden reconocer a su hijo conjunta o separadamente. "

"... Art. 366. El reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor."

Este artículo nos da la opción de demandar el reconocimiento, ya que con frecuencia quien reconoce a su hijo nacido fuera de matrimonio es la madre y no el padre, ya que este surte sus efectos únicamente en cuanto al progenitor que lo reconoció.

"... Art. 367. El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo y se ha hecho, y si se ha hecho en testamento cuando éste se revoque, no se tienen por revocado el reconocimiento."

Una vez hecho el reconocimiento podemos tener la plena seguridad de que éste queda firme.

"... Art. 368. Párrafo primero. El Ministerio Público tendrá acción contradictoria del reconocimiento de un menor de edad, cuando se hubiere efectuado en perjuicio del menor.

La representación social vigila los intereses de un menor entre otras cosas, por lo tanto, no se le puede perjudicar con el reconocimiento."

"... Art. 369. El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

I.- En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil;

II.- Por acta especial ante el mismo juez;

III.- Por testamento.

IV.- Por confesión judicial directa y expresa.

Tanto la escritura pública como el testamento, son actos jurídicos unilaterales, por lo tanto, el reconocimiento también lo es, el testamento tiene por objeto instituir herederos, o legatarios, declarar y cumplir deberes con trascendencia jurídica, para después de la muerte del testador, por lo tanto, al reconocer a un hijo a través de un testamento, se cumple con un deber que produce consecuencias jurídicas, como crear derechos y obligaciones entre el hijo y el testador. *

*... Art. 374. 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 halla declarado que no es hijo suyo.

La ley, en este sentido, es clara, un hijo no puede tener mas de dos padres, otra persona no puede reconocer al niño sino cuando el marido lo ha desconocido como hijo. *

*... Art. 376. El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor sin el de su tutor, si lo tiene, o el del tutor que el juez le nombrará especialmente para el caso. *

*... Art. 380. Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá

su custodia; y en caso de que no lo hiciera, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere mas conveniente a los intereses del menor. "

"... Art. 381. En caso de que el reconocimiento se efectúe por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público."

En resumen, pueden ser reconocidos los hijos nacidos fuera de matrimonio no reconocidos, de acuerdo con el Art. 22 del Código Civil, también pueden ser reconocidos los hijos concebidos aun no nacidos, también se puede reconocer a un menor de edad previa autorización de quien ejerza la patria potestad, la tutela o del juez, el mayor de edad con su previo consentimiento, también se puede reconocer a los hijos muertos siempre que éste haya dejado descendencia.

EFFECTOS DEL RECONOCIMIENTO.

Entre los principales efectos del reconocimiento de hijos, están:

a) **Genera un estado de familia;** como los efectos del reconocimiento operan sobre el pasado, se inicia una relación jurídica que antes no existía, esta relación no únicamente es entre padre e hijo, sino que también con toda la familia del padre y con todos sus derechos y obligaciones.

b) **La patria potestad.** El reconocido entra bajo la patria potestad de quien lo reconoce, la persona sujeta a la patria potestad también está protegida por quien la ejerce.

c) **El reconocimiento** puede dar lugar a la tutela legítima cuando éste tenga que ser constituida, y lo serán los padres, hermanos, o a falta de unos u otros, los abuelos.

d) **Apellido.** El reconocido tiene derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos de quienes lo reconozcan.

Consideramos que todo individuo tiene derecho, sobre todo, de llevar los apellidos de sus progenitores, y no nada más de uno de ellos, como es el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, que llevan únicamente el apellido de su madre.

e) **Alimentos.** También tiene derecho a ser alimentado por las personas que lo reconozcan, entendiéndose este término con la amplitud del Art. 308 C.C.

f) **Sucesión.** El reconocimiento otorga al hijo reconocido la porción hereditaria que determina el código en la sucesión intestada.⁽³⁸⁾

El reconocimiento es de dos tipos: voluntario cuando una persona declara ante autoridad competente que es padre o madre de otra; o mediante sentencia judicial que declare la paternidad a una persona.

(38) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit. Pág. 172.

CAPITULO II

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATERNIDAD

HISTORIA.

Se ha establecido que en la antigüedad se tenía a la maternidad como base, por lo tanto, la filiación sólo era admitida por esta vía. La concepción se le atribuía a la divinidad, ya que no se veía el contacto carnal entre un hombre y una mujer.

La costumbre llamada 'couvade', que literalmente tiene relación con los verbos 'enclocar' o empollar, comprobada en algunos pueblos antiguos y que subsiste actualmente en algunos lugares del Tíbet, China y la India, según la cual antes del nacimiento del niño, el que se cree padre, se retira a su cama, suspendiendo toda comida animal, y afecta sufrir todos los dolores físicos que preceden al parto; mientras que la madre continúa sus trabajos normales en el campo. Es como la expresión pública de la creencia de que el niño que va a nacer es hijo suyo, y podría verse en este ritualismo, una forma tácita análoga a los modernos reconocimientos formales de la filiación natural.

Durante estos estados primitivos, el padre le era doble hacer este reconocimiento de negar la paternidad hasta disponer de la vida de cualquiera de los hijos de su mujer.(39)

(39) ALVAREZ MORALES, Federico Carlos, 'El examen de los grupos sanguíneos como medios de prueba jurídica', en *Anales de la Universidad de Santo Domingo*. Ciudad Trujillo, República Dominicana, 1951. Enero-diciembre. Vol. XVI. Pág. 136.

2.1 ROMA.

Aquí la filiación paterna se establecía al principio, por el arbitrio del marido, éste tenía un derecho ilimitado sobre los hijos de su mujer, sin embargo no tenía ninguna obligación hacia ellos. Posteriormente los Romanos crearon las dos formas de filiación legítima, una basada en la ciencia, mediante la cual establece la duración del embarazo entre 180 y 300 días; y la otra es la moral, a través de la cual, se le atribuye la paternidad al marido cuando la concepción ocurre dentro del matrimonio.

Para tratar el tema de la evolución histórica de la paternidad, empezaremos estudiando la figura del matrimonio, ya que es el punto clave de la paternidad y el parentesco.

En el Derecho Romano encontramos dos tipos de matrimonio y son: IUSTAE NUPTIAE, y sus consecuencias jurídicas eran muy amplias, también tenemos EL CONCUBINATO, sus consecuencias jurídicas eran limitadas, con el tiempo fueron aumentando pero nunca tuvieron el nivel que tenía el matrimonio justo, sin embargo, estas dos formas de matrimonio tienen elementos en común y son:

a) Se trata de uniones duradera y monogámicas de un hombre con una mujer.

b) Los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los trances y peripecias de la vida. La famosa frase de que el consensus y no el concubitus hace el matrimonio significa, quizá, que el hecho de continuar armonizando (co-sentir) y no el hecho de compartir el mismo lecho, es la base del matrimonio.

c) Ambas formas son socialmente respetadas, y para ninguna de ellas se exigían formalidades jurídicas o intervención estatal alguna.(40)

Para el cristianismo el matrimonio era un sacramento y se organiza su celebración en forma más estricta. El Estado le ha quitado esta jurisdicción a la iglesia sobre todo en nuestro país, y se distingue las IUSTAE NUPTIAE del concubinato.

El concilio Tridentino concede un estricto formalismo a las iustae nuptiae, el Derecho Romano después del Renacimiento divide los requisitos en dos:

a) Una categoría más importante, cuya inobservancia no es más que un impedimentum dirimens causando la nulidad del matrimonio.

b) Otra categoría de requisitos, cuya inobservancia no es más que un impedimentum tantum (o impedimentum impediens) que puede dar lugar a multas, sanciones disciplinarias para el funcionario descuidado, etc., pero no a la nulidad del matrimonio.(41)

La distribución de los requisitos en las dos categorías ha variado algo en el curso de la historia jurídica occidental. Dichos requisitos son originalmente:

a) Que los cónyuges tengan el connubium. Antes de la lex Canuleia de 445 a. de J.C., esto quería decir que ambos fueran de origen patricio; posteriormente significa que ambos sean de nacionalidad romana o

(40) MARGADANT S., Guillermo F. 'Derecho Romano'. Edit. Esfinge, S.A. México 1979 Pág. 207.

(41) Ibidem. Pág. 208.

pertenezcan a pueblos que hayan recibido de las autoridades romanas el privilegio de *connubium*.

b) Que sean sexualmente capaces: el hombre, mayor de catorce años; la mujer mayor de doce. Así, el eunuco no podía celebrar *lustae nuptiae*. El derecho canónico medieval no quiso reducirse en este punto a límites demasiado estrictos y creó la fórmula de *que malitia supplet aetatem*.

c) Que tanto los cónyuges como sus eventuales paterfamilias hayan dado su consentimiento para el matrimonio y que éste no adolezca de vicios (error, dolo, intimidación).

d) Que los cónyuges no tengan otros lazos matrimoniales. La tradición monogámica romana es mas fuerte que la tradición poligámica del Antiguo Testamento, la tradición germánica de las *Nebenfrauen* y la naturaleza humana. Ello no impide que la facilidad para obtener el divorcio permita a los romanos una poligamia sucesiva. Tertuliano pretende que el divorcio es como fruto natural del matrimonio, y por San Jerónimo conocemos el caso de una mujer que era la vigésima-primera esposa de su vigésimo-tercer marido.

e) Que no exista un parentesco de sangre dentro de ciertos grados. Esta restricción ¿es de carácter eugenésico? Las investigaciones de Freud en su libro *Totem y Tabú* hacen inverosímil esta explicación.(42)

El límite de lo permisible en el parentesco colateral ha variado generalmente entre tres y cuatro grados. La fase cristiana del desarrollo

(42) MARGADANTS S., Guillermo F. *Op. cit.* Pág. 207-208-209.

romanista añadió, a este respecto, el parentesco espiritual (padrinos y ahijados) al civil y extendió la prohibición hasta incluir a los adfines (hermana de la difunta esposa, etc.), aumentándose en la Edad Media hasta catorce los grados de esta prohibición, severidad suavizada por la posibilidad de dispensas.

f) Que no exista una gran diferencia de rango social, requisito sensato que no ha logrado sobrevivir en nuestra era de igualdad teórica. Para el matrimonio es indispensable cierta similitud de educación y de intereses. El actual consejo de sentido común cástate dentro de tu propia clase social tuvo en la antigüedad un refuerzo jurídico.

g) Que la viuda deje pasar un determinado tempus luctus, para evitar la turbatio sanguinis, requisito que se extendió también a la mujer divorciada y que pasó al actual artículo 158 del Código Civil.

h) Que no exista una relación de tutela entre ambos cónyuges. Sólo después de terminar la tutela y de rendir cuentas, el ex-tutor puede casarse en iustae nuptiae con su ex-pupila.

i) Además de dispersas en las fuentes, encontramos algunas restricciones mas, que son, por tanto requisitos de carácter negativo. Así el justo matrimonio no puede celebrarse entre adúltera y amante, entre raptor y raptada (disposición ya derogada en nuestro Derecho), con personas que hayan hecho voto de castidad (derogado en el Derecho Mexicano), entre un gobernador y una mujer de su provincia, etc. Merece también especial mención que el soldado no podía celebrar un matrimonio justo, porque no

se quiso dar la patria potestad a personas que por su trabajo debían conservar la libertad de movimiento.(43)

A partir del siglo II el concubinato recibe algunas ventajas jurídicas, las que antes sólo eran privilegio de las *iustae nuptiae*, como son: la sucesión legítima, y la alimentación.

Los efectos de las *iustae nuptiae* son:

1. Los cónyuges se deben fidelidad. A este respecto el Derecho Romano trata mas a la esposa que al marido, ya que la infidelidad de aquélla introduce sangre extraña en la familia. Las aventuras del marido, siempre que no tengan lugar en la ciudad del domicilio conyugal, no son causa de divorcio; en cambio, la mujer adúltera comete siempre un delito público.

2. La esposa tiene el derecho y también el deber de vivir con el marido. Este puede reclamar la entrega de la esposa, si ésta se queda, sin permiso, en casa ajena.

3. Los cónyuges se deben mutuamente alimentos, y estos se determinan en vista de las posibilidades del que los debe y de las necesidades del que los pide.

4. Como ya sabemos, los hijos nacidos de tal matrimonio caen automáticamente bajo la patria potestad de su progenitor (salvo si éste fuera un peregrino con *connubium*).

(43) MARGADANTIS S., Guillermo F. *Op. cit.* Pág. 209.

5. Los hijos de justo matrimonio siguen la condición social del padre (por ejemplo, la condición senatorial). Desde que la Revolución Francesa acabó con el principio de que cada clase social tiene su propio régimen jurídico.

6. Los cónyuges no pueden hacerse mutuamente donaciones para que no se priven recíprocamente de sus bienes por mutuo amor de acuerdo con la curiosa cause célèbre de mecenas, en tiempos de Augusto, demuestra que el temor respectivo del legislador romano no era infundado, el derecho moderno amplía, y al mismo tiempo restringe este principio. Lo ha hecho extensivo a todo contrato entre cónyuges, pero ha sustituido la prohibición total por el requisito de una autorización judicial. En cuanto a las donaciones entre cónyuges actualmente son válidas, pero revocables en todo tiempo.

7. Además, desde la época de Augusto, se le prohíbe a la esposa que sea fiadora de su marido, disposición que el senado consulto Velejano, de 46 d. de J.C., amplió considerablemente quitando los efectos procesales a toda fianza otorgado por una mujer para garantizar obligaciones, no sólo de su marido sino también de tercero.

8. Un cónyuge no puede ejercer contra el otro una acción por robo. El Derecho moderno ha suavizado esta restricción en el sentido de que, en este caso, sólo se persigue a petición de la víctima.

9. En materia civil, la condena que obtenga un cónyuge contra el otro no puede ir mas allá de las posibilidades de la parte vencida. Dicha condena sí puede privar al vencido de sus propiedades, pero siempre le debe quedar una parte suficiente para subsistir, o de lo contrario, el cónyuge vencedor está obligado a otorgar alimentos al cónyuge vencido.

10. En caso de quiebra o concurso del marido, se presume que cuanto haya adquirido la esposa en el matrimonio procede del marido y entra en la masa de la quiebra. Si se trata de adquisiciones hechas por la esposa con ingresos propios, a ella corresponde comprobar estas circunstancias.

11. La viuda pobre tiene ciertos derechos bastante limitados a la sucesión del marido si éste muere intestado.

12. La adfinitas con la suegra, o el suegro, constituye un impedimento para contraer matrimonio con éstos, después de disolverse el matrimonio del que surgió esta forma de parentesco.⁽⁴⁴⁾

Como podemos darnos cuenta, los efectos del matrimonio que nos señala el Derecho Romano no diferencia mucho de nuestro Derecho, ya que la mayoría de ellas las contempla nuestro Código Civil para el Distrito Federal, por ejemplo:

El Art. 162 párrafo 1o. establece la obligación de que los cónyuges deben contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

En el Art. 163 se especifica que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

(44) MARGADANT S., Guillermo F. Op. cit. Pág. 210-211.

Por su parte, el Art. 165 dispone que los cónyuges y los hijos, en materia de alimentos, tendrán derecho preferencial sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento económico de los bienes para hacer efectivos estos derechos.

El Art. 169 establece la facultad de los cónyuges de poder hacer cualquier actividad, excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el juez de lo familiar resolverá sobre la oposición.

En el Art. 174 se habla de la autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato de pleitos y cobranzas o para actos de administración.

... Art. 175. Otra autorización judicial para el caso de que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue sólidamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad.

La autorización, en los casos a que se refiere éste y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges.

Por último, el Art. 176 determina el caso de que el contrato de compra-venta sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes.

El PATERFAMILIAS: Después de haber estudiado la figura del matrimonio, analizaremos el paterfamilias, quien es dueño y señor de la domus romana, de los bienes, de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los iuri patronatus sobre los libertos, tiene un poder bastante sobre los hijos, nietos, esposa, mediante la manus, y las nueras cum manu, dentro de la domus es el juez y sacerdote de la religión, es una especie de monarca doméstico.

Puede ejercer el terrible ius vitae necisque con la pena de muerte a sus súbditos, sin embargo, para ejercer tal acto estaba vigilado por la organización gentilicia y el censor.

Como podemos apreciar la antigua familia romana era una especie de monarquía y no se reconocía la doble ciudadanía ni la doble ciudadanía doméstica. Así pues, al contraer matrimonio se establecía si la mujer pasaba a formar parte de la domus del marido (cum manu) o si seguía formando parte de la monarquía paterna. Se cree que el testamento como función original tenía la de permitir al paterfamilias designar su sucesor.

Hagamos constar que no era necesario ser padre para poder ser paterfamilias. El término familia significa en el antiguo latín: patrimonio doméstico. Así paterfamilias significa el que tiene poder (de la misma raíz que pater) sobre los bienes domésticos. Observamos, de paso, que en el latín posterior, el término familia comienza a referirse a un sector determinado del patrimonio doméstico, o sea, los famuli, es decir, los esclavos.(45)

(45) MARGADANT S., Guillermo F. Op. cit. Pág. 197.

En la práctica moderna, la palabra familia significa un grupo de personas unidas a la vez por intimidad y parentesco. Desgraciadamente, el término moderno peca de gran vaguedad. Unas veces corresponde al concepto de domus; otras mas bien de gens.

El término paterfamilias designa, por tanto, a un romano libre y *sulluris* -en otras palabras, una persona-, independientemente de la cuestión de si está casado y tiene descendientes.(46)

Un romano recién nacido es un paterfamilias aunque no tenga capacidad de ejercicio, claro, si su padre muere y no tiene abuelo paterno, las mujeres viudas o solteras necesitan de un tutor para todas sus decisiones importantes.

Como nos hemos dado cuenta, en el Derecho Romano la única persona que tenía capacidad de goce y ejercicio era el paterfamilias, quien era el amo y señor, dueño absoluto sobre bienes y personas que tenía en su domus, en el aspecto procesal el único que podía representar a su domus.

Las relaciones entre los diversos miembros de sus domus son las siguientes:

a) Sobre los clientes, el paterfamilias tiene un poder patronal que se acerca mucho al ya descrito poder del antiguo señor sobre sus libertos. Muchos autores creen que originalmente la categoría de los clientes se compone precisamente de antiguos esclavos.

(46) MARGADANT S., Guillermo F. Op. cit. Pág., 197.

b) Sobre los esclavos, el paterfamilias tiene un poder comparable al que tiene sobre la propiedad privada.

c) Sobre los libertos, el paterfamilias ejerce la *lura patronatus*.

d) Sobre su esposa y sus nueras, puede tener la *manus*.

e) Sobre los hijos y nietos, tiene la *patria potestad*.⁽⁴⁷⁾

El antiguo *ius civile* se refiere a la distribución de personas y cosas, pero éste no pertenece al matrimonio romano, ya que el padre conserva la *patria potestad* sobre su hija casada con otro romano y la mujer que celebra un matrimonio simple *sine manu* conserva el poder sobre sus bienes propios. Por lo tanto, el matrimonio romano quedaba fuera del *ius civile* y no requería formalidad alguna, por lo que no intervenía el Estado, sin embargo, la *manus* es una institución netamente jurídica y se combinaba con este matrimonio.

La *manus* es una naturalización doméstica de la mujer en la *domus* del marido y también servía para que una mujer pudiera liberarse de una tutela desagradable con independencia del matrimonio.

La *conventio in manum* se verificaba de tres modos:

a) Como consecuencia automática de un matrimonio celebrado en forma de *confarreatio*, ceremonia religiosa en honor de Júpiter *Farreus*, en presencia de un flamen de Júpiter, y durante la cual los cónyuges debían comer un pastel de trigo.

(47) MARGADANT S., Guillermo P. Op. cit. Pág. 198.

b) La conventio in manum pudo tomar la forma de una co-emptio, acto solemne en que intervienen el antiguo paterfamilias de la novia y el nuevo, y que algunos autores consideran como un recuerdo de la compra de la esposa.

c) También puede la manus resultar del usus, por el cual una esposa, por el hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año, cambia su nacionalidad doméstica. No se trata de una conventio in manum que opera por el mero transcurso del tiempo, como sugieren algunos autores, sino que se necesita para este cambio de la condición jurídica de la mujer el consentimiento formal del original paterfamilias (o del tutor de la mujer).⁽⁴⁸⁾

Si la esposa no quería estar bajo el dominio del marido, bastaba con que participara en las conmemoraciones religiosas de su domus original para demostrar que aun después de casada estaba sujeta a ésta, por lo tanto, si la mujer faltaba tres días al hogar conyugal demostraba que el matrimonio fue celebrado sine manu.

En cambio, si la mujer deseaba entrar a la domus del marido, es decir, distinta a la original, el nuevo paterfamilias o el marido la trataban como hija, por ejemplo, en el momento de repartir la herencia del marido a ésta le tocaba una porción igual a la de sus hijos, es decir, como si fuera hija de su cónyuge.

Al decaer la manus, el marido aun conservaba el poder sobre su esposa, con posterioridad esto fue decayendo al grado de relegar a la mujer a los humildes placeres del hogar.

(48) MARGADANTS, Guillermo S. Op. cit. Pág. 199.

La PATRIA POTESTAD: Este era un poder ilimitado que tenía el paterfamilias y duraba hasta la muerte de éste, y sus aspectos son los siguientes:

a) El padre o abuelo tenía un poder disciplinario, casi ilimitado sobre el hijo, hasta podía matarlo (*ius vitae necisque*), aunque en caso de llegar a este extremo sin causa justificada, el paterfamilias se exponía a sanciones por parte de las autoridades gentilicias o del censor. Este derecho se fue suprimiendo en varias etapas.

Quien puede lo mas, puede lo menos. Si el padre pudo, por mucho tiempo, matar al hijo, a fortiori puedo venderlo o exponerlo. La venta está todavía permitida por Justiniano, siempre que se trate de situaciones de emergencia financiera. La exposición es objeto de una amplia y variada legislación, durante el Bajo Imperio, y, finalmente, tratada como un crimen, equiparable al homicidio. Actualmente, de este amplio poder del padre sobre los hijos no nos queda mas que un moderado derecho de castigar, como el mencionado en el artículo 423 del Código Civil.

b) Para ser el paterfamilias la única persona verdadera dentro de la familia, originalmente, el hijo no podía ser titular de derechos propios. Todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del paterfamilias, principio suavizado, poco a poco, por la mayor independencia de los hijos en relación con los peculios que les fueron confiados, y por la creciente frecuencia de la emancipación.⁽⁴⁹⁾

En la época de Augusto se permitía que el hijo fuera propietario de un peculio castrense adquirido por actividades militares posteriormente

(49) MARGADANT S., Guillermo F. Op. cit. Pág. 200.

Constantino añade un derecho mas que es el peculio quasi castrense, no sólo obtenido por actividad militar, sino que también por alguna función pública o religiosa, también le concedía la propiedad de los bienes adquiridos por la sucesión de su madre o abuelo.

El usufructo del peculio castrense correspondía al paterfamilias, sin embargo, el emperador Constantino permite que en caso de muerte del padre, el peculio pase directamente al hijo sin formar parte de la masa hereditaria, y puede disponer de los bienes.

El padre no estaba obligado a garantizar su manejo, el mismo que duraba toda la vida, mientras que en la actualidad este manejo dura hasta que el hijo cumple dieciocho años, es decir, hasta que el hijo cumple la mayoría de edad.

El paterfamilias era responsable de los delitos cometidos por el filius familias, sin embargo, lo podía entregar para que pagara sus culpas mediante el trabajo, recurriendo al abandono noxal. En un principio la patria potestad fue establecida como un poder en beneficio del padre, pero en la época imperial se convierte en una figura jurídica en la que se establecen derechos y obligaciones en forma reciproca, padre e hijo, como por ejemplo, el derecho a los alimentos, figura que encontramos plasmada en los artículos 3030 y 304 de nuestro Código Civil.

FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD

El Derecho Romano nos señala:

a) Las iustas nuptiae. Mientras los hijos nacidos de un concubinato duradero son naturales liberi, exentos de la patria potestad, los hijos

nacidos de relaciones transitorias son sólo spurii, los nacidos después de ciento ochenta y dos días, contados desde el comienzo de las iustae nuptiae, o dentro de los trescientos días contados desde la terminación de éstas, son considerados como hijos legítimos del marido o de la madre.

b) La legitimación. Este procedimiento sirve para establecer la patria potestad sobre hijos naturales y en una de las siguientes formas:

1. El Justo matrimonio

2. Un rescripto del emperador, posible escape en los casos en que el matrimonio entre lo padres no era realizable o aconsejable. El emperador sólo autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos.

3. La oblación a la curia. En este caso el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara la desagradable y arriesgada función de decurión, consejero municipal, que respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros fiscales decretados por el exigente Bajo Imperio. Además, el padre debía separar de su patrimonio inmuebles por cierta cantidad, para garantizar la gestión de su hijo en la Curia.

En la actualidad, la única forma de legitimación que tenemos es mediante el subsecuente matrimonio de los padres, y también existen otras formas de reconocimiento de los hijos y son: ante el Oficial del Registro Civil, por testamento, ante Notario, o por confesión judicial.

c) La adopción. Por este procedimiento, el paterfamilias adquiría la patria potestad sobre el filiusfamilias de otro ciudadano romano. Este último debía presentar, desde luego su consentimiento para ello.

Con la ley de las XII tablas, la adopción se llevaba a cabo mediante las tres ventas ficticias de una persona.

En un principio, la adopción no se dio plenamente, ya que el adoptante no adquiría la patria potestad del adoptado, y éste conservaba sus derechos sucesorios de su antigua familia, con posterioridad se dio la adopción plena, en la que el adoptante adquiría la patria potestad del adoptante y además tenía derechos sucesorios. Esta figura de la adopción plena la encontramos en nuestro Derecho, en el que sólo se permite la adopción de mayores incapaces, pero si el adoptado es menor de edad, el adoptante adquiere la patria potestad.

La adopción sólo se permitía a los ancianos mayores de sesenta años, y creaba los mismos impedimentos matrimoniales que la filiación natural.

d) La adrogatio. Esta permite que un paterfamilias adquiriera la patria potestad sobre otro paterfamilias, por ejemplo, su propio hijo natural, en cuyo caso la adrogatio servía como un sustituto del moderno reconocimiento.

Por la adrogatio podía extinguirse eventualmente un culto doméstico; también podía tener, como consecuencia, que una gens perdiera alguna rica domus a favor de otra gens, lo cual podría perturbar el equilibrio político en la antigua Roma; y finalmente, como el adrogado entraba con todo su patrimonio bajo el poder del adrogante (ejemplo de una transmisión a título universal) existía un peligro de adrogaciones inspiradas en motivos deshonestos. De ahí que la Roma republicana exigía para esta

Institución la aprobación de los comicios (por curias), con intervención sacerdotal.(50)

La patria potestad se extingue por las formas siguientes:

a) Por la muerte del padre (o por su *capitis diminutio* máxima o media).

b) Por la muerte del hijo (o por su *capitis diminutio* máxima o media).

c) Por la adopción del hijo por otro paterfamilias o la adrogatio del paterfamilias.

d) Por casarse una hija *cum manu*.

e) Por el nombramiento del hijo para ciertas funciones religiosas, o, en el Derecho Justiniano, también burocráticas.

f) Por emancipación. Figura que evolucionó desde ser un castigo (expulsión de la *domus*) hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.

g) Por disposición judicial. Como castigo del padre o, automáticamente, por haber expuesto al hijo, por su pobreza general.(51)

2.2 MEXICO.

Influenciados por el derecho canónico, la unión de un hombre y una mujer fue considerada como un sacramento, en la cual el marido tenía un amplio poder sobre su mujer y sus hijos menores, es decir, antes de

(50) MARGADANT S., Guillermo F. *Op. cit.* Pág. 201 a la 205.

(51) *Ibidem.* Pág. 206.

cumplir 25 años, la esposa tenía un deber de subordinación, y el marido tenía el derecho de privarla de la vida si la sorprendía en adultterio.

Este matrimonio carecía de validez si no se celebraba mediante ceremonia religiosa, a pesar de que en México se practicaba la poligamia, sobre todo entre los nobles y ricos, pero siempre se tenía cierta distinción por la esposa legítima, ya que con ésta habían celebrado matrimonio con todas las formalidades.

De acuerdo con la historia, en los reinos de Tacuba y Texcoco, únicamente los reyes y nobles tenían varias mujeres, costumbre que para el resto del pueblo se consideraba como una corrupción.

El matrimonio se efectuaba mediante una serie de actos con toda seguridad de carácter religioso, con la intervención de los parientes y amigos de los contrayentes, aunque se dice que el sacerdote bendecía el lecho conyugal.

Cuando un hombre estaba en edad de contraer matrimonio se reunían los parientes y maestros para acordarlo, posteriormente se volvían a reunir para escogerle esposa al mancebo, después de esto se le pedía a ciertas señoras llamadas casamenteras que fueran a pedir a la novia, los padres de ésta se disculpaban varias veces hasta que finalmente accedían.

El día de la celebración de la boda se reunían los parientes y ofrecían presentes a los contrayentes.

En la tarde del día de la boda bañaban a la novia y le adornaban los brazos y las piernas con plumas rojas, y el rostro con margaritas, posteriormente la sentaban en un petate y los familiares del novio pasaban

a saludarla y a darle algunos consejos; cuando se ponía el sol, ponían a la novia en una manta y la llevaban a cuestras a la casa del novio, posteriormente los encerraban en la recámara nupcial, cuidando las casamenteras las puertas cuatro días y cuatro noches.

Para celebrar este matrimonio, se tomaba en cuenta su consentimiento, la dote era en proporción a la fortuna de la mujer.

Distinguían los grados de parentesco por consanguinidad y afinidad, y en ambos estaba prohibido el matrimonio.(52)

La edad para contraer matrimonio, era: para el hombre entre los veinte y veintidós años y para la mujer entre los quince y dieciocho años.(53)

Los Mixtecas y Tlaxcaltecas utilizaban las mismas formas de contraer matrimonio, con la diferencia de que también utilizaban el corte de cabello, se herían la lengua y una oreja con espinas de maguey, la abstención durante varios días y la presentación de la sábana como prueba de virginidad.

Entre los mayas, el matrimonio se llamó Kamnicté. Se efectuaba alrededor de los veinte años, y los padres escogían los maridos para sus hijas, y las mujeres para sus hijos, la ceremonia se llevaba a cabo en el domicilio de la novia y consistía en la manifestación del consentimiento ante el sacerdote casamentero, éste le entregaba la mujer al marido atando previamente sus vestiduras, quedando así el matrimonio consumado, los invitados bebían para solemnizar dicho matrimonio, el marido debía

(52) MENDIETA NUÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial. Edt. Pomúa. México 1937. Pág. 40.

(53) Idem.

trabajar para su suegro cuatro o cinco años o de lo contrario lo corrían de la casa y se nulificaba el matrimonio.

Los impedimentos eran: la falta de dote por parte del novio, la falta de edad, el parentesco en línea recta sin límite de grados, en algunos casos, los padres se casaban por sus hijos, cuando éstos eran niños, aunque con sus imperfecciones conocieron la sociedad conyugal, y practicaban la monogamia.

El padre era el jefe de la familia, sin embargo, estaba en igualdad de circunstancia que su mujer, en cuanto a derecho, la patria potestad era un poder amplio, el padre, en caso de pobreza, podía, incluso, vender a sus hijos, el padre castigaba a los hijos varones, y la esposa a las hijas mujeres; para esto usaban espinas de maguey, o les cortaban el cabello, incluso previa autorización legal podían venderlos como esclavos por incorregibles.

Los hijos de nobles y ricos, al cumplir quince años, eran entregados al Calmecac o Telpuchcalli para su educación, cuatro años después salían de ahí para contraer matrimonio, mientras que las hijas se educaban en sus casas o en una especie de convento.

En caso de divorcio, los hijos varones se quedaban con el esposo y las mujeres con la esposa, el cónyuge culpable perdía la mitad de sus bienes, y los hijos pequeños se quedaban con la madre -disposición que perdura en nuestros días.

Normalmente heredaba el hijo primogénito. Por mala conducta se le desposeía de estos y quedaban en poder de un depositario. Entre los

mayas no se permitía que heredaran las hijas mujeres. Los bienes de la herencia eran entregados a un tutor, cuando los herederos eran menores de edad, este tutor tenía la obligación de rendir cuentas y poner los bienes en posesión de los herederos al cumplir estos la mayoría de edad.

CAPITULO III

**DE LAS PRUEBAS EN LA INVESTIGACION DE LA
PATERNIDAD FUERA DE MATRIMONIO**

3.1 DE LAS PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO, SEGUN EL CODIGO CIVIL.

La doctrina de la prueba se desarrolla en torno a dos conceptos fundamentales a saber: el expresado con el verbo probar, y el que se menciona con el sustantivo prueba.

Probar consiste en evidenciar la verdad o la falsedad de un juicio, o la existencia o inexistencia de un hecho.

En sentido diverso, el sustantivo prueba significa todo aquello que puede servir para lograr la evidencia mencionada.(54)

En el lenguaje jurídico no se habla de la prueba, como de la demostración de la verdad de un hecho, sino que es necesario completar la definición diciendo: demostración de la verdad de un hecho obtenida con los medios legales (por legítimos modos) o mas brevemente, demostración de la verdad legal de un hecho.(55)

En su sentido estrictamente gramatical, la palabra prueba, expresa la acción y efecto de probar y también la razón, argumento, instrumento y otro medio con que se pretende demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.

La palabra prueba dice VICENTE Y CARAVANTES trae su etimología, según unos del adverbio probe, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende, o

(54) FALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil, Edit. Porrúa, S. A. México, 1989. Pág. 359.

(55) DECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. Cuarta edición. Edit. Porrúa. México, 1974. Pág. 99.

según otros; de la palabra probandum, que significa recomendar, probar, experimentar, patentizar, hacer fe, según la define la ley de partida, la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa.(56)

Tradicionalmente los medios de prueba son:

- a) Confesión.
- b) Documental pública y privada.
- c) Pericial.
- d) Inspección Judicial.
- e) Testimonial.
- f) Fama Pública.
- g) Presuncional.

3.1.1 Confesional. (Definición, Efectos, Valor Legal).

Pasaremos a realizar un breve análisis relativo a las pruebas enunciadas.

a) Prueba Confesional: Se entiende por confesión la admisión tácita o expresa que una de las partes hace de hechos propios, de los controvertidos en juicio, reconociendo que son verdaderos, y en juicio propio. De esta definición se infieren las siguientes notas esenciales de la confesión: 1) Que debe ser hecha por una de las partes y no por un tercero; 2) Que ha de ser de hechos propios del confesante y de los

(56) Tomado de DE PINA, Rafael. CASTILLO LARRAÑAGA, José. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Segunda Edición. Edit. Porrúa. México 1978. Pág. 277.

controvertidos en el juicio; 3) Que pueda ser expresa o tácita; 4) Judicial o extra-judicial; 5) Que el reconocimiento ha de perjudicar al confesante.(57)

Confesión Judicial es el reconocimiento de hechos propios que produce efectos jurídicos en contra de quien, siendo capaz, lo hace libre y formalmente en juicio.

La confesión extra-judicial es el reconocimiento de hechos propios, pero realizados fuera de juicio, en declaraciones verbales o escritas, con la intención de producir efectos jurídicos.(58)

Rafael de Pina dice que la confesión es: una declaración de parte, que contiene el reconocimiento de un hecho de consecuencias jurídicas desfavorables para el confesante.(59)

Por su parte, José Ovalle Favela manifiesta que la confesión es una declaración vinculativa, pues generalmente contiene un reconocimiento de hechos de consecuencias jurídicas desfavorables para el confesante.(60)

La prueba confesional, desde nuestro punto de vista, es la aceptación del hecho que se le imputa al presunto responsable, ya que implica confesarse culpable aun sabiendo que esta confesión lo perjudica judicialmente.

La prueba confesional, se divide en dos: Judicial y Extra-judicial.

(57) PALLARES, Eduardo. *Op. cit.* Pág. 380.

(58) BECERRA BAUTISTA, José. *Op. cit.* Pág. 102.

(59) DE PINA, Rafael. *op. cit.* Pág. 311.

(60) OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil, Tercera edición, Edit. Harla, México, 1989. Pág. 147.

1) Judicial es aquélla que se hace ante un juez competente y con todas las formalidades.

2) La Extra-judicial se hace ante un juez incompetente o fuera de Juicio.

3) La Expresa, hecha en forma escrita o verbal.

4) Tácita, es derivada de actos que omite el presunto responsable.

Tenemos diferentes clases de confesión: judicial, extra-judicial, expresa, tácita, lícita, provocada, simple, cualificada, divisible, indivisible, anticipada.

Están obligados a confesar las partes, después de ellas los cedentes en los juicios relativos al crédito cedido, los apoderados judiciales pueden también ser obligados a absolver posiciones cuando tengan poder especial para ello o cláusula especial de poder generado.(61)

En cuanto a los apoderados legales, estos únicamente están obligados a absolver posiciones relacionadas con hechos propios, y no de hechos relacionados con los actos de sus representados y deben tener poder para absolver posiciones.

Las posiciones deben tener los siguientes requisitos: relacionados con hechos propios, de hechos concernientes al litigio, deben relacionarse con un solo hecho, por lo general y excepcionalmente varios hechos deben ser expresados en forma clara y precisa, no insidiosas pero sí pueden ser capciosas.

(61) FALLARES, Eduardo. Op. cit. Pág. 58.

EFFECTOS.

1. La confesional produce prueba plena, si se lleva a cabo con todos los requisitos que exige la ley.

2. La extra-judicial produce prueba plena si se realiza con los siguientes requisitos: debe ser en testamento ante juez incompetente con la creencia de las partes de que éste es competente, ante juez que en el momento era competente y posteriormente fue incompetente, ante juez incompetente en la demanda o contestación.

La prueba confesional expresa produce prueba plena mientras que la tácita no.

3.1.2 Documental Pública. (Definición, Efectos, Valor legal).

Documento es todo aquello que enseña algo. En realidad, el documento consiste en cualquier cosa que tenga algo escrito con sentido inteligible, aunque para precisar el sentido, sea necesario acudir a la prueba de peritos traductores.(62)

Documento se define como todo objeto mueble apto para representar un hecho.(63)

Prueba documental, llamada también literal, es la que se hace por medio de documentos, en la forma prefijada en las leyes procesales.(64)

(62) PALLARES, Eduardo. *Op. cit.* Pág. 389.

(63) OVALLE FAVELA, José. *Op. cit.* Pág. 154.

(64) DE PINA, Rafael., CASTILLO LARRAÑAGA, José. *Op. cit.* Pág. 277.

Desde nuestro punto de vista, documento es el objeto que contiene una idea o un hecho escrito y que en algunos casos nos sirve para comprobar un acto.

La prueba documental se divide en pública y privada.

Nos dice José Becerra Bautista que documentos públicos, son los escritos que consignan, en forma auténtica, hechos o actos jurídicos realizados ante fedatarios o autoridades en ejercicio de sus funciones y los por ellos expedidos para certificarlos. En cuanto a los documentos privados nos dice el mismo autor que son los escritos que consignan hechos o actos jurídicos realizados entre particulares.⁽⁶⁵⁾

Los documentos en general, son aquellos que contienen, en forma escrita, un hecho o la voluntad de una persona.

El documento público, es aquél que se realiza ante autoridad o lo expide una autoridad judicial; mientras que el privado únicamente se lleva a cabo entre particulares, sin que para ello intervenga ninguna autoridad.

La prueba documental está regida por los siguientes principios:

1.- Debe distinguirse en el documento, el contenido y el continente, siendo el contenido: la declaración; y el continente: el documento.⁽⁶⁶⁾ En un documento deben estar perfectamente separados los actos de los documentos, es decir, no se debe confundir un documento de una declaración plasmada en dicho documento.

(65) BECERRA BAUTISTA, José, *Op. cit.* Pág. 136 y 142.

(66) PALLARES, Eduardo, *Op. cit.* Pág. 391.

2.- El autor del documento debe ser quien lo manda a elaborar y no quien lo elabora.

3.- En los documentos, la fecha es muy importante, ya que de ahí depende su validez. Ej. los testamentos.

4.- Debe distinguirse perfectamente la nominalidad con la autenticidad de un documento.

5.- No debe faltar la suscripción, ya que nos indica quién es el autor de dicho documento, aunque no siempre nos indica que quien lo firma es el autor, porque puede tratarse de un testigo o de un notario, pero esta suscripción es un elemento de validez.

6.- La suscripción debe diferenciarse de la declaración y contener el nombre y el apellido del **suscriptor**.

7.- Dicha suscripción debe ser autógrafa y produce efectos jurídicos, aunque el documento se entregue en blanco, produce efectos de un documento completo, esto no equivale a la autografía, ya que quien lo suscribe puede no ser su autor, ni estar obligado a cumplirlo.

La fuerza probatoria de los documentos, depende del funcionario que lo expide y únicamente respecto de los actos para los cuales está facultado.

Nos dice Eduardo Pallares que el documento privado es formado y expresado por particulares o por funcionarios públicos, cuando estos no actúan en ejercicios de sus funciones.(67)

(67) PALLARES, Eduardo. Op. cit. Pág. 402.

Caravantes dice por documento privado se entiende aquél en que se consigna alguna disposición o convenio por personas particulares, sin la intervención de algún funcionario que ejerza autoridad pública o bien con su intervención, pero sobre actos que no se refieren al ejercicio de sus funciones.(68)

Como ya dijimos con anterioridad, los documentos privados son aquellos que contienen un hecho en forma escrita entre particulares o sin la intervención de un funcionario público, pero que en determinado momento nos sirven para probar un hecho.

a) Los documentos privados sólo hacen prueba plena y en contra de su autor cuando fueron reconocidos expresamente.

b) El documento privado presentado en el juicio y no objetado dentro del tercer día por la parte contraria, se tendrá por admitido y surtirá sus efectos como si hubiera sido reconocido expresamente.

c) Los documentos privados no hacen prueba plena por sí mismos, como los documentos públicos. Necesitan ser autenticados previamente. La autenticación se lleva a cabo por el reconocimiento tácito o expreso, hecho por el autor del documento o su representante legal.

d) El documento privado no hace fe contra su autor cuando se halla todavía en su poder, porque entonces se presume que no ha dispuesto de él, precisamente para no obligarse.

e) Si el documento no está suscrito por su autor, la autografía del mismo no basta para establecer su autenticidad. (Carnelutti)

(68) Tomado de PALLARES, Eduardo. Op. cit. Pág. 402.

f) El documento privado, a diferencia del público, no prueba su procedencia ni su fecha. (Carnelutti)

g) El documento privado que contiene una declaración, prueba la existencia de la declaración, pero no su eficacia.

h) Si la declaración es narrativa, la fe del documento se refiere a la existencia de los hechos narrados, no a la eficacia de la declaración.⁽⁸⁹⁾

Como podemos darnos cuenta, para que los documentos privados surtan sus efectos y hagan prueba plena se necesita que reúnan los requisitos antes mencionados o de lo contrario no surte su eficacia procesal.

En relación a los documentos, nuestro Código de Procedimientos Cíviles, nos dice:

... Art. 327. Son documentos públicos:

I. Los testimonios de las escrituras públicas, otorgadas con arreglo a derecho y las escrituras originales mismas.

II. Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñen cargos públicos en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registro y catastros, que se hallen en los archivos públicos o los dependientes del Gobierno Federal, de los estados o del Distrito Federal.

(89) FALLARES, Eduardo. Op. cit. Pág. 403 y 404.

IV. Las certificaciones de las actas del Estado Civil, expedidas por los jueces del Registro Civil, respecto de constancias existentes en los libros correspondientes.

V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos, expedidas por funcionarios a quienes compete.

VI. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieren a actos pasados, antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren cotejadas por notario público o quien haga sus veces con arreglo o derecho.

VII. Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobados por el Gobierno Federal o de los Estados, y las copias certificadas que de ellos se expidieren.

VIII. Las actuaciones judiciales de toda especie.

IX. Las certificaciones que expidieren las bolsas mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio.

X. Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la ley."

Las disposiciones jurídicas relativas a los documentos públicos se encuentran establecidas en el Código de Procedimientos Civiles vigente que a la letra dice:

... Art. 328. Los documentos públicos expedidos por autoridades federales o funcionarios de los Estados, harán fe en el Distrito Federal sin necesidad de legalización.

Este es un artículo que trata ante todo de simplificar los trámites judiciales, bastando únicamente para que el documento presentado ante autoridad judicial haga prueba plena, que sean expedidos por autoridades federales o locales legalmente constituidas.

... Art. 329. Para que hagan fe en el Distrito Federal, los documentos públicos procedentes del extranjero, deberán llenar los requisitos que fija el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Este artículo recoge el espíritu de cooperación judicial internacional asumida en nuestro país, a partir de las reformas del Código Civil y el de Procedimientos Civiles efectuadas en 1988.

... Art. 334. Son documentos privados los vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y que no estén autorizados por escribano o funcionario competente.

Se establecen todos los documentos considerados como privados, distinguiéndolos de los públicos.

... Art. 339. Sólo pueden reconocer un documento privado: el que lo firma, el que lo manda extender, o el legítimo representante de ellos con poder o cláusula especial. Se exceptúan los casos previstos en los artículos 1543, 1545 del Código Civil 443, Fracción IV.

Con lógica jurídica este artículo identifica quiénes son las personas que pueden reconocer un documento privado.

"... Art. 342. La persona que pida el cotejo, designará el documento o documentos individuales con que deba hacerse, o pedirá al tribunal que cite al interesado para que en su presencia ponga firma o letras que servirán para el cotejo."

"... Art. 343. Se considerarán indubitados para el cotejo:

I. Los documentos que las partes reconozcan como tales, de común acuerdo;

II. Los documentos privados cuya letra o firma hayan sido reconocidas en juicio por aquél a quien se atribuya la dudosa;

III. Los documentos cuya letra o firma ha sido judicialmente declarada propia de aquél a quien se atribuye la dudosa;

IV. El escrito impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya, a aquél a quien perjudique;

V. Las firmas puestas en actuaciones judiciales, en presencia del Secretario del Tribunal por la parte cuya firma o letra se trata de comprobar."

Los documentos se clasifican en: solemnes, públicos, auténticos, privados, declarativos, informativos, anónimos, nominales, autógrafos, heterógrafos, originales, copias y documentos en blanco.(70)

(70) PALLARES, Eduardo. Op. cit. Pág. 389.

Por documento solemne, se entiende aquél que sólo es válido y jurídicamente eficaz, si se otorga con determinados requisitos de forma que la ley establece. Los documentos simples son los contrarios a los anteriores, y para ser válidos no necesitan estar requisitados en determinada forma.

Por documento público, se entiende el expedido por un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, dentro de las facultades que otorga la ley al funcionario, y con los requisitos formales que la misma requiera.

Por documento privados, debe entenderse el que procede de particulares que no ejercen función pública o de un funcionario cuando lo expide fuera de sus funciones.(71)

Los documentos privados, se dividen en dos:

1. Los **hemandados** de las partes integrantes del procedimiento y los procedentes de terceros.

Los documentos auténticos son aquello que están debidamente legalizados, por lo tanto, hacen prueba plena, no solamente los documentos públicos son auténticos, sino que también existen documentos privados, que son auténticos como el testamento ológrafo y los títulos de crédito.

El nominado, es aquél en el que consta quién es su autor, todo lo contrario al anónimo, en el cual no consta su autor; original es el primer documento en el que consta un acto jurídico.

(71) FALLARES, Eduardo. Op. cit. Pág. 403.

3.1.3 Pericial. (Definición, Efectos. Valor legal).

Nos dice Becerra Bautista que: Los peritos son las personas que auxilian al Juez con sus conocimientos científicos, artísticos o técnicos en la investigación de los hechos controvertidos.(72)

Para Eduardo Pallares, la prueba pericial consiste en el dictamen producido por peritos en la materia, que se rinden a petición de las partes o del Juez o de ambos.(73)

Consideramos que la prueba pericial es un dictamen emitido por un especialista en la materia y sirve para probar un hecho motivo de una controversia, se hace a petición de parte o del Juez.

La pericia, según Pettit, más que un medio de prueba en sí misma, es una forma de asistencia intelectual prestada al Juez en la inspección o, más frecuentemente, en la valoración de la prueba en cuanto haya de considerarse materia propia de experiencia técnica, más bien de experiencia común, asistencia de carácter preparatorio y subordinado, circunscrita a particulares elementos de decisión.(74)

El dictamen pericial es el juicio emitido por personas que cuentan con una preparación especializada en alguna ciencia, técnica o arte con el objeto de esclarecer algún o algunos de los hechos materia de la controversia.(75)

Los peritos deben reunir los siguientes requisitos:

(72) BECERRA Bautista, Op. cit. Pág. 124.

(73) FALLARES, Eduardo, Op. cit. Pág. 406.

(74) Citado en DE PINA, Rafael, Op. cit. Pág. 322.

(75) Tomado de OVALLE FABELA, José. Op. cit. Pág. 159.

1.- Los peritos han de tener conocimientos especiales en la ciencia, en el arte a que se refieren los hechos litigiosos, y el Código exige, por regla general, que posean el título profesional relativo.

2.- Los servicios de los peritos están regidos por el principios de que nadie puede ser obligado a prestar un servicio personal sin que esté justamente retribuido.

3.- La prueba pericial se ofrece, precisando las cuestiones sobre las que deban dictaminar los peritos.

Por otra parte, existen dos clases de peritos, los oficiales, que son auxiliares de la administración de justicia y los no oficiales. Los peritos oficiales deben ser ciudadanos mexicanos y está subordinada su función a las autoridades que los nombran.

Los peritos son nombrados por las partes o por el juez. El que nombra éste, debe figurar en las listas oficiales que el Tribunal Superior ha de formar anualmente.

Los nombrados por las partes pueden ser elegidos libremente, pero, por regla general, han de tener título oficial en el arte o ciencia a que pertenezcan, salvo el caso de que no los haya titulados en el lugar del juicio.

Puede la prueba pericial rendirse con un solo perito, cuando las partes se ponen de acuerdo en su nombramiento.(76)

(76) PALLARES, Eduardo. Op. cit. Pág. 407.

Siempre y cuando exista acuerdo entre las partes, la prueba pericial podrá rendirse con un perito. Pero quizá lo interesante de esto sea cuando el perito se pronuncie a favor de una parte ¿Cómo asimilará la parte contraria esta prueba?

En cuanto a la prueba pericial, nuestro Código Civil nos dice:

“... Art. 346. Los peritos deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su parecer, si la profesión o el arte estuvieren legalmente reglamentados.

Si la profesión o el arte no estuvieren legalmente reglamentados, o estándolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas, aún cuando no tengan título.”

De lo anterior, ya realizamos algunos comentarios al respecto.

“... Art. 347. Cada parte, dentro del tercer día, nombrará un perito, a no ser que se pusiera de acuerdo con el nombramiento de uno solo. El tercero en discordia será nombrado por el Juez.

Las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos para la aceptación del cargo, salvo que el perito sea de los que nombre el juez conforme al Art. 348, en cuyo caso deberá ser notificado por el tribunal.

“... Art. 348. El juez nombrará los peritos que correspondan a cada parte en los siguientes casos:

I.- Si algunos de los litigantes dejare de hacer el nombramiento en el término señalado en el artículo anterior.

II.- Cuando el designado por las partes no se presenta a aceptar el cargo dentro de las cuarenta y ocho horas que sigan a la notificación a las partes del auto que tenga por admitida la prueba.

III.- Cuando habiendo aceptado no rindiere su dictamen en la audiencia, y

IV.- Cuando el que fue nombrado y aceptó el cargo lo renunciare después."

Todos estos casos son muy dados en la práctica del litigante, por lo que es muy importante conocerlos bien.

"... Art. 351. El perito que nombre el Juez puede ser recusado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a las que se le notifique su nombramiento a los litigantes siempre que concurra alguna de las siguientes causas:

I. Consanguinidad dentro del cuarto grado; Art. 170, Fracc. IV.

II. Interés directo o indirecto en el pleito;

III. Ser socio, inquilino, arrendador o amigo íntimo de alguna de las partes."

La recusación es la oposición o el impedimento para que un persona sea perito en un asunto determinado.

El Juez calificará de plano la recusación, y las partes deben presentar las pruebas al hacerla valer. Contra el auto en que se admita o deseche la

recusación, no procede recurso alguno. Admitida se nombrará nuevo perito en los mismo términos que el recusado.

Esto es grosso modo, el procedimiento para llevar a cabo la recusación de un perito.

"... Art. 352. En caso de ser desechada la recusación, se impondrá el recusante una multa hasta por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, Art. 62, Fracc. II y 351."

"... Art. 353. El honorario de cada perito será pagado por la parte que lo nombró o en cuyo defecto lo hubiere nombrado el Juez, y el del tercero, por ambas partes, sin perjuicio de lo que disponga la resolución definitiva sobre condenación en costas."(77)

La lógica jurídica indica que si una parte nombra un perito, ella es la que debe de cubrir los honorarios de la misma.

La valoración de la prueba pericial depende del prudente arbitrio del juez, el cual deberá tomar en cuenta todos los elementos y circunstancias, especialmente los presentados en esta prueba.

(77) México. Congreso de la Unión. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL D.F. Séptima edición Castillo Ruiz Editores, S. A. DE C. V. México. mayo de 1992. Pág. 77, 98 y 99.

3.1.4 Inspección Judicial. (Definición, Efectos, Valor legal).

Para José Becerra Bautista, la Inspección Judicial es el examen sensorial directo realizado por el juez, en personas y objetos relacionados con la controversia.(78)

De acuerdo con lo que nos dice Eduardo Pallares esta prueba tiene, además de ese nombre, el de Inspección Ocular, algunos nombran vista de ojos, pero hay en esta frase un pleonasma inaceptable. También se le puede designar con el nombre de Reconocimiento Judicial.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles nos dice:

"... Art. 354. El reconocimiento se practicará el día, hora y lugar que se señalen.

Las partes, sus representantes o abogados pueden concurrir a la inspección y hacer las observaciones que estimen oportunas.

También podrán concurrir a ella los testigos de identidad o peritos que fueren necesarios."

Esta inspección no podrá practicarse fuera del día y hora señalados.

"... Art. 355. Del reconocimiento se levantará acta, que firmarán los que a él concurren, asentándose los puntos que lo provocaron, las observaciones, declaraciones de peritos y todo lo necesario para esclarecer la verdad. En el caso en que el juez dicte la sentencia en el momento mismo de la inspección, no se necesitan esas formalidades, bastando con

(78) BECERRA BAUTISTA, José. Op. cit. Pág. 129.

que se haga referencia a las observaciones que hayan provocado su convicción.

Cuando fuere necesario se levantarán planos o se sacarán vistas fotográficas del lugar, objeto inspeccionado."

Esta prueba para el reconocimiento de la paternidad no es de utilidad, porque en este caso consideramos que el juez no tiene nada que reconocer, puesto que la controversia se deriva de un acto muy personal y privado como es la relación sexual.

3.1.5 Testimonial. (Definición, Efectos, Valor legal).

Para Eduardo Pallares, el Testigo es toda persona que tiene conocimiento de los hechos litigiosos.(79)

Para Becerra Bautista, "Testigo", es la persona ajena a las partes que declara en juicio sobre hechos relacionados con la controversia, conocidos por ella directamente a través de sus sentidos.(80)

Para Rafael de Pina, la palabra Testigo, se forma en dos acepciones íntimamente relacionadas; una se refiere a las personas que necesitan concurrir a la celebración de determinados actos jurídicos, y otra que alude a las personas que declaran en juicio. En la primera de estas acepciones, los testigos constituyen una solemnidad; en la segunda, un medio de prueba. En este sentido, llamamos testigo a la persona que comunica al juez que posee acerca de determinado hecho (o hechos) cuyo esclarecimiento interesa para la decisión de un proceso.(81)

(79) PALLARES, Eduardo. Op. cit. Pág. 411.

(80) BECERRA BAUTISTA, José. Op. cit. Pág. 111.

(81) DE PINA, Rafael. Op. cit. Pág. 224 - 225.

De acuerdo con José Ovalle Fabela el testimonio es la declaración procesal de un tercero, ajeno a la controversia, acerca de hechos que a ésta conciernen.(82)

Como podemos darnos cuenta, la prueba testimonial es la declaración hecha por un tercero ante autoridad competente, relacionada con hechos, materia de la controversia.

Anteriormente, la prueba testimonial tuvo gran importancia sobre todos, porque las personas no sabían leer ni escribir, y al no existir la imprenta no se podían reproducir los documentos; pero en la actualidad esta prueba ya no es de vital importancia, debido a la psicología que ha demostrado la poca veracidad en la declaración de los testigos.

En el Derecho Romano y Español, a la prueba testimonial se le llamó la prueba tasada y tenía dos aspectos, mientras el juez dictaba normas para valorizar la prueba, también determinaba en qué casos se admitía la prueba.(83)

Al respecto, nuestro Código de Procedimientos Civiles nos dice:

... Art. 356. Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben de probar, están obligados a declarar como testigos.

Es decir, para que la justicia pueda imperar por encima de los intereses personales, es necesario que quienes presencien los actos en cuestión, aporten su testimonio.

(82) OVALLE FABELA, José. *Op. cit.* Pág. 163.

(83) FALLARES, Eduardo. *Op. cit.* Pág. 411.

... Art. 357. Las partes tendrán obligación de presentar sus propios testigos, para cuyo efecto se les entregarán las cédulas de notificación, sin embargo, cuando realmente estuvieren imposibilitados para hacerlo, lo manifestarán así bajo protesta de decir verdad y pedirán que se les cite. El Juez ordenará la citación con apercibimiento de arresto, hasta por quince días o multa equivalente hasta quince días de salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, que aplicará el testigo que no comparezca sin causa justificada o que se niegue a declarar. Toda vez que el Estado debe impartir justicia y allegarse de todos los medios posibles para tratar de desentrañar un caso determinado, debe también sancionar a quienes presenciaron los hechos y por causas no justificadas se nieguen a declarar.

En caso de que el señalamiento de domicilio de algún testigo resulte inexacto o de comprobarse que se solicitó su citación con el propósito de retardar el procedimiento, se impondrá al promovente una multa equivalente hasta treinta días de salario mínimo general, vigente en el Distrito Federal, en el momento de imponerse la misma, sin perjuicio de que se denuncie la falsedad en que hubiere incurrido, debiendo declararse desierta la prueba testimonial."

Esto es consecuencia de lo anteriormente planteado, los testigos son muy dados a declarar su domicilio incorrecto por temor a involucrarse en el asunto, o también decirlo, en muchas ocasiones los abogados inventan testigos convenciendo a ciertos individuos para que se presenten como tales, y estos al sentir temor dan sus datos falsos.

‘... Art. 358. A los testigos de más de setenta años y a los enfermos, podrá el juez, según las circunstancias, recibirles la declaración en sus casas en presencia de la otra parte, si asistiere.’

Es lógico que a aquellas personas que por su edad y circunstancias personales no pueden acudir al Juzgado, el juez les tome su testimonio en sus lugares respectivos.

‘... Art. 359. Al Presidente de la República, a los Secretarios de Estado, Senadores, Diputados, Magistrados, Jueces, Generales con mando; a las primeras autoridades políticas del Distrito Federal, se pedirá su declaración por oficio y en esta forma la rendirán. En casos urgentes podrán rendir su declaración personalmente.’

Por los altos cargos públicos, a los funcionarios se les solicitará su declaración por oficio, ya que sería aconsejable que dichos funcionarios asistan a juzgados desatendiendo sus cargos.

‘... Art. 360. Para el examen de los testigos, no se presentarán interrogatorios escritos. Las preguntas serán formuladas verbal y directamente por las partes, tendrán relación directa con los puntos controvertidos y no serán contrarios al derecho o a la moral. Deberán estar concebidas en términos claros y precisos, procurando que en una sola no se comprenda mas de un hecho. El juez debe cuidar de que se cumplan estas condiciones, impidiendo preguntas que las contraríen contra la desestimación de preguntas, sólo cabe la apelación en el efecto devolutivo.’

Todo esto tiene que ver con el procedimiento específico de esta prueba, teniendo siempre que la actuación de ambas partes será apegada al derecho y a la moral.

"... Art. 361. La protesta y examen de los testigos se hará en presencia de las partes que concurrieran, interrogará el promovente de la prueba, y a continuación los demás litigantes."

La protesta testimonial es una situación que en nuestro país no existe, en cambio, en los Estados Unidos de Norteamérica juran decir la verdad por encima de la Biblia y de manera solemne. Quizá por nuestra idiosincrasia, esto sería un tanto difícil aquí en México.

"... Art. 362. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando el testigo resida fuera del Distrito Federal, deberá el promovente, al ofrecer la prueba, presentar sus interrogatorios con las copias respectivas, para las otras partes, que dentro de tres días podrán presentar sus interrogatorios de repreguntas, para el examen de estos testigos se librárá exhorto en que se incluirán, en pliego cerrado, las preguntas y repreguntas."

Caso por separado es el que aquí se presenta ante la enorme cantidad de kilómetros que tiene nuestro país.

"... Art. 362 Bis. Cuando se solicite el desahogo de prueba testimonial o declaración de parte, para surtir efectos en un proceso extranjero, los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente en los términos del artículo 360 de este código."

Para ello será necesario que se acredite ante el tribunal el desahogo, de los hechos, materia del interrogatorio, están relacionados con el proceso pendiente y que medie solicitud de parte o de la autoridad exhortante.

En este caso el juez debe proveerse de lo necesario para conseguir, lo más directamente, la declaración testimonial.

Nuestro país ha firmado la Convención Interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, por lo que el procedimiento está plenamente depurado en este documento.

"... Art. 363. Después de tomarle al testigo la protesta de conducirse con verdad y de advertirle de las penas en que incurren los testigos falsos, se hará constar el nombre, edad, estado, domicilio y ocupación; si es pariente por consanguinidad o afinidad y en qué grado, de alguno de los litigantes, si es dependiente o empleado del que lo presentó, tiene con él sociedad o alguna otra relación de intereses; si tiene interés directo o indirecto en el pleito, si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes."

En México insistimos que el acto de protestar de decir verdad no se realiza. Situación que consideramos indebida, ya que sería de una gran valía para el propio procedimiento que los testigos protestaran de decir verdad. Cabe destacar que en esta prueba el Secretario que la lleva a cabo, sí asienta en el acta que tomó protesta al testigo, siendo esto totalmente falso.

"... Art. 364. Los testigos serán examinados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros. A este efecto, el juez fijará un solo día para que se presenten los testigos que deben declarar; y designará el lugar en que deban permanecer hasta la conclusión de la diligencia, salvo lo dispuesto en los artículos 358 y 360, si no fuere posible terminar el examen de los testigos en un solo día, la diligencia se suspenderá para continuarla al día siguiente."

Esto es con la intención de que los testigos no se comuniquen entre sí, y no pongan en duda sus testimoniales, se hace para que no exista acuerdo de declaraciones entre los testigos. Cabe destacar que en muchos juzgados, los espacios son muy reducidos y, por lo tanto, aunque no se quiera, siempre hay comunicación entre los testigos.

"... Art. 365. Cuando el testigo deje de contestar algún punto o haya incurrido en contradicción, o se haya expresado con ambigüedad, pueden las partes llamar la atención del juez para que éste, si lo estima conveniente, exija al testigo las aclaraciones oportunas."

Con el afán de cerciorarse y desentrañar la verdad, las partes pueden solicitarle al juez para que el testigo amplíe sus respuestas.

"... Art. 366. El tribunal tendrá la mas amplia facultad, para hacer a los testigos y a las partes las preguntas que estime conducentes a la investigación de la verdad, respecto a los puntos controvertidos."

Es también, con el objeto de descubrir la verdad jurídica.

"... Art. 367. Si el testigo no sabe el idioma, rendirá su declaración por medio de intérprete, que será nombrado por el juez. Si el testigo lo

plidiere, además de aceptarse su declaración en castellano, podrá escribirse en su propio idioma por él o por el intérprete."

Teniendo el asunto, que podría darse el caso que el testigo sea extranjero que hablara otra lengua y no entendiera el castellano, el juez podría nombrar un traductor. También podría ser el caso de un indígena que no supiera el castellano.

"... Art. 368. Las respuestas del testigo se harán constar en autos en forma que al mismo tiempo se comprenda el sentido o términos en la pregunta formulada, salvo en casos excepcionales, a juicio del juez, en que permitirá que se escriba textualmente la pregunta y a continuación la respuesta."

Para su estudio y análisis, las respuestas deben asentarse en autos.

"... Art. 369. Los testigos están obligados a dar la razón de su dicho, y el juez deberá exigirla en todo caso." Es decir, el testigo dice esto o aquello, no porque lo piensa sino porque lo vio.

"... Art. 370. La declaración una vez firmada no puede variarse ni en la sustancia ni en la redacción, artículo 397, último párrafo. Lo anterior es para que no se varíe la declaración testimonial y se tenga certeza que el testigo declaró tal y cual dicen los autos respectivos."

"... Art. 371. En el acto del examen de un testigo o dentro de los tres días siguientes, pueden las partes atacar el dicho de aquél por cualquier circunstancia que en su concepto afecte su credibilidad, cuando esa circunstancia no haya sido ya expresada en sus declaraciones. La petición de tachas se sustanciará incidentalmente y su resolución se reservará para

definitiva, debiendo suspenderse mientras tanto el pronunciamiento de ésta."

Esto es una facultad o recurso que tienen las partes para defender sus intereses particulares.

"... Art. 372. No es admisible la prueba testimonial para tachar los testigos que hayan declarado en el incidente de tachas."(84)

Doctrinalmente, los testigos se clasifican de dos formas: por la relación que existe entre el testigo y el hecho; y por su función.

El testigo puede ser de hecho, de vista o de oído; esto es: cuando ha tenido conocimiento del hecho en forma inmediata; o indirecto, cuando se ha enterado del hecho por terceras personas también llamado de Referencia o de oído.

Toda persona que tiene conocimiento de un hecho, está obligada a declarar, no así a los descendientes, ascendientes, cónyuges, y las personas que deban guardar secreto profesional, tales como médicos, abogados, entre otros.

Este testimonio está confiado al criterio del juez en igual término que los dictámenes periciales.

Los testigos deben tener las siguientes características:

I. Que sean mayores de toda excepción;

(84) México, Congreso de la Unión, Código de Procedimientos Civiles, Pág. 101 a 105.

II. Que sean uniformes, esto es que convengan no sólo en la sustancia, sino en los accidentes del acto que refieren:

III. Que declaren de ciencia cierta, esto es que hayan oído pronunciar las palabras, presenciando el acto.

IV. Que den razón de su dicho.⁽⁸⁵⁾

3.1.6 Fama pública. (Definición, Efectos, Valor legal).

Nos dice José Becerra Bautista que: fama pública es el medio probatorio para acreditar la realización de hechos lejanos, por testigos fidedignos que los conocieron por haberles transmitido ese conocimiento, personas determinadas e igualmente fidedignas.⁽⁸⁶⁾

Eduardo Pallares, nos dice que la palabra fama, tiene en derecho las siguientes acepciones:

a) El conocimiento de algún suceso que tiene en común gran parte de la población de un lugar determinado;

b) La opinión o la manera de pensar que una parte considerable de la población tiene respecto de la calidad moral, méritos o defectos de una persona.⁽⁸⁷⁾

Como podemos darnos cuenta, la fama pública es una prueba testimonial indirecta en donde los testigos narran lo que han escuchado de otras personas en relación a un hecho notorio.

(85) PALLARES, Eduardo. *Op. cit.* Pág. 413.

(86) BECERRA BAUTISTA, José. *Op. cit.* Pág. 132.

(87) PALLARES, Eduardo. *Op. cit.* Pág. 422.

Es claro que, por medio de la fama pública, no se puede dar el reconocimiento de la paternidad, ni de derecho, ni de hecho.

Rafael de Pina nos dice que la fama pública es un estado de opinión sobre un hecho que se prueba el testimonio de personas que la ley considera hábiles para este efecto.

La fama pública debe probarse con testigos que no sólo sean mayores de toda excepción, sino que por su edad, por su inteligencia y por la independencia de su posición social merezcan verdaderamente el nombre de fidedignos.⁽⁸⁸⁾

José Ovalle Favela nos dice al respecto que: este medio de prueba no era sino una modalidad especial de la prueba testimonial, y consistía en la declaración que formulaban determinadas personas que la ley consideraba como fidedignas, sobre opiniones o creencias que habían sido compartidas por una cierta comunidad social, concerniente a los hechos controvertidos. Se trata, no de un testimonio sobre hechos percibidos directamente, sino sobre opiniones o creencias relativas a hechos.⁽⁸⁹⁾

Como ya dijimos con anterioridad, este tipo de prueba solamente es una narración hecha por personas dignas de fe sobre hechos que todos han vivido, o que otros les han contado.

Cabe destacar que esta prueba aparece en nuestra legislación correspondiente, como derogada, por lo que en realidad es una prueba muerta o inexistente.

(88) DE PINA, Rafael, *Op. cit.*, Pág. 329.

(89) OVALLE FAVELA, José, *Op. cit.*, Pág. 328.

3.1.7 Presuncional Legal y Humana. (Definición. Efectos, Valor legal).

Etimológicamente presunción viene de 'prae' preposición de hablativo, y del verbo 'sumere', tomar. Tomar antes.(90)

Para Rafael de Pina la presunción es una operación lógica mediante la cual, partiendo de un hecho conocido, se llega a la aceptación como existente de otro desconocido o incierto. La presunción sentada por vía legal o por el raciocinio judicial, es el resultado de la aplicación de las máximas que el legislador o el juez deducen de su propia experiencia.(91)

Nuestro Código de Procedimientos Civiles, nos dice que la presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal, y la segunda humana. Art. 379.

Por la situación específica de algunos hechos se puede inferir ciertos aspectos que aparecen como totalmente ciertos o seguros. Por ejemplo, si una persona tiene un golpe en la cara habrá presunción que otra persona se lo proporcionó.

"... Art. 380. Hay presunción legal cuando la ley establece expresamente, y cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley, hay presunción humana, cuando de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquél."

"... Art. 382. No se admite prueba contra la presunción legal, cuando la ley lo prohíbe expresamente y cuando el efecto de la presunción es

(90) BECERRA BAUTISTA, José. Op. cit. Pág. 149.

(91) DE PINA, Rafael. Op. cit. Pág. 329.

anular un acto o negar una acción, salvo el caso que la ley haya reservado el derecho de probar.*

... Art. 383. En los supuestos de presunción legal que admite prueba en contrario o para la inversión de la carga de la prueba.

Deducimos que la presunción es la consecuencia de un hecho debidamente comprobado.

Nos dice Rafael de Pina que para que las presunciones puedan hacer prueba plena, de acuerdo con las disposiciones de nuestra ley procesal, se necesita:

- A) La existencia de un hecho plenamente probado;
- B) Que la consecuencia directa, inmediata de la existencia de ese hecho demuestre en forma evidente la existencia del hecho que se trata de investigar;
- C) Que la presunción sea grave, es decir, digna de ser aceptada por persona de buen criterio, bajo un punto de vista objetivo y no puramente subjetivo.
- D) Que sea precisa, esto es, que el hecho probado en que se funde, sea parte antecedente o consecuencia del que se quiere probar, y;
- E) Que cuando existan varias presunciones, no deben modificarse ni destruirse una con otras y deben tener tal enlace entre sí y con el hecho probado que no puedan dejar de considerarse como antecedentes de ésta.(92)

(92) DE PINA, Rafael. Op. cit. Pág. 330.

En resumen, podemos decir que las presunciones son pruebas que en muchos casos pueden ser decisivas atendiendo a las situaciones específicas determinadas.

Una vez analizadas las pruebas anteriores, consideramos que, para comprobar la filiación de una persona, las únicas que podrían ser de utilidad son: la confesión; desde luego, siempre y cuando el individuo esté en la mejor disposición de reconocer que tuvo relaciones sexuales con una mujer, de la cual se procreó un hijo, o de lo contrario, esta prueba no sirve de nada; la testimonial ya que por medio de ella podemos acreditar algunos casos de investigación de la paternidad como la posesión de estado de hijo; y la presuncional, en cuanto a que la paternidad nunca es una certeza, únicamente se presume que determinada persona es el padre de otra. Razón por la cual creemos que podemos recurrir a otro tipo de prueba no prevista por la ley, y que no dé con mayor certeza de la filiación, tal y como es la prueba del ácido desoxirribonucleico (D.N.A.).

3.1.8. Fotografías, copias fotostáticas y demás elementos.

Dentro de este tipo de prueba encontramos a las fotografías, copias fotostáticas, cintas cinematográficas, todo tipo de producciones fotográficas, escritos, notas taquigráficas, registros dactiloscópicos, registros fonográficos, escritos, notas taquigráficas.

Eduardo Pallares nos dice que a este tipo de pruebas se le llama pruebas técnicas, y en relación a éstas, nos dice lo siguiente:

a) Que el nombre de técnicas que el autor les da, está justificado porque todas proceden.

b) Que algunas de ellas no están sujetas, salvo casos excepcionales, al arbitrio del juez, pero en general, la mayoría sí lo está. Por ejemplo, puede decirse que los registros dactiloscópicos obligan al juez a otorgarles prueba plena, de acuerdo con los principios científicos relativos a los mismos, porque son un medio de identificación casi infalible.

c) En sentido opuesto, las pruebas concernientes al arte fotográfico no tienen la misma eficacia porque es bien sabido que mediante trucos llamados composiciones fotográficas, se pueden obtener fotografías que no corresponden a hechos verdaderos.

d) Respecto de las copias fotostáticas, merecen prueba plena autenticadas por un notario, siempre que esté dentro de sus funciones expedirlas y hayan sido otorgadas con los requisitos de ley.

e) La ley exige, para considerar como prueba los escritos y notas taquigráficas, que junto con ellos se acompañe la indicación del sistema taquigráfico usado. Lo anterior no quiere decir que, llenos estos requisitos, el juez esté obligado a otorgar prueba plena a esos instrumentos, porque ya sea por inhabilidad o por mala fe, el traductor o taquígrafo haya incurrido en errores o falsedades.

f) La frase del artículo 374, ... y demás elementos que produzcan convicción en el ánimo del juez, no es sino la repetición de la fracción X del artículo 289. Además en cierto modo, es ilógico estar enunciando cuáles son los medios de prueba, para concluir con un principio tan general como lo es el de que se trata.

g) Entre los medios científicos o técnicos que pueden usarse, hay que tener en cuenta, con respecto a las pruebas de confesión judicial y testimonial, el detector de mentiras, que en los juicios penales desempeña un gran papel, pero que también puede usarse en los civiles.(93)

De acuerdo con lo que hemos enumerado con anterioridad, nos damos cuenta de que no todas estas pruebas hacen prueba plena, debido a que se pueden pre-constituir, esto es, que se pueden elaborar de acuerdo a la conveniencia de quien las ofrece, tal y como es el caso de las composiciones fotográficas, grabaciones de discos y cintas magnéticas, o el micrófono oculto que utiliza el espionaje.

Ahora veamos que nos dice nuestra legislación sobre este tipo de prueba.

"... Art. 373. Para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el negocio que se ventile, pueden las partes presentar fotografías o copias fotostáticas. 289.

Quedan comprendidas dentro del término de fotografías, las cintas cinematográficas y cualesquiera otras producciones fotográficas. Art. 355 párrafo segundo."

Esta prueba, si bien es cierto que en muchos casos es determinante, también es cierto que en otros, el juez no las considera como determinantes.

(93) PALLARES, Eduardo. Op. cit. Pág. 421, 422.

"... Art. 374. Como medio de prueba deben admitirse también los registros dactiloscópicos, fonográficos y demás elementos que produzcan convicción en el ánimo del juez. 289."

La parte que presenta esos medios de prueba deberá ministrar al tribunal los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos y figuras.

"... Art. 375. Los escritos y notas taquigráficas pueden presentarse por vía de prueba, siempre que acompañe la traducción de ellos, haciéndose especificación exacta del sistema taquigráfico empleado. 56 y 289."

3.2 OTRA PRUEBA QUE PODRIA UTILIZARSE ACTUALMENTE SEGUN LA CIENCIA MEDICA PARA LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

3.2.1 La prueba del D. N. A.

Consideramos que dentro de las pruebas técnicas podemos incluir una mas que es la prueba del ácido desoxirribonucleico, también conocido como D. N. A.

Edward Frankel nos dice que: Uno de los mas emocionantes adelantos científicos de los tiempos modernos es el descubrimiento de una molécula que determina la naturaleza fundamental de toda vida, desde la del microbio mas sencillo hasta la del hombre mismo. Dicha prueba está presentada en cada una de los miles de millones de células de nuestros cuerpos. Es conocida casi siempre por las iniciales D. N. A. que corresponde a su nombre químico: ácido desoxirribonucleico. Lo de

'nucleico' indica que el D. N. A. es un ácido que reside en el núcleo de la célula viva.(94)

El D. N. A., también llamado código genético, ejerce un control doble sobre la vida de un organismo. Dirige el metabolismo, las actividades incesantes que mantienen funcionando la maquinaria del cuerpo. Determina, asimismo, la herencia, la transmisión de rasgos que hace perdurar la especie durante centenares, miles y a veces hasta millones de años.(95)

Una notable capacidad de los seres vivos es la reproducción, la creación de otros seres muy parecidos a los antecesores. La notable semejanza entre progenitores y descendencia sugiere que es transmitida alguna sustancia, en generación, que determina los rasgos específicos. Fue un avance científico de los mayores, de los últimos años, el hallazgo de que tal sustancia es la molécula D. N. A. Dentro de una célula viva, esta molécula puede generar copias exactas de ella misma, y enviar cada copia a otras células para regir la generación siguiente.(96)

La molécula de D. N. A. dicta la producción de pelo rubio, ojos pardos y de todos los rasgos de cada quien.

Sabemos que el D. N. A. es una molécula capaz de duplicarse, que puede hacer una copia de ella misma para transmitirla a la generación siguiente. Las células reproductores, el espermatozoide y el óvulo provienen de los organismos paternos y contienen D. N. A. de los

(94) EDWARD FRANKEL. D. N. A. 'El Proceso de la Vida' 16a. edición. Siglo XXI Editores. México 1989. Pág. 11.

(95) Idem.

(96) *Ibidem*. Pág. 12.

progenitores. En la fertilización, el microscópico espermatozoide con el D. N. A. del progenitor masculino, penetra en el óvulo, que contiene el D. N. A. del progenitor femenino. Ahora el huevo fertilizado contiene paquetes de D. N. A. de ambos padres, y esta combinación de moléculas es la que controla la herencia de la descendencia. De este modo son transmitidas moléculas de D. N. A. de una generación a otra, y así, los hijos heredan los rasgos de los padres.(97)

Para obtener esta prueba, sólo se requiere de tres pasos, mediante una técnica llamada electroforesis.

El primero consiste en desnaturalizar, por medio de calor, la doble cadena de A. D. N. del que se quiere amplificar una región concreta. Una vez que las hebras se han separado, **la siguiente fase** es añadir al tubo de ensayo los primers, también llamados cebadores.

Estos son unos oligonucleótidos, es decir, fragmentos cortos de A. D. N. sintetizados en el laboratorio que tiene una secuencia de bases específicas, que reconocen y acotan la región de A. D. N. que queremos multiplicar.

El tercer y último paso es la polimerización o extensión de la secuencia complementaria. La polimerasa de A. D. N. prolonga la cadena de nucleótidos del cebador, añadiendo las bases complementarias de la cadena de A. D. N. que hace de molde. De esta forma, se obtiene una copia exacta del pedazo de material genético. Esto no tarda en completarse mas de 5 minutos en el primer ciclo, de una molécula se obtienen dos. Al

(97) EDWARD FRANKEL. Op. cit. Pág. 68.

repetir este proceso sucesivamente, la cantidad de fotocopias de fragmento de A. D. N. aumenta de forma geométrica.(98)

Para realizar esta prueba, solamente necesitamos un pedazo de piel, de cabello o espermias.

Consideramos que ante la incertidumbre de la paternidad, esta prueba podría ser de gran utilidad, ya que es muy difícil que dos personas tengan la misma huella genética.

(98) 'LA HUELLA GENÉTICA' EN MUY INTERESANTE. Edit. Palsa, S. A. de C. V. México. Año X No. 4. Pág. 17.

CAPITULO IV

ASPECTOS SOCIOECONOMICOS Y POLITICOS QUE INFLUYEN PARA LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

4.1 CASOS EN QUE SE PERMITE INVESTIGAR LA PATERNIDAD.

En la investigación de la paternidad el punto mas importante son los intereses del hijo, ya que es una persona totalmente desprotegida, la cual protege el Estado desde su concepción, y desde ese momento ya es sujeto de derechos. Por lo tanto debido al lazo de consanguinidad que lo une a sus progenitores, en primer lugar tiene derecho a un nombre.

Chávez Ascencio define a la investigación de la paternidad diciendo que Es el derecho que tiene los hijos habidos fuera de matrimonio de acudir a los tribunales en los casos permitidos por la ley, para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que sea ésta declarada por los mismos y se obligue a los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno filial.(99)

El Art. nos dice. La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio está permitida:

4.1.1. En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la concepción.

"... El art. 267 del código penal señalaba que es el apoderamiento de una mujer por medio de la violencia física o moral, de la seducción o el engaño, para satisfacer algún deseo erótico o sexual o para casarse."

El art. 268. dice que se impondrá también la pena del artículo anterior, aunque el raptor no emplee la violencia ni el engaño, sino

(99) CHAVEZ ASENCIO MANUEL F. *La familia en el derecho*. Edit Porrúa S.A. México 1992 pág.175.

solamente la seducción y consienta en el rapto la mujer si ésta fuera menor de dieciséis años.

En caso de rapto se permite investigar la paternidad sin importar si la mujer accedió voluntariamente a seguir a su raptor, ya que éste la pudo haber sometido a su voluntad posteriormente.

4.1.2. Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre:

Este consiste en el trato de hijo que se le da a una persona por su presunto padre o por la familia de éste, es decir, que se hayan encargado de todos sus gastos, de su educación, alimentación y lo hayan integrado a la familia, consideramos que la posesión de estado de hijo hace prueba plena para el reconocimiento de la paternidad, ya que de este trato se presume que existe un lazo consanguíneo entre el presunto padre y el hijo.

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

Caso muy diferente al concubinato, en el que no se necesita investigar la paternidad, regido por el art. 383 del Código Civil en el cual se toman en cuenta a los hijos nacidos después de 180 días del comienzo del concubinato y los nacidos dentro de los 300 días en que finalizó dicho concubinato; mientras que en esta fracción únicamente se toman en cuenta la cohabitación bajo el mismo techo entre un hombre y una mujer,

misma que podemos probar mediante una prueba testimonial, asimismo toma en cuenta la relación sexual que hubo entre ellos.

4.1.4 Cuando el hijo tenga a su favor un medio de prueba contra el pretendido padre.

En esta fracción el legislador actúa en una forma flexible y amplia al no exigir un tipo de prueba determinada, como la escrita, por lo tanto nos da la opción de demandar el reconocimiento en otros casos no establecidos en este artículo, ya que el único requisito es una prueba a favor del hijo, pudiendo incluso recurrir a las pruebas técnicas, como la del ácido desoxirribonucleico (D.N.A.).

4.2 CRISIS DE LA PATERNIDAD Y PROBLEMAS ECONOMICOS, POLITICOS Y SOCIALES.

En relación a los hijos nacidos fuera de matrimonio se nos presenta un grave problema debido a que la paternidad es una presunción de que determinado hombre es el padre de una persona; pero nunca se tiene la certeza de que esto sea real; razón por la cual la ley determina la paternidad en algunos casos, mismos que ya mencionamos en su oportunidad, y en otros permite la investigación de ésta.

Aquí lo más importante es velar por los intereses del menor. Persona que vino al mundo como consecuencia de una relación sexual entre un hombre y una mujer, sin importar la situación jurídica, social y moral de sus padres. Sin embargo en nuestra sociedad esta situación es determinante, tanto que las consecuencias saltan a la vista en todo momento y quien las vive es precisamente ese ser, que para venir al

mundo no necesitó de la regulación jurídica de las relaciones de sus padres, y biológicamente es igual que los hijos nacidos de matrimonio.

A través del tiempo las mismas legislaciones han marcado tal diferencia, como son:

Al inicio de la vida independiente de México y durante todo el siglo XIX imperó el criterio conservador. Sintomáticas son al respecto las palabras de Florencio García Goyena: La suerte de los hijos ilegítimos ha sido siempre mejor en los estados mas estragados y en los momentos de mayor delirio... ¿Qué Papa ni qué Rey casado se atrevería hoy a reconocer y hacer cardenales e infantes a sus hijos sacrílegos o adúlteros?(100)

De modo que los Papas o los Reyes sí podían tener impunemente hijos sacrílegos y adúlteros y seguir con sus dignidades inalterables. Las consecuencias de sus faltas las delegaban en sus hijos.(101)

Calixto Valverde no está de acuerdo con el término de hijos ilegítimos, decía como quiera que en la generación y el nacimiento el hijo no interviene y por lo mismo no es culpable y no ha infringido la ley, podrá ser propia y adecuada la frase de padres ilegítimos, pero la expresión de filiación legítima, es impropia pero también nos dice que: Los hijos ilegítimos no deben gozar de iguales derechos y tener idéntica consideración jurídica, pues si a todos les une el vínculo de la sangre, a los legítimos les enlaza con sus padres el vínculo del matrimonio, base de la familia y, como decía Portalis, ésta es el santuario de las costumbres y, por

(100) MONTERO DHIAL Sara. *Op. cit.* Pág. 286.

(101) IDEM

tanto, igualar la situación de todos los hijos, equivale a sancionar una tremenda y monstruosa injusticia.⁽¹⁰²⁾

Los Juristas del siglo XIX opinaban lo mismo, además de darles un calificativo despectivo, también les otorgaban derechos desiguales a los diferentes tipos de hijos. Pero tanto en la misma época como en anteriores han existido Juristas que se inclinan por la igualdad de los hijos en general ante la ley, y como prueba de ello tenemos a la legislación francesa, y posteriormente el código Napoleónico que discriminó a los hijos en razón de su origen y sirvió de modelo calificador a los países de Europa Central y de América Latina.⁽¹⁰³⁾

Lauren, autor del proyecto de revisión del código belga, dice que debe ser igual la condición jurídica de los hijos ilegítimos que la de los legítimos, no tan solo con relación a los padres, por el vínculo de filiación, sino con relación a los demás parientes... defendiendo esta opinión están Wolff y Tissot, que quieren la igualdad de los hijos legítimos, Menger también parece inclinarse a esta opinión.⁽¹⁰⁴⁾

Ante el Derecho. Los hijos naturales son aquellos cuyos progenitores no tienen impedimento para contraer matrimonio. Pero los demás hijos diferentes a este tipo están en situación inferior como son: los adulterinos, incestuosos, sacrilegios, espurios, bastardos, manceres.⁽¹⁰⁵⁾

Esto de acuerdo al criterio utilizado en el siglo XIX.

En relación a los hijos legítimos la partida cuarta, título XV, nos dice:

(102) MONTERO DUALT, Sara. *Op. cit.* Pág. 286.
(103) IDEM
(104) IDEM
(105) IDEM.

Que son simplemente naturales los que nacen de barragana, o sea, mujer soltera a quien el hombre tiene como amiga, viviendo o no con ella.

Llama fornecinos a los que nacen de adulterio, o son techos en parenta (los llamados incestuosos), o en mujeres de orden son hechos contra la ley, o contra razón natural. Otros mas son llamados manzeres nacen de las mujeres que están en la putería, e dance a todos cuantos a ellas vienen. Y por ello no pueden saberse qué hijos son los que nacen de ellas. Manzeres, significa tanto como mancillados, porque fueron malamente engendrados e nacen de vil lograr.

También tenemos a los "apur", nacían de barragana que los hombres tienen fuera de sus casas y que se dan a otros hombres. Como quien dice: la amiga infiel.

También tenemos a los hijos Notos nacidos de mujer casada, pero adúltera y que aparentan ser hijos del marido que la tiene en casa pero en realidad no lo son.⁽¹⁰⁶⁾

En pocas palabras las partidas nos contemplaban 2 tipos de hijos y son: legítimos y los ilegítimos, dividiéndose estos últimos en naturales y fornecinos (adulterinos, incestuosos, sacrilesos, mánzares, espurios, notos).

De acuerdo a esta partida los hijos fornecinos no tenían honores ni dignidad, tampoco derecho a heredar de sus padres, ni de sus parientes tampoco adquirirían el parentesco en forma legal.

(106) MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. pag. 286

Por otra parte, la ley IX de las leyes de Toro nos dice que los hijos bastardos ilegítimos no pueden heredar a sus madres, por testamento ni por intestado, sin embargo les permitían que éstas les mandaran hasta la quinta parte de sus bienes para disponer como quisieran.

Si el padre o la madre se obliga a dar alimentos a su hijo ilegítimo por la quinta parte de sus bienes en igual forma éste puede disponer de ellos como mejor le convenga. Pero si el hijo es natural y el padre no tuviera hijos o descendientes legítimos le puede dar todos los bienes que quiera aún teniendo ascendientes legítimos.

Después de recordar los diferentes tipos de hijos nacidos fuera de matrimonio. Hablemos de la voluntad procreacional.

Enrique Díaz, de Guijarro, nos dice:

Que la voluntad procreacional que significa el propósito de engendrar, el deseo definido de crear una nueva vida.

La voluntad de unión sexual, en la cual no alienta el propósito de engendrar, sino simplemente, procurar la unión sexual en sí misma remedio de concupiscencia mas que realización plena.

La responsabilidad procreacional, destinada a establecer que por el hecho de la unión sexual, con voluntad procreacional o sin voluntad procreacional, surge una responsabilidad por las consecuencias de ese hecho biológico.

Pero debemos aclarar al referirnos a la responsabilidad procreacional, que no se está en presencia de un tipo de responsabilidad objetiva,

fundada en el riesgo emergente de la unión sexual: la responsabilidad objetiva se basa en circunstancias ajenas al hecho del agente, mientras que la responsabilidad procreacional se funda precisamente en hechos del agente.⁽¹⁰⁷⁾

La voluntad que tiende a traducirse en una situación jurídica de filiación, puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo de la filiación y antes con mayor motivo, del acto Jurídico familiar de emplazamiento en el estado filial. ¿Dónde vamos a encontrar esa voluntad?. Por cierto, en la voluntad procreacional es decir, unión sexual con intención de engendrar y, aunque parezca paradójico, en la voluntad procreacional sin unión sexual. Esto se aclara en seguida: Cuando un hombre contrae nupcias con una mujer en estado de embarazo y conoce éste su embarazo, asume legalmente la voluntad procreacional, de donde deriva su condición de padre del hijo de esa mujer que dará a luz y que puede ser de él o no. Coloquemos en la hipótesis de que no sea de quien celebra el connubio, que no es hipótesis ajena a la vida y que por eso contempla la ley. En esta voluntad procreacional sin unión sexual, pues, hay fundamento para la declaración Jurídica de la filiación.

Y aun en hipótesis mas visible; supongamos un procedimiento de inseminación artificial homóloga y la heteróloga, inseminación artificial con sustancias del propio marido, pese a que no hay unión sexual, tenemos la voluntad procreacional, y en la segunda cuando el semen es proporcionado por un extraño, al dador, también encontramos la voluntad procreacional, porque el marido que consiente semejante procedimiento

(107) DIAZ DE GUJARRO Enrique. 'La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, Argentina. 18 de mayo de 1965. Año XXVII. No. 2238. Pág.1.

asume las consecuencias Jurídicas del mismo, y por eso, la calidad jurídica de padre. Como ejemplo, los trabajos preparatorios de la reforma del código civil francés, que contienen el principio de que no cabrá al marido objetar la paternidad si hubiese prestado consentimiento por escrito para que su mujer fuere inseminada artificialmente.

De la voluntad procreacional deseo de engendrar de una manera o de otra, directa o indirectamente emerge la correlativa responsabilidad, como efecto de la voluntad manifestada: por la voluntad procreacional se llega a la responsabilidad procreacional la cual hace ineludible la calidad jurídica de padre o madre.

En la simple voluntad de unión sexual, es decir unión sin intención procreacional, nos encontramos que surge la responsabilidad procreacional de la misma manera que en la hipótesis anterior, porque en la mera voluntad de unión sexual, ya sea con procedimientos y ya sea que éstos logren éxito en cuyo caso no hay problema o ya sea que dichos procedimientos anticonceptivos fracasen, tendremos el resultado biológico del engendramiento. Luego habiendo voluntad de unión sexual y no voluntad procreacional, **sin embargo el hecho de la relación sexual origina la responsabilidad procreacional**, porque la unión sin la intención de procrear se proyecta la situación Jurídica consecuente de la situación biológica provocada por esa unión sexual y entonces, si no hay reconocimiento, habrá la sentencia dando valor a esa responsabilidad procreacional y, por esta responsabilidad, se determinará la filiación.⁽¹⁰⁸⁾

(108) DÍAZ DE GUIJARRO Enrique. Op.cit. Pág. 2.

Aun no exteriorizada la voluntad procreacional. obliga y conduce por vía de la responsabilidad procreacional a la filiación como estado Jurídico. Basta la mera voluntad de unión sexual que aún carente de concreta voluntad procreacional provoca la responsabilidad procreacional que es inevitable.

Obsérvese pues, que cabe, con toda amplitud, la investigación de la paternidad y de la maternidad; y que una y otra se determinan con el concurso de la voluntad y de la responsabilidad procreacionales, consi gnación de efectos Jurídicos, aún no queridos tales efectos jurídicos.⁽¹⁰⁹⁾

Después de lo que nos dice Díaz de Gujjarro deducimos que desde el momento en que se accede a tener una relación sexual, independientemente de utilizar anticonceptivos o no, ya se sabe cuál es el riesgo que se corre, por lo tanto se asume la responsabilidad de las consecuencias que es la procreación de un hijo el cual tiene todo el derecho de tener a sus padres o en caso de no ser reconocido voluntariamente, éste tiene la opción de demandar su filiación. A este respecto Díaz Gujjarro nos dice: Quien nazca será titular de un derecho, el derecho de tener padres, desde el punto de vista Jurídico y entonces la responsabilidad procreacional funciona como base esencial.

Una vez estudiada la voluntad procreacional consideramos que cuando se elude esta responsabilidad trae enormes consecuencias, y la víctima es quien menos lo merece: el hijo, que al no tener un padre, no está integrado debidamente a la familia, y desde que tiene uso de razón

(109) DÍAZ DE GUJJARRO Enrique. Op.cit. Pág. 2.

empieza a sentir la ausencia de éste, y psicológicamente va creando complejos y rencores en contra de quien lo engendró y no cumplió con su responsabilidad pese a tener un derecho por razón biológica éste le es negado, también nos encontramos con que no sólo sufre desubicación social, sino también económica de su madre disminuye su economía y no se llegan a cubrir todas sus necesidades; y va desarrollándose con privaciones, las cuales en la mayoría de los casos lleva a la delincuencia, la drogadicción y la vagancia, actividades que lo transforman en un ser nocivo para la sociedad, hasta convertirse en un problema político, ya que en esta situación no sólo se encuentra una persona, sino un gran porcentaje de la población. Problema que para frenarlo se necesita la intervención de las autoridades.

Dificultad que pudo evitarse muy a tiempo, responsabilizándose ambos progenitores de su calidad de padres.

CONCLUSIONES

Por lo antes expuesto y fundado concluimos:

- 1).- Hemos estudiado muy detenidamente el problema de la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio en relación al padre, acontecimiento que en la actualidad es de gran importancia. debido a que las relaciones sexuales fuera del matrimonio son muy comunes, y ya sea que se tomen o no las precauciones necesarias para evitar el engendramiento de un hijo este llega a darse; problema ante el cual es muy común que el hombre no se responsabilice, y deje a la mujer sola.
- 2).- Debido a que las relaciones sexuales son muy privadas no hay forma de probarlas, y como consecuencia nos encontramos ante un hijo sin padre, un ser inocente que lejos de gozar de los derechos que le corresponden, tiene todo lo contrario, carencias y privaciones tan importantes como un apellido, una familia, educación, integración social, y no se diga la economía, que es donde más se nota la falta de un padre, persona irresponsable que le fue muy fácil darse la vuelta.
- 3).- Para allegarnos a un medio de prueba que nos permita acreditar dicha filiación hemos analizado todos los medios, llegando a la conclusión de que no son suficientes, razón por la cual sugerimos que se tome en cuenta en nuestra legislación una prueba que puede ser de gran utilidad, como es el caso del ácido desoxirribonucleico, llamado también huella genética. La cual nos da un código genético que difícilmente lo puede tener otra persona.

Prueba que podría servir para determinar la paternidad de una persona, y mediante una sentencia obligarlo a cumplir con su deber de padre, evitando así un problema psicológico, económico, político y social de los hijos nacidos fuera del matrimonio, ya que las pruebas enumeradas en el código de procedimientos civiles consideramos que por su naturaleza no son fehacientes.

BIBLIOGRAFIA

- BECERRA BAUTISTA, José El Proceso Civil en México. Edit. Porrúa, S. A. Cuarta Edición. México 1974.
- COUTO, Ricardo Derecho Civil Mexicano Tomo I Personas. La Vasconia. México 1919.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Edit. Porrúa, S. A. México 1992.
- DE PINA, Rafael Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa, S. A. México 1981.
- DE PINA, Rafael, CASTILLO LARRAÑAGA, José Instituciones de Derecho Procesal Civil. Edit. Porrúa, S. A. México 1978.
- EDWARD, Frankel D. N. A. El Proceso de la Vida 16a. Edición. Edit. Siglo Veintiuno México 1989.
- GARCÍA PELAYO, Ramón Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado. Edit. Larousse. México 1989.
- GARFIAS GALINDO, Ignacio. Estudios de Derecho Civil. Universidad Autónoma de México. México, 1981.
- IBARROLA, Antonio Derecho de Familia. Edit. Porrúa, S. A. México 1984.
- MARGADANT S., Guillermo F. Derecho Romano. Edit. Esfinge, S. A. México 1979.
- MENDIETA NÚÑEZ, Lucio El Derecho Precolonial. Edit. Porrúa. México 1937

- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Edit. Porrúa, S. A. México, 1990.
- OVALLE FABELA, José. Derecho Procesal Civil. Edit. Harla Row Latinoamérica. México. 1989.
- PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Edit. Porrúa, S. A. México 1989.
- PÉREZ DUARTE Y NOREÑA, Alicia. La Obligación Alimentaria. Edit. Porrúa, S. A. México 1989.
- PÉREZ GALAZ, Juan de Dios. Derecho y Organización de los Mayas. Gobierno Constitucional del Estado de Campeche 1943.
- PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Edit. José M. Cajica. Puebla, México.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Octava Edición. Introducción Personas y Familia. Edit. Porrúa, S. A. México, 1973.
- ROSSETT, Gustavo A. ZANNONI, Eduardo A. Manual de Derecho de Familia. Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- TREPAT, Ramón. Diccionario Práctico Larousse. Sinónimos y Antónimos. Edit. Larousse. México 1989.

LEGISLACION

- México Congreso de la Unión Código Civil para el Distrito Federal.
61a. Edición.
Edit. Porrúa
México 1992.

- México Congreso de la Unión Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
2a. Edición.
Edit. Castillo Ruiz.
Rafael R. Castillo Ruiz.

- México Congreso de la Unión Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
4a. Edición.
Edit. Gómez Gómez Hnos.
México 1986.

HEMEROGRAFIA

- **ALVAREZ MORALES, Federico Carlos**
El examen de los Grupos Sanguíneos como medio de prueba jurídica.
República Dominicana.
Enero - diciembre 1951.
Edit. del Caribe. Vol. XVI

- **DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique**
La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación.
Jurisprudencia Argentina
Año XXVII No. 2238.
Buenos Aires, Argentina
Mayo de 1965.

- **Huellas Genéticas**
Muy interesante.
Edit. Palsa, S.A. de C.V.
Revista Española distribuida en México
Año X. No. 4