



368
201

**Universidad Nacional Autónoma
de México**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE
RECONOCIMIENTO DE HIJOS NACIDOS
FUERA DE MATRIMONIO”**

FALLA DE ORIGEN

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARCELA CLOTILDE SANCHEZ MERINO**

Director de Tesis: LIC. JOSE MARIA GARCIA SANCHEZ

ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1995





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.

A MIS PADRES Y HERMANOS

**POR EL AMOR Y APOYO QUE SIEMPRE ME HAN BRINDADO
LOS AMO.**

GRACIAS

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO Y A SUS CATEDRATICOS POR LA FORMACION ACADEMICA QUE ME FORJARON.

AL LIC. JOSE MARIA GARCIA SANCHEZ POR LA DIRECCION DEL PRESENTE TRABAJO. ES BUENO CONTAR CON ALGUIEN COMO EL.

A LA LIC. ALEJANDRA BELTRAN POR SU AMISTAD.

A ERASTO Y ALEJANDRO POR EL APOYO QUE SIEMPRE HE RECIBIDO DE ELLOS, POR SU AMISTAD INCONDICIONAL Y POR SOPORTARME TANTOS AÑOS.

A TODOS MIS AMIGOS Y A AQUELLAS PERSONAS QUE DE UNA U OTRA MANERA SIEMPRE HAN ESTADO CONMIGO Y A TI POR SER TU ...

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

1. FILIACION

1.1 Concepto	1
1.2 Especies	5
1.2.1 Matrimonial	5
1.2.1.1 Pruebas.	10
1.2.2 Extramatrimonial	13
1.2.3 Civil	17

CAPITULO SEGUNDO

2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

2.1 Derecho Romano	21
2.2 Código Napoleónico	30
2.3 Las Siete Partidas	35
2.4 Derecho Canonico.	38
2.5 Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870	40
2.6 Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales de 1884	42
2.7 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917	43
2.8 Código Civil del 30 de Agosto de 1928	46
2.9 Reformas de 1975 al Código Civil	47

CAPITULO TERCERO

3. RECONOCIMIENTO DE HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO

3.1 Concepto de Reconocimiento	48
3.2 Naturaleza Juridica	53
3.2.1 Teoría de la Confesión.	53
3.2.2 Teoría del Reconocimiento Admisión	55
3.2.3 Teoría del Reconocimiento como Acto de Poder Familiar	57
3.2.4 Teoría de la Doble Naturaleza	58
3.2.5 Teoría del Reconocimiento como Acto Jurídico	59
3.2.6 Teoría de Hugo E. Gatti	60
3.2.7 Teoría del Reconocimiento Declaración	60
3.3 Características	62
3.4 Elementos del Reconocimiento	67
3.4.1 Elementos Esenciales del Reconocimiento	67
3.4.1.1 Voluntad	67
3.4.1.2 Objeto	68
3.4.1.3 Solemnidad (Norma Juridica)	69
3.4.2 Elementos de Válidez del Reconocimiento	71
3.4.2.1 Capacidad	71
3.4.2.2 Ausencia de Vicios en la Voluntad	73
3.4.2.3 Licitud	74
3.5 Sujetos.	76
3.5.1 Sujeto Activo	76
3.5.1.1 Menores de Edad	76
3.5.1.2 La Mujer	79
3.5.1.3 El Hombre	80
3.5.2 Sujeto Pasivo	81
3.5.2.1 Hijo Concebido	82
3.5.2.2 El Hijo Muerto	84

3.6 Elementos Formales del Reconocimiento	85
3.6.1 Acta de Nacimiento	87
3.6.2 Acta Especial de Reconocimiento	88
3.6.3 Escritura Pública	88
3.6.4 Testamento	89
3.6.5 Confesión Judicial	90
3.7 Efectos del Reconocimiento	92
3.8 Nulidad del Reconocimiento	95
3.9 Impugnación del Reconocimiento	98

CAPITULO CUARTO

4. INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD Y DE LA MATERNIDAD

4.1 Concepto	104
4.2 Casos en que esta permitida la Investigación de la Paternidad	107
4.2.1 Rapto, Estupro o Violación	108
4.2.2 Posesión de Estado	110
4.2.3 Concebidos durante la Cohabitacion de los Progenitores	112
4.2.4 Principio de Prueba contra el Padre	113
4.2.5 Concubinato	115
4.3 Casos permitidos en la Investigación de la Maternidad	116
4.4 Características de ambas Acciones	118
4.4.1 Ejercicio de la Acción	118
4.4.2 Plazos	123
4.4.3 Pruebas	124

CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Antes de analizar la figura jurídica conocida como el reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio, es conveniente saber que es la filiación, entendiéndose por ésta la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de otra, siendo la fuente primordial de la familia, el parentesco más cercano e importante originado por el hecho biológico de la procreación, que crea una relación de derecho permanente entre padres e hijos, consistente en la existencia de derechos y obligaciones recíprocas entre éstos de por vida, e incluso después de la muerte, siempre y cuando este vínculo este debidamente reconocido por el derecho.

La filiación puede ser matrimonial cuando se basa en la existencia de un matrimonio entre los padres y se hace referencia a la concepción y al nacimiento de los hijos para establecer este vínculo jurídico de la filiación, tanto de los hijos nacidos dentro del matrimonio como los que se hubiesen concebido antes de la celebración del mismo, o que nacieran después de haberse disuelto, ya sea por muerte, nulidad o por divorcio; por lo que respecta a la filiación civil es en la cual no existe un vínculo biológico, conocida comúnmente como adopción creando un parentesco civil entre el adoptante y el adoptado originándose de esta forma una relación paterno-filial entre los mismos, de aquí que tengan los mismos derechos y obligaciones que existen entre padre e hijo en una filiación matrimonial.

La otra especie de filiación y que es la que nos interesa en el presente trabajo es la extramatrimonial, siendo la que se deriva de una unión no matrimonial, ésta se da tanto en los casos en que hay impedimento para contraer matrimonio entre los padres o simplemente por imposibilidad de matrimonio, ésta se establece por medio de un reconocimiento voluntario o por una sentencia que judicialmente decreta la paternidad o la maternidad.

Es importante señalar los antecedentes históricos de la filiación extramatrimonial para poder comprender la evolución jurídica que ha tenido para llegar al actual reconocimiento de hijos habidos fuera de

matrimonio; primeramente señalo que en el derecho romano no se admitía el reconocimiento de hijos ilegítimos y por ello era necesario recurrir a la legitimación siendo la vía para llegar a éste fin el procedimiento establecido para determinar la patria potestad sobre los hijos naturales. Esta legitimación podría realizarse en cualquiera de sus formas, a saber: el matrimonio subsiguiente de los padres, la oblación a la curia o el rescripto del príncipe. El Código Napoleónico establecía un reconocimiento de hijos naturales pero el mismo debía realizarse después de la disolución del matrimonio del reconocedor, siempre y cuando no existieran hijos producto del mismo. En cuanto a las Siete Partidas y al Derecho Canónico hacen una marcada distinción entre los hijos legítimos y los naturales que tenían una condición inferior con respecto a los primeros, considerándose únicamente la legitimación como medio para igualar la condición de un hijo natural con la del nacido de matrimonio. Por lo que corresponde al Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870 y el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1884 ya contemplan la necesidad de la existencia de un reconocimiento del hijo para que pudiera darse una legitimación, puesto que de esta manera descansaba la legitimación en la confesión de los padres sobre el hijo reconocido; estos hijos ya contaban con el derecho a llevar el apellido del que lo reconocía, a ser alimentado por éste y a percibir la porción hereditaria y la pensión alimenticia; en esta evolución histórica existe un retroceso en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 la cual disponía que los hijos naturales solo tenían derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido y omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar, derechos que ya eran otorgados por los Códigos Civiles de 1870 y 1884, pero el Código Civil de 1928 vuelve a otorgarlos, borra la diferencia entre hijos legítimos y naturales denominándolos como hijos nacidos de matrimonio o nacidos fuera del matrimonio, procurando que unos y otros tuvieran los mismos derechos.

Como primer forma de establecer la filiación extramatrimonial tenemos el reconocimiento voluntario que es el estudio primordial del presente trabajo, comprendiendo desde su concepto, naturaleza jurídica, características del mismo, sus elementos esenciales, de validez y formales, los sujetos que intervienen en el acto, así como sus efectos,

nulidad e impugnación, apoyándome en la realización de dicho análisis en las doctrinas francesa, española, argentina, chilena y desde luego en la mexicana, para que de esta forma se pudiera obtener un estudio completo conociendo su entorno, alcance y las deficiencias que pudiera presentar.

Siendo el reconocimiento voluntario un acto jurídico de derecho familiar de admisión, declarativo por el cual cumple el deber jurídico de reconocer el hecho humano existente de una relación biológica que liga al reconociente con un descendiente, no se trata de probar la existencia del nexo biológico, éste se acepta con sus consecuencias de admitir la relación jurídica que entre padre e hijo se establece.

Es necesario mencionar que cuando la filiación extramatrimonial no se establece por un reconocimiento voluntario los hijos pueden suplir la falta de reconocimiento por una acción judicial que demuestre su filiación, siendo ésta la investigación de la paternidad o de la maternidad que comúnmente se le conoce como reconocimiento forzoso, el cual produce los mismos efectos que un reconocimiento voluntario, pudiéndose entender dicha acción como el medio por el cual los hijos nacidos fuera del matrimonio y que no hayan sido reconocidos por sus padres pueden ejercitar para establecer su verdadera filiación misma que esta restringida a ciertos casos que señala expresamente la ley.

CAPITULO PRIMERO

1. FILIACION

1.1 CONCEPTO

Antes de comenzar a tratar el tema de la filiación debemos recordar primeramente que la familia es la base fundamental de la sociedad y uno de los fines de la misma es la procreación de hijos, la cual se desprende de un vínculo biológico que trae como consecuencia una relación jurídica entre padres e hijos, es decir que la norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación que origina la filiación consanguínea y para crear esta relación de derecho se requiere de pruebas, presunciones o ciertos indicios de los cuales se desprende una serie de obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación, al respecto Galindo Garfias señala que la filiación puede definirse "como la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de otra"⁽¹⁾; tal relación "recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado de los padres --la maternidad queda involucrada en este concepto-- y de filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo"⁽²⁾, siendo esta relación la base del parentesco consanguíneo en línea recta y en primer grado, entendiéndose el parentesco como "el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge o entre el adoptante y adoptado"⁽³⁾, interesándonos en el desarrollo del presente tema solo lo que respecta al parentesco consanguíneo, por lo cual debo decir que la filiación jurídica se basa en la

(1) GALINDO GARFIAS IGNACIO. Derecho Civil Primer Curso Parte General, Personas, Familia. Ed. Porrúa. Onceava Edición. p. 618

(2) BAQUEIRO ROJAS EDGARD, BUENOSTRO BAEZ ROSALIA. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. p. 179

(3) GALINDO GARFIAS. Ob. Cit. p. 443

filiación biológica y esta a su vez se sostiene en el hecho de la procreación, ya que a toda persona le corresponde cierta filiación aún cuando no sea siempre posible conocer ésta, o no coincidir, siendo que biológicamente siempre un hijo va a tener un padre y una madre, lo que no sucede jurídicamente, siendo que puede existir un hijo sin padre o sin madre, ya sea porque carezca de pruebas o éstas sean insuficientes para determinar tanto la paternidad como la maternidad --para el caso de la filiación extramatrimonial--, o porque no se cumplieron las formalidades o requisitos legales para establecer la relación de derecho que da como resultado la filiación jurídica; por lo tanto la filiación constituye un estado jurídico, en cambio la procreación sólo es un hecho jurídico; siendo la filiación una relación permanente que regula el derecho y que se origina no solo por virtud del hecho de la procreación sino que también supone otros elementos para que esta relación paterno-filial sea una situación estable que se expresa originando derechos y obligaciones durante la vida de padres e hijos.

De lo anterior puedo resumir que la filiación es la fuente primordial de la familia, siendo el parentesco más cercano e importante el existente entre padres e hijos.

La filiación puede ser confundida en ocasiones con el concepto paternidad que no siendo sinónimos se refieren a una misma relación humana que existe entre padres e hijos, la paternidad significa en su sentido estrictamente gramatical "calidad de padre"⁽⁴⁾ como la maternidad significa "calidad de madre"⁽⁵⁾, esta diferencia estriba de el ángulo en que se observe dicha relación entre procreantes y procreados, visto desde el lado de los padres recibe el nombre de paternidad quedando involucrado en dicho concepto la maternidad, y cuando se hace referencia a los hijos se le denomina filiación, es una cuestión de palabras que trata de dos conceptos que constituyen una relación lógica y necesaria, puesto que la una supone y lleva consigo la otra, ya que el padre supone al hijo y no puede existir un hijo sin padre, por lo tanto son los dos términos jurídicos de una misma relación, los extremos de

(4) DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO QUILLET. Tomo VII. Ed. Argentina Aristides Quillet S.A. Buenos Aires p. 1

(5) Op. cit. Tomo VI. p. 68

las relaciones paterno-filiales, ya que en uno están los padres y por ello se llama paternidad y en el otro están los hijos y por eso se le llama filiación.

Desde el punto de vista del derecho el término filiación tiene dos acepciones: una amplísima que comprende "el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, es decir entre las personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc. sino también en la línea descendente para tomar como punto de relación los hijos, los nietos, bisnietos, tataranietos, etc."⁽⁶⁾, la otra connotación es en un sentido estricto que significa "la relación de derecho que existe entre progenitor y el hijo"⁽⁷⁾.

Creándose con esta relación un estado de derecho que comprende una situación permanente que implica derechos y obligaciones recíprocas entre el padre y el hijo, es decir que para el derecho la filiación comprende la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo.

La filiación constituye un estado jurídico "consistente en una situación permanente de la naturaleza o del hombre que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación se continuarán produciendo esas consecuencias"⁽⁸⁾.

Para el efecto de ampliar el concepto de filiación me permito citar las definiciones de diversos autores:

"El estado de filiación es la especial posición que el individuo ocupa en la familia como hijo"⁽⁹⁾.

(6) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. Ed. Porrúa. Séptima Edición. p. 591

(7) Op. cit. p. 591

(8) Op. cit. p. 601

(9) FUEYO LANERI FERNANDO. Derecho Civil. Tomo Sexto. Vol. III. Derecho de Familia. Imp.

"El estado de filiación es el estado civil de la persona determinado por la situación que dentro de una familia le asigno el haber sido engendrado en ella, o el estar en virtud de la adopción o de otro hecho legalmente suficiente al efecto"⁽¹⁰⁾.

"El término filiación --del latín filius, hijo-- sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres a los hijos dentro de la familia"⁽¹¹⁾.

"La filiación es la relación biológica que une a procreantes y procreados. Es un hecho natural pero también es una realidad reconocida y regulada por el Derecho que presume la determinación de la paternidad y maternidad"⁽¹²⁾.

Puedo sintetizar que la filiación es el parentesco más cercano e importante originado por el hecho biológico de la procreación, que crea una relación de derecho permanente entre padres e hijos consistente en la transformación de derechos y obligaciones recíprocas entre éstos de por vida, siempre y cuando este vínculo este debidamente reconocido por el derecho.

Litografica Universo S.A. Valparaiso Chile. p. 384

(10) PEÑA BERNALDO DE QUIROS MANUEL. Derecho de Familia. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. p. 402-403

(11) ZANNONI EDUARDO. Derecho Civil. Tomo 2. Derecho de Familia. Ed. Astrea. Buenos Aires. Segunda Edición. p. 283

(12) PUIG BRUTAU. Compendio de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. Primera Edición. p. 125

1.2 ESPECIES DE FILIACION

1.2.1 MATRIMONIAL

La filiación matrimonial es la que se basa en la existencia de un matrimonio entre los padres y se hace referencia a la concepción y al nacimiento de los hijos para establecer este vínculo jurídico de la filiación, tanto de los hijos nacidos dentro del matrimonio como los que se hubiesen concebido antes de la celebración del mismo, o que nacieran después de haberse disuelto, ya sea por muerte, nulidad o por divorcio.

"La filiación legítima es indivisible con respecto al padre y a la madre; el hijo legítimo es necesariamente el hijo de sus dos progenitores por lo tanto resulta automáticamente del nacimiento"⁽¹³⁾.

A) Señalare primeramente que son hijos de los cónyuges los concebidos y nacidos durante el matrimonio, también son considerados hijos habidos en matrimonio los nacidos durante él, aunque se haya declarado nulo el matrimonio independientemente de la buena o mala fe que hayan tenido los cónyuges al celebrarlo (art. 344 C.C.), cabe hacer mención que en este caso en perjuicio del hijo jamás la nulidad del matrimonio opera retroactivamente, lo que le importa al derecho es que en el momento de la concepción del hijo aún no se haya declarado la nulidad del matrimonio, no obstante que ya se hubiese promovido la demanda respectiva, ese hijo será legítimo a pesar de que después se venga a reconocer la nulidad por un impedimento existente antes del matrimonio o durante la celebración de ese acto.

En nuestro derecho solo existe el matrimonio cuando éste se celebró ante el Juez del Registro Civil con los requisitos que la ley establece, una vez celebrado el matrimonio, se presume padre del hijo de la cónyuge el marido de ésta, siendo la presunción una consecuencia que se deriva de un hecho conocido o otro desconocido, por lo tanto en

⁽¹³⁾ MAZEAUD HENRI Y LEON, JEAN MAZEAUD. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. III. La Familia. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. p. 401

este caso el hecho conocido es el estado de matrimonio en que haya vivido la madre y la paternidad es el hecho desconocido, la ley deduce que su marido será el padre del hijo de aquélla, es decir la concepción dentro del matrimonio que origina la filiación se atribuye al marido.

B) También se consideran hijos legítimos los concebidos antes de la celebración del matrimonio, pero nacidos después de ésta, recurriendo la ley en este caso a una presunción (art. 324 frac. I C.C.) se presume concebido en matrimonio el hijo nacido después de ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, tal y como lo señala el artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal, en este caso se presenta la posibilidad de que hubiere concepción fuera del matrimonio, y siendo el término de ciento ochenta días el periodo mínimo de la gestación, se aplica dicho plazo en beneficio del hijo y de la estabilidad conyugal, quedando legitimados de pleno derecho en virtud del matrimonio de sus padres, siempre y cuando no ejercite el marido acción contradictoria de la paternidad, demostrando que fue físicamente imposible tener cópula carnal con su esposa en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento, siendo que de esta forma quedaría descartada la posibilidad de que el marido sea el autor del embarazo.

Cabe señalar que el marido no podrá desconocer al hijo nacido después de los de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio siempre que concurren algunas de las circunstancias señaladas por el artículo 328 del Código Civil, siendo éstas: que el marido estuvo enterado del embarazo de su mujer antes de casarse con ella, esta es una manera lógica de tutelar los derechos del hijo nacido bajo estas circunstancias, puesto que el padre al saber del embarazo de su futura consorte y casarse con ésta, esta admitiendo implícitamente que es el autor de dicho embarazo, no obstante a este reconocimiento implícito el legislador exige que este conocimiento se pruebe por escrito; otra circunstancia señalada por dicho precepto es que el marido

concurra al levantamiento del acta de nacimiento y que este firmada por él o contenga su declaración de no saber firmar, siendo que de esta forma esta admitiendo expresamente como hijo suyo al menor que esta reconociendo, además el derecho señala que tampoco lo podrá desconocer si lo ha reconocido expresamente como hijo suyo, al respecto la ley es muy clara por que no se puede argumentar que no es hijo suyo el reconocido; tampoco podrá desconocer al hijo que no nació viable.

De lo anterior cabe mencionar que "la doctrina considera legitimados por ministerio de ley a los hijos que nazcan dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, la ley es la que de pleno derecho lo considera como tal, si el marido no objeta la filiación, es decir, si no ejercita acción contradictoria de la paternidad"⁽¹⁴⁾.

C) Dentro de la filiación matrimonial encontramos el caso de que el hijo fuese concebido durante el matrimonio y no naciera dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo (art.324 frac. II C.C.) ya sea por causa de nulidad, muerte o por divorcio, en este supuesto se consideran hijos de los cónyuges aunque nazcan después de disuelto el vínculo matrimonial, por lo que el legislador lo que toma en consideración es el momento de la concepción, la cual se llevo a cabo dentro del matrimonio de los cónyuges y no el momento del nacimiento, puesto que en términos generales todo hijo concebido por la esposa durante el matrimonio es legítimo debido a la presunción legal de legitimidad del hijo, siendo que el marido hace vida conyugal con su esposa ya que no existe un obstáculo legal que impida la cohabitación tanto en el sentido de vivir bajo el mismo techo como la posibilidad de la relación sexual, la ley a partir de una presunción legal imputa al marido los hijos de su esposa, si en la época en que se presume la concepción subsistía el matrimonio, contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su esposa durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

(14) ROJINA VILLEGAS. Ob. cit. p. 596

Cabe la posibilidad de que el marido pueda desconocer al hijo que nazca después de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los consortes (art. 327 C.C.) pero solo en los casos de nulidad o de divorcio y no para el caso de defunción, puesto que lógicamente solo en esos casos puede haber la posibilidad de que después de la separación de los cónyuges hubiera relaciones sexuales entre estos, basta entonces que el marido en esas condiciones desconozca al hijo sin exigirse prueba especial, para que la madre o el hijo a través de su tutor sean quienes tengan que aportar pruebas o elementos suficientes para acreditar que el marido fue el autor del embarazo no obstante la separación de los consortes, por que a pesar de que existía un juicio de divorcio o nulidad en trámite y se declare la separación judicial de los cónyuges es relativa la probabilidad de que existan encuentros de tipo sexual entre los mismos, pero tampoco hay una seguridad de que no ocurran. Cabe mencionar que en el presente caso las acciones relativas a la contradicción de la paternidad podrán promoverse por el marido o por cualquier persona que perjudique la filiación como pueden ser los herederos cuando sean perturbados en la posesión de la herencia o cuya porción hereditaria disminuyese o de plano se encontraran privados de su derecho hereditario si por virtud del reconocimiento de ese hijo se les excluyera bastará por lo tanto la acción contradictoria de la paternidad para que se desconozca el pretendido derecho hereditario del hijo nacido después de trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

D) Otro supuesto de hijos que son considerados como habidos en matrimonio son aquellos que hayan sido extramatrimoniales cambiando su situación jurídica por el matrimonio subsecuente de sus padres, lo que hace que se tenga como hijos nacidos de matrimonio de acuerdo a lo establecido por el artículo 354 del Código Civil.

E) Conflicto en caso de segundo matrimonio.- además de los casos ennumerados anteriormente puede haber otros casos en los que surjan conflictos o controversias en relación a la filiación de un hijo, siendo que la mujer viuda, divorciada o aquella cuyo matrimonio fue declarado nulo contraiga nuevas nupcias dentro del período de trescientos días que

señala el artículo 158 del Código Civil, en dicho caso tendrá que determinarse la filiación del hijo en relación al primero o segundo matrimonio, para estos supuestos se tendrá que estar a lo dispuesto por el artículo 334 del mismo ordenamiento, sujetándose a las siguientes reglas:

1.- Si el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del segundo matrimonio, se presume la filiación del hijo con respecto al primer matrimonio.

2.- Se considerará que el hijo es del segundo matrimonio si nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del segundo matrimonio, independientemente que nazca dentro de los trescientos días subsiguientes a la disolución del primer matrimonio.

En ambos supuestos por tratarse de presunciones que la ley establece el que las negare deberá probar plenamente la imposibilidad física que el hijo sea del marido a quien se atribuye, o bien si no se pudiera comprobar la presunción, probar afirmativamente la filiación por medio de otras pruebas para poder determinar fehacientemente la paternidad; para ambos casos estamos en presencia de hijos habidos de matrimonio, en donde surge el conflicto de saber si son del primero o del segundo matrimonio, cosa muy distinta sucede cuando el hijo nace antes de los primeros ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de los trescientos días de la disolución del primero, en donde se considera al hijo nacido bajo estas condiciones como extramatrimonial.

1.2.1.1 Pruebas

Según lo dispuesto por el artículo 340 del Código Civil la prueba perfecta de la filiación matrimonial es el acta de nacimiento de los hijos y el acta de matrimonio de los padres, justificándose de esta manera respectivamente: primero que los padres están o estuvieron casados y segundo que el hijo fue concebido durante el matrimonio de los mismos.

Con el acta de nacimiento no solo se prueba el parto mismo, sino la maternidad al respecto Antonio Cicu —citado por Rojina Villegas— nos dice que "el acta de nacimiento de un hijo legítimo acredita el parto y la maternidad, no acredita los demás supuestos de la legitimidad, es decir, el matrimonio, el nacimiento dentro del matrimonio, la paternidad y la identidad"⁽¹⁵⁾ a lo cual yo podría decir que de cierta forma sí establece la identidad porque a través del acta de nacimiento se establece la edad, sexo, nombre y apellido quedando con estos elementos justificada la identidad; cabe hacer mención de que en caso de que falte esta acta, ya sea porque no se haya hecho el registro del hijo o porque habiéndose registrado el libro correspondiente esté mutilado, sea ilegible, se estará a lo dispuesto por los artículos 40 y 341 del Código Civil, en donde el primero en cita señala que "Cuando no hayan registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las formas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumento o testigos" al respecto el artículo 341 dice que: a falta de actas o si estas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio, a falta de esta posesión se puede acreditar la filiación por otros medios de prueba incluso por testigos; pero no serán admisibles si no hubiese un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones graves que relacionados con la prueba testimonial, puedan llevar al juez a una convicción respecto a la filiación legítima.

Al respecto Eduardo Zannoni nos dice que "la posesión de estado es el cúmulo de actitudes y conductas recíprocas entre quien dispensa a

(15) ROJINA VILLEGAS. Ob. cit. p. 650

alguien trato de hijo y recibe de éste trato de padre o madre en modo público ostensible e inequívoco"⁽¹⁶⁾. Para que haya posesión de estado deben encontrarse reunidos los tres elementos siguientes: "nomen, tractus y fama... pero no es imprescindible que existan todos. El más importante de ellos es indudablemente el trato; basta acreditar que padre e hijo se daban recíprocamente ese tratamiento para que se dé por admitido el hecho de la posesión, aunque el hijo no llevará el apellido paterno y aunque no hubiera trascendido públicamente la filiación"⁽¹⁷⁾.

El nombre se refiere en cuanto a que el hijo debe acreditar que lleva el apellido del presunto padre con anuencia de éste, el trato se refiere a que el hijo haya sido considerado por el presunto padre como hijo legítimo proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, en cuanto a la fama esta consiste en que el hijo haya gozado constantemente en el círculo social al cual pertenezca la familia de su padre y dentro de la misma del carácter de hijo nacido de matrimonio.

En nuestro derecho civil vigente no se requiere de la existencia de los tres elementos para acreditar la posesión de estado de conformidad a lo dispuesto por el artículo 343 del Código Civil, el cual en su primera parte se requiere como elemento de la posesión de estado la fama, el cual esta enunciado en los siguientes términos: "Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado..."; esto es gozar públicamente del carácter de hijo, cumplido este requisito basta con la concurrencia de alguna de las tres circunstancias que señala dicho numeral, es decir no se requieren todas sino con una sola que se pruebe quedará acreditada la posesión de estado, siendo la primera de ellas el nombre, o sea que el hijo haya usado el apellido del que pretende que es su padre con anuencia de éste (frac. I), por lo tanto la posesión de estado se justifica con la fama más el nombre en este caso; o bien la segunda circunstancia que es el trato que el padre le haya dado como hijo nacido

(16) ZANNONI EDUARDO. Ob cit. p. 330

(17) BORDA GUILLERMO A. Tratado de Derecho Civil, Tomo II. Familia. Octava Edición Buenos Aires. p. 59

de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento (frac. II), o sea fama más trato; en cuanto a la tercera circunstancia es la de la edad exigida por el artículo 361, es decir la necesaria para contraer matrimonio más la edad del hijo (frac. III), bastando para este caso el hecho de que el padre tenga la edad requerida por la ley aunada a la fama, aunque no lleve el nombre del padre ni jamás éste lo haya tratado como hijo, pudiéndose considerar para este supuesto a la fama como el único requisito exigible, si el padre ya tiene la edad exigida por la ley para reconocer al hijo.

Cabe señalar que en caso de que se invoque la posesión de estado y exista un acta de nacimiento que la contradiga, porque resulte ser hijo de otro padre prevalecerá el acta de nacimiento sobre la posesión de estado, mientras no se demuestre la falsedad de la misma. De lo anterior se desprende que la posesión de estado de hijo legítimo actúa como prueba supletoria de la filiación matrimonial, es decir su importancia está subordinada a la falta del título que la ley considera preferente, o sea a falta del acta de nacimiento.

Para el caso de que faltare el acta de matrimonio o el hijo no pueda exhibir la misma por ignorar el lugar donde se casaron sus padres o porque éstos hubiesen muerto o por ausencia o enfermedad no puedan precisar el lugar en que se casaron "no se podrá disputar al hijo su calidad de legítimo y, por consiguiente, su posesión de estado como tal"⁽¹⁸⁾ si demuestra que sus padres vivieron como marido y mujer, que públicamente se ostentaron como tales, es decir que se comportaban como esposos y además prueba que por haber muerto o por ausencia o enfermedad de ellos, no puede conocer el lugar en que se casaron.

(18) ROJINA VILLEGAS. Ob. cit. p. 667

1.2.2 EXTRAMATRIMONIAL

Nuestro derecho admite el estado de filiación extramatrimonial solo cuando se dé un reconocimiento voluntario o se decrete judicialmente la paternidad, por lo que respecta a la maternidad resulta por el solo hecho del nacimiento del hijo nacido bajo esas circunstancias, la legislación española la denomina como filiación no matrimonial. Rojina Villegas habla de una filiación natural a lo cual no comparto esta idea, siendo ambas filiaciones --matrimonial y extramatrimonial-- naturales, la diferencia estriba en que una se da dentro del matrimonio o por medio de presunciones que consideran que el hijo fue concebido durante el matrimonio o antes de la celebración del mismo, dicho autor señala que existen diferentes tipos de filiación extramatrimonial o como él lo señala natural --la legislación francesa también utiliza esta denominación y clasificación de filiación natural-- a lo cual tampoco estoy de acuerdo, además que actualmente en nuestro derecho vigente ha dejado de existir esta diferencia, siendo que no hay porque diferenciar si se trata de una filiación natural simple, adulterina o incestuosa; para efectos didácticos mencionaré brevemente en que consiste cada una de ellas:

La 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 existía ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio si se hubiese celebrado "se denominan hijos naturales simples, aquellos que nacían de una unión extramatrimonial en la que no hubiere impedimento ni en razón del parentesco, ni de un enlace anterior, para celebrar el matrimonio"⁽¹⁹⁾.

La filiación natural adulterina es aquella "cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa"⁽²⁰⁾ definición con la que no estoy de acuerdo porque si una mujer esta unida en matrimonio y concibe un hijo éste se presume que es hijo

⁽¹⁹⁾ ROJINA VILLEGAS Ob. cit p 706

⁽²⁰⁾ Op. cit. p. 595

del marido de ésta, por lo tanto se considera legítimo y no basta el dicho de la esposa para excluir de la paternidad al marido, es precisamente a él al que corresponde contradecir la legitimidad de ese hijo; situación muy distinta es la que el autor argumenta en la segunda parte de su definición porque en este supuesto en donde el padre esta unido en matrimonio con persona distinta de la madre y ésta no se encuentra unida en matrimonio si estaremos ante la presencia de un hijo nacido fuera de matrimonio; "el hecho de que uno de los progenitores esté unido en matrimonio con tercera persona, hará que el hijo sea naturalmente adulterino"⁽²¹⁾.

Por último hace referencia a la filiación adulterina incestuosa "cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impida el matrimonio sin celebrar éste"⁽²²⁾.

Por lo tanto la filiación extramatrimonial es la derivada de la unión no matrimonial, esta se da tanto en los casos en que hay impedimento para contraer matrimonio entre los padres o simplemente por imposibilidad de matrimonio, debemos entender por filiación extramatrimonial "el vínculo que se establece entre padres e hijos cuando los primeros no estan unidos en matrimonio"⁽²³⁾, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio "corresponde a los concebidos por progenitores que no estan unidos en matrimonio"⁽²⁴⁾, "es la filiación que genericamente se denomina ilegítima"⁽²⁵⁾, "la filiación natural es individual; existe por separado con relación al padre y a la madre...no está probada sino por el reconocimiento voluntario del padre o de la madre y a falta de ello, por una sentencia pronunciada por el tribunal como resultado de una acción de investigación de paternidad o de maternidad"⁽²⁶⁾, "la filiación natural es el lazo que une al hijo, con su padre o con su madre, o con ambos, cuando éstos no estan casados entre sí en el momento de su nacimiento"⁽²⁷⁾, "filiación extramatrimonial es la

(21) ROJINA VILLEGAS. Ob. cit. p. 595

(22) Op. cit. p. 595

(23) BAQUEIRO ROJAS. Ob. cit. p. 191

(24) CHAVEZ ASENCIO MANUEL. La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa. Segunda Edición. p. 119

(25) FUEYO LANERI. Ob. cit. p. 429

(26) MAZEAUD. Ob. cit. p. 401

(27) BONNECASEM JULIEM. Nociones Preliminares, Personas, Familia, Bienes. Ed. Jose Ma. Cajica. Distribuidor Porrúa Hnos. p. 548

relación jurídica entre progenitor e hijo que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero o por sentencia que cause ejecutoria imputado a cierta persona⁽²⁸⁾; también se consideran como hijos nacidos fuera de matrimonio los que nazcan de padres casados pero fuera de los plazos establecidos por la legislación civil, es decir antes de los primeros ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio o después de trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial, pero a pesar de que se consideran como hijos nacidos fuera de matrimonio la ley los legitima por ministerio de ley si el marido no contradice la paternidad.

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio con respecto a la madre resulta del solo hecho del nacimiento y como tal lo establece el artículo 360 del Código Civil, siendo que el parto es el medio de prueba que acredita la maternidad; en relación al padre es más difícil de establecer la paternidad puesto que podrá presumirse la misma pero solamente para el caso de concubenarios de acuerdo a lo establecido por el artículo 383 del Código en cita, fuera de este caso solo será posible establecer la filiación mediante un reconocimiento voluntario por parte del padre y de la madre, o por sentencia que declare la paternidad.

El reconocimiento voluntario consiste en "un acto jurídico unilateral, solemne e irrevocable, por virtud del cual se asumen por aquel que reconoce y en favor del reconocido todos los deberes, derechos y obligaciones que atribuye la relación paterno-filial, y al reconocido se le incorpora a la relación jurídica paterno-filial"⁽²⁹⁾, los modos de realizar este reconocimiento de conformidad a lo dispuesto por el artículo 369 del Código Civil son los siguientes:

- I. En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo juez;
- III. Por escritura pública;
- IV. Por testamento;
- V. Por confesión judicial directa y expresa.

(28) MONTERO DUHALT SARA. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. Primera Edición. p. 302

(29) CHAVEZ ASENCIO. Ob. cit. p. 140

Este reconocimiento presume el nexo biológico que existe entre el reconocido y el reconocedor, por el cual se esta generando una relación de filiación con sus respectivas consecuencias jurídicas, este reconocimiento puede ser impugnado o contradicho; el reconocimiento prueba el parto en relación a la madre y la concepción en relación al padre, y la identidad del hijo favorecido con el reconocimiento; en ocasiones este reconocimiento no se da espontáneamente por el padre, la madre o por ambos en este caso el medio para establecer la filiación es a través de un juicio de investigación de la paternidad o maternidad que determine por sentencia condenatoria en los casos permitidos por el artículo 382 del Código Civil, estos puntos serán analizados ampliamente en los capítulos tercero y cuarto del presente trabajo.

1.2.3 CIVIL

Es la filiación en la cual no existe un vínculo biológico, conocida comúnmente por el derecho como adopción, creando un parentesco civil entre el adoptante y adoptado originándose de este forma una relación paterno-filial legal entre los mismos, de aquí que tengan los mismos derechos y obligaciones que existen entre padre e hijo en una filiación matrimonial, se puede definir la adopción "como el acto jurídico de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente"⁽³⁰⁾, "es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima"⁽³¹⁾.

Al hablar de que es una institución también se señala que es solemne y de orden público porque al crear y modificar relaciones de parentesco toca intereses del estado y compromete al orden público, interviniendo el estado por medio del poder judicial para aprobar el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado, interviniendo desde luego la voluntad del adoptante.

Para que se lleve a cabo la adopción se requieren de elementos personales y formales, los primeros se refieren a los sujetos que intervienen en el acto jurídico de la adopción siendo:

a) El Adoptante.- la persona que asume legalmente el carácter de padre, el cual deberá gozar del pleno ejercicio de sus derechos de acuerdo a lo establecido por el artículo 24 del Código Civil, es decir que no podrán adoptar los que tengan incapacidad natural y legal según lo dispuesto por el artículo 450 del ordenamiento antes citado; deberá ser mayor de veinticinco años sea hombre o mujer, soltero o casado, o que exista una diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado de diecisiete años; en caso de matrimonio bastará con que uno de los

⁽³⁰⁾ BAQUEIRO ROJAS. Ob. cit. p. 216

⁽³¹⁾ CHAVEZ ASENCIO. Ob. cit. p. 199

cónyuges cumpla con el requisito de edad, el adoptante deberá demostrar tener bienes, trabajo o elementos de subsistencia que le puedan permitir incorporar a su familia al adoptado, de igual manera deberá tener buenas costumbres y ser una persona moral y que la adopción sea benéfica para el adoptado, todas estas circunstancias serán tomadas en consideración por el juez de lo familiar para autorizar la adopción.

b) El Adoptado.- es la persona que va a ser recibida legalmente como hijo del adoptado, éste deberá ser menor de edad o incapaz, pudiendo ser uno o varios los adoptados, pero éstos no podrán ser adoptados por más de una persona, salvo que sean marido y mujer los adoptantes (arts. 391 y 392 C.C.), así como tampoco podrá ser adoptado el pupilo por el tutor (art. 393 C.C.) sino después de que haya sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela; no es necesario que el adoptado sea extraño al adoptante éste puede ser pariente de áquel.

Cabe hacer mención que en el caso de los concubinos no pueden adoptar, ya que nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto para el caso de matrimonio, por lo tanto el concubinario así como la concubina no pueden adoptar individualmente siendo que viven en una situación irregular y contraria a derecho.

Por lo que se refiere a los elementos formales son los que hacen referencia al procedimiento judicial necesario para que la adopción se consuma, siendo éstos concurrentes en la adopción y otros posteriores, entre los concurrentes encontramos los relativos al procedimiento, competencia del tribunal, consentimiento de quienes deben otorgarlo, depósito del menor y la resolución del juez.

La adopción es un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria en la cual se requiere del consentimiento de quien ejerce la patria potestad o el tutor, o de quien ha cuidado y alimentado al menor y a falta de éstos el del Ministerio Público, o bien del mismo menor si este tiene más de catorce años y no está emancipado y así mismo se requiere de la voluntad del adoptante; reunidos los requisitos de ley, el juez

decretará la adopción y posteriormente se levantará el acta de adopción la cual contendrá los nombres, apellidos, edad y domicilio del adoptante y del adoptado así como el nombre y demás generales de las personas cuyo consentimiento hubiere sido necesario para la adopción además de los nombres, apellidos y domicilio de las personas que intervengan como testigos, insertándose los datos esenciales de la resolución judicial, esta acta se anotará al margen de la de nacimiento del adoptado.

Dentro de los elementos posteriores podemos mencionar que todavía tiene participación el juez de lo familiar quien una vez que apruebe la adopción debe remitir copia de su resolución al juez del Registro Civil para que levante el acta correspondiente, recibida la resolución judicial el juez del Registro Civil deberá levantar el acta de adopción correspondiente con la comparecencia del adoptante.

En cuanto a los efectos de la adopción puedo decir que la relación Jurídica se limita al adoptante y adoptado, no se extiende a los otros miembros de la familia; por lo que se refiere al parentesco consanguíneo del adoptado "los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges" (art. 403 C.C.), quedando comprendida la guarda y la administración de los bienes del menor. Por lo tanto el parentesco civil "es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y adoptado" (art. 295 C.C.), existiendo entre estos una obligación alimentaria sin que esto implique que no tenga esta obligación el adoptado con sus parientes consanguíneos.

En la adopción no es necesario que el adoptado lleve el apellido del adoptante, pero éste "...podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción" (art. 395 segundo párrafo C.C.); cabe señalar que la adopción es un impedimento para la celebración del matrimonio entre adoptante y adoptado aunque sobrevengan hijos al adoptante.

Por último cabe hacer mención que los efectos originados por la adopción pueden extinguirse por causa natural como es la muerte del adoptante o la del adoptado puesto que la adopción solo genera relación jurídica entre adoptante y adoptado faltando uno de ellos la adopción se extingue puesto que no se conserva ningún lazo entre el adoptado y la familia del adoptante; como todo acto jurídico también puede presentarse la nulidad ya sea relativa o absoluta puesto que aunque se trate de un acto jurídico familiar se aplica lo relativo al régimen general de nulidades, pues no hay una reglamentación especial de nulidades de la adopción; por revocación o porque ésta sea impugnada. La adopción puede ser revocada (art. 405 C.C.) cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad, y si no lo fuere de las personas que dieron su consentimiento para la adopción, a falta de ellas el representante del Ministerio Público y el Consejo de Tutelas; también puede ser revocada por ingratitud del adoptado considerandose ingrato (art. 406 C.C.) si éste cometió algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes; cuando el adoptado formule denuncia o querrela contra el adoptante con la excepción de que éste se cometiera contra el mismo adoptado, su cónyuge, ascendientes o descendientes; si rehusa dar alimentos al adoptante cuando haya caído en pobreza. En cuanto a la impugnación se puede señalar que el adoptado --menor o incapacitado-- puede combatir la adopción dentro del año siguiente a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad, ésta debe tener un fundamento, bien sea que se haga referencia al proceso o fondo de la adopción, debe basarse en alguna inobservancia de la ley, o bien en un acto contrario a las buenas costumbres que hubiere ejecutado el adoptante.

CAPITULO SEGUNDO

2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

2.1 DERECHO ROMANO

Antes de hablar sobre la filiación extramatrimonial en el derecho romano debemos de mencionar que se entendía por familia en dicho derecho; la palabra familia aplicada a las personas se emplea en dos sentidos contrarios, el primero de ellos en el sentido propio se entiende "por familia la domus o reunión de personas colocadas bajo la autoridad a la manus de un jefe único"⁽³²⁾, siendo este el paterfamilias, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y a la mujer in manu que guarda una condición semejante a la de una hija --loco filiae--; el otro sentido corresponde a la familia civil, es decir, al paterfamilias y a las personas colocadas bajo su autoridad paternal o su manus, están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado agnatio.

Cabe mencionar que las personas consideradas en la familia se dividen en dos clases:

a) Alieni Iuris que son las personas sometidas a la autoridad de otro, y los;

b) Sui Iuris que son las personas libres de toda autoridad dependiendo de ellas mismas; el hombre sui iuris es llamado paterfamilias o jefe de la familia, éste ejercitaba la domica potestas --autoridad del amo sobre el esclavo--, la patria potestas o autoridad paternal, la manus --autoridad del marido y a veces de un tercero sobre

⁽³²⁾ EUGENE PETIT. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Porrúa, p. 96

la mujer casada--, y el *macipium* --poder libre sobre otro libre--. Por lo tanto la "familia para los romanos era un grupo de personas sometidas al poder doméstico de un mismo jefe de casa"⁽³³⁾

El *paterfamilias* es el centro de toda la *domus romana*, es el dueño de los bienes, señor de los esclavos, tiene la patria potestad sobre los hijos y nietos y posee mediante la *manus* un vasto poder sobre la propia esposa y las nueras casadas *in manu* --en caso de matrimonio debía establecerse claramente si la esposa entraba en la monarquía doméstica del marido--, además de que era el juez dentro de la *domus* y el sacerdote de la religión del hogar; era una especie de "monarca doméstico, puede imponer inclusive la pena de muerte a sus súbditos, ejerciendo el temible *ius vitae necisque* --derecho sobre la vida y la muerte--"⁽³⁴⁾.

El término familia significa en el antiguo latín "patrimonio doméstico"⁽³⁵⁾ por lo que literalmente *paterfamilias* significaba el que tiene "poder sobre los bienes domésticos"⁽³⁶⁾; el término *materfamilias* existió pero solo como título honorífico en la intimidad del hogar y no como término jurídico, siendo que no podía tener la potestad sobre los hijos y necesitaba un tutor para todas las decisiones importantes.

Cabe señalar que para los romanos existía un parentesco natural o *cognatio*, siendo la *cognación* "el vínculo de sangre que une a las personas descendientes unas con otras o que descienden de un mismo autor común, sin distinción de sexo"⁽³⁷⁾; no siendo considerados parte de esa familia a pesar de los vínculos biológicos --parentesco de sangre-- o matrimoniales que los unían al *pater*:

1. Su mujer y las de sus descendientes legítimos cuando se hubiere realizado matrimonio *sine manu*;

(33) VENTURA SILVA SABINO. *Instituciones de Derecho Romano*. Instituto Editorial REUS. Madrid. p. 79

(34) MARGADANT S. GUILLERMO F. *Derecho Romano*. Editorial Esfinge. Décima cuarta edición. p.196.

(35) *Op.cit.* p.197

(36) *Op.cit.* p.197.

(37) VENTURA SILVA. *Ob.cit.* p.81

2. Los descendientes ilegítimos;
3. Los descendientes ilegítimos que por determinados actos jurídicos salen de la familia agnaticia, como puede ser la emancipatio --convertía un alieni iuris en sui iuris-- o la adoptio --el paterfamilias adquiría la patria potestad sobre el filius-familias de otro ciudadano romano--;
4. Los descendientes legítimos o ilegítimos de las hijas o nietas, siendo que interrumpen la agnación, que solo es transmisible por el varón;
5. Los hijos vendidos por su pater a un extraño.

En cuanto a la agnatio o parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna " es el vínculo que une a los parientes por línea masculina bajo la potestad de un mismo paterfamilias o que se encontrarían si este no hubiese fallecido"⁽³⁸⁾ ; se puede decir que son " los descendientes por vía de varones de un jefe de familia común colocados bajo su autoridad o que le estuvieran sometidos si aún viviera; hay que poner también entre los cognados a la mujer in manu, que es loco filiae"⁽³⁹⁾ .

De esta manera la familia agnatica comprende a los que estén bajo la autoridad paternal a la manus del jefe de familia, entre ellos y en relación al jefe, es decir, la agnación existe entre padre y los hijos o hijas nacidos de su matrimonio legítimo o introducidos en la familia por adopción, los que hayan estado bajo la autoridad del jefe y que lo estarían si aún viviese, por ejemplo cuando muere el jefe, los descendientes ya unidos por la agnación quedan agnados también entre ellos y los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre pero que lo hubiesen estado de haber vivido, es decir, si el jefe ha muerto al casarse sus hijos y éstos tienen hijos, éstos hijos estarán agnados entre ellos.

⁽³⁸⁾ VENTURA SILVA, Ob. cit. p.81

⁽³⁹⁾ PETIT, Ob.cit. p.97

La potestad paternal en Roma pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia, estando sometidos a esta patria potestas sus hijos legítimos y los hijos también legítimos de los varones que estaban bajo su poder familiar, haciendo mención que son hijos legítimos los habidos de padre y madre unidos en matrimonio --justae nuptiae--; "es la autoridad que el paterfamilias ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños --adrogados o adoptados-- y sobre los hijos naturales legitimados"⁽⁴⁰⁾. El carácter principal de esta autoridad es que tiene por objeto la protección del interés del jefe de familia, quedando por debajo de este interés la protección del hijo derivándose las siguientes consecuencias: Los sometidos a la potestad paternal no se pueden liberar ni por la edad ni por el matrimonio; solo pertenece al jefe de familia aunque no siempre es el padre quien la ejerce, su autoridad se borra delante del abuelo paterno, y la madre no puede tener nunca la potestad paternal; esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo y que ejercía al mismo tiempo sobre la persona y sobre los bienes de los hijos.

Como fuentes de la patria potestad en el derecho romano señalaré las siguientes:

- a) La primera de ellas son las justae nuptiae conforme a las reglas del derecho civil de Roma; los hijos nacidos bajo estas condiciones son hijos legítimos, liberi justi; están bajo la autoridad de su padre o abuelo paterno si el padre es alieni iuris, integran la familia civil del padre a título de agnados, llevan además su nombre y participan en su condición social; en cambio entre los hijos y la madre solo existía un lazo de cognación en el primer grado. La filiación legítima en relación a la madre es un hecho fácil de establecer, respecto del padre la paternidad era incierta y se recurría a la presunción de que el marido de la madre sea el padre, esta presunción no es impuesta de manera absoluta, y cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio, o si por

⁽⁴⁰⁾ VENTURA SILVA. Ob.cit. p.91

ausencia o por enfermedad del marido ha sido imposible toda cohabitación con la mujer durante el período de la concepción.

Cabe mencionar que cuando falta alguna de las condiciones para la validez de las justas nupcias -- connubium de los cónyuges; sexualmente capaces; consentimiento de los cónyuges y del paterfamilias; ausencia de vicios; que no tengan lazos matrimoniales; que no exista parentesco de sangre dentro de ciertos grados; que no exista diferencia de rango social; que la viuda deje pasar un determinado tempus luctus; que no exista tutela entre los cónyuges-- el matrimonio será nulo, no produciendo por consiguiente ningún efecto y en cuanto a los hijos nacen "sui iuris y son tratados como hijos nacidos de un caso accidental entre hombre y mujer; no tienen un padre cierto y se les llama 'spuri', en cambio están unidos a la madre y a los parientes maternos por la cognación"⁽⁴¹⁾; también se les llamaba spurií a los hijos nacidos de relaciones transitorias.

- b) La legitimación "este procedimiento sirve para establecer la patria potestad sobre los hijos naturales" ⁽⁴²⁾. Los procedimientos para que se lleve a cabo la legitimación son los siguientes:

1. El matrimonio subsiguiente del padre y madre --per subsequens matrimonium--, esta legitimación tratándose de concubinos "fue concedida por Constantino como remedio transitorio, en favor de los hijos naturales" ⁽⁴³⁾, con Justiniano fue que se hizo una institución permanente; para que los hijos pudieran ser legitimados era preciso que hubiesen nacido de personas entre las cuales era posible el matrimonio como consecuencia de la concepción, esta condición excluía no solo a los hijos adulterinos, sino también a aquellos cuyo padre o madre no podían contraer matrimonio por alguna prohibición legal o temporal; por ejemplo, "un gobernador que tiene una concubina de su provincia y de esta

(41) PETIT, Ob.cit. p. 91

(42) MARGADANT, Ob.cit. p. 203

(43) BONFANTE PEDRO, Instituciones de Derecho Romano. Instituto Editorial REUS. Madrid. p. 201

unión nace un hijo, no puede legitimarse por el matrimonio ni aún marchandose de la provincia"⁽⁴⁴⁾. Era necesario también que al matrimonio se acompañase una acta escrita probando que se ha constituido una dote a fin de quedar bien establecido que se trata de *justae nuptiae*; esta legitimación produce efectos completos, pues el hijo entra como agnado en la familia civil del padre.

2. La oblación a la Curia --*per oblatiorem curiae*--, esta manera de legitimar fue creada por Teodosio II y Valentino III, quienes con la intención de repoblar las curias a las que incumbía el gravamen de garantizar los impuestos; se permitía al padre que tuviese un hijo natural legitimarle ofreciéndole en la curia de su villa natal si era varón y si era mujer casandola con un decurión; "las curias formaban en las villas municipales una especie de nobleza análoga a los senadores de Roma"⁽⁴⁵⁾, los decuriones o miembros de las curias, estaban encargados de la recaudación de los impuestos respondiendo de sus bienes, y por eso los emperadores buscaban por todos los medios favorecer su reclutamiento, de esta forma ofrecía al padre la autoridad paterna sobre el hijo natural que ingresaba a la curia. Este procedimiento de legitimación sólo tiene efectos restringidos, el hijo cae bajo la autoridad paterna, haciéndose el agnado de su padre, sin extenderse a la familia paterna, es decir, no entra a la familia civil, ni tampoco es el agnado de los agnados del padre.

3. El rescripto del príncipe --*per rescriptum principis*-- o bien como dice Margadant *rescripto del emperador*, que operaba para los casos en que el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable; el emperador solo autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos, al respecto E. Petit nos dice que en la época de Justiniano para el caso de que estando muerta la madre, ausente o casada con otro, el padre podía dirigirse al emperador pidiendo la legitimación de sus hijos naturales;

⁽⁴⁴⁾ PETIT. Ob.cit. p. 118

⁽⁴⁵⁾ Op.cit. p.118

"también tenía autorización el padre para solicitar esta legitimación en su testamento, y los hijos de esta manera legitimados después de su muerte se hacían sus herederos"⁽⁴⁶⁾. Este tipo de legitimación producía efectos completos; y en cuanto a los hijos espúreos --*spurii*-- no tenían jurídicamente un padre, ni era posible su legitimación, en cambio la madre es siempre cierta y conocida, teniendo la obligación de dar alimentos a los hijos.

- c) La adopción por este procedimiento el *paterfamilias* adquiría la patria potestad sobre el *filius familias* de otro ciudadano romano, éste debía otorgar su consentimiento para ello, la adopción hace que el adoptado sea considerado como hijo legítimo del *paterfamilias*, "es una institución de derecho civil cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que eran las *justae nuptiae* entre el hijo y el jefe de familia"⁽⁴⁷⁾, de esta manera hace caer bajo la autoridad paterna e introduce en la familia civil a personas que no tienen por lo regular ningún lazo de parentesco natural con el jefe; existía en Roma dos clases de adopción, la primera de ellas era la de una persona *sui iuris* que es la adrogación y la otra es la adopción de una persona *alieni iuris*, que es la adopción propiamente dicha. En el derecho clásico el adoptado sale de la familia civil perdiendo sus antiguos derechos de agnación para conservar únicamente la calidad de cognado, aunque entrando en la familia civil del padre adoptivo adquiere éste sobre aquel la autoridad paterna.
- d) La *adrogatio*, esta figura permitía que un *paterfamilias* adquiriera la patria potestad sobre otro *paterfamilias*, por ejemplo su propio hijo natural, en cuyo caso la *adrogatio* servía como sustituto del moderno reconocimiento; en la Roma republicana se exigía para esta institución la aprobación de los *comicios* --por *curias*-- con intervención sacerdotal; cuando los *comicios* cayeron en desuso se exigió el consentimiento de treinta *lictors*, hasta que Diocleciano decidió que la aprobación personal del emperador era necesaria

(46) PETIT. Ob. cit.

(47) Op. cit. p. 113

para la adrogatio además del consentimiento del adrogante y del adrogado; éste último pasa bajo la autoridad paterna del adrogante y entra como agnado en su familia civil, no siendo más que el cognado de sus antiguos agnados; los descendientes sometidos a su autoridad antes de la adrogación, y la mujer que tenía in manu, siguen también la misma suerte, el adrogado participa desde el momento de la adrogación en el culto privado del adrogante, este cambio en el estado del adrogado lleva consigo una modificación en su nombre, toma el nombre de la gens y el de la familia donde entra.

Concubinatus.- los romanos dan el nombre de "concubinatus a una unión de orden inferior más duradera, y que se distinguía de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas"⁽⁴⁸⁾, fue bajo Augusto cuando el concubinatus recibió su nombre; esta especie de matrimonio parece haber nacido de la desigualdad de condiciones, por ejemplo un ciudadano tomaba para concubina a una mujer poco honrada, indigna de hacerla su esposa; el concubinatus solo estaba permitido entre personas púberas y no parientes en el primer grado prohibido para el matrimonio, no pudiéndose tener más de una concubina y únicamente para el caso de que no existiera matrimonio; en un principio el concubinatus se practicaba entre las personas privadas de connubium, posteriormente se permitió con mujer de cualquier condición pero sin que existiera affectio maritalis; si se trataba de mujer ingenua y de vida honesta se debía declarar expresamente su voluntad de descender a concubina.

En cuanto a los hijos nacidos del concubinatus reciben el nombre de liberi naturales, éstos son agnados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre y nacen sui iuris. Por lo tanto un ciudadano puede elegir dos clases de uniones cuyas consecuencias son distintas, si quiere desarrollar su familia civil contrae las justae nuptiae que le darán hijos bajo su autoridad, pero si quiere dejar fuera de su familia los hijos que le nacieran de la mujer a la cual se unió, entonces toma una concubina; estos hijos no siendo agnados del padre tiene con él al menos un parentesco natural

⁽⁴⁸⁾ PETIT. Ob. cit. p. 110

legalmente cierto; reconocido este lazo natural en el bajo imperio y desde Constantino, designándose como *liberi naturales*, pudiendo el padre legitimarlos y con Justiniano se le dió efectos a esta filiación natural, siendo éstos la obligación de dar alimentos y ciertos derechos de sucesión.

Matrimonio Sine-Connubio.- es el matrimonio que "se celebraba entre dos personas que no tienen, o una de ellas carecía del *connubium*"⁽⁴⁹⁾ por ejemplo entre un ciudadano romano y una peregrina o una latina o entre dos peregrinos; esta unión no tenía nada de ilícita y constituía un matrimonio válido, aunque sin producir los efectos de las *justae nuptiae*. En cuanto a los hijos, eran cognados de la madre y de los parientes maternos, nacían *sui iuris* y casi siempre peregrinos; este matrimonio se podía transformar en *justae nuptiae* y entonces adquiere el padre la autoridad sobre los hijos ya nacidos.

El contubernio.- "se llama así a la unión entre esclavos o entre persona libre y un esclavo"⁽⁵⁰⁾, no produce ningún efecto civil, el hijo sigue la condición de la madre; y durante largo tiempo el derecho no reconoció entre esclavos parentesco, ni aún natural, aunque al principio del imperio admitió una especie de "*cognatio servilis*"⁽⁵¹⁾ entre el padre, la madre y los hijos por una parte y por otra entre hermanos y hermanas; esta *cognatio* tenía por objeto impedir entre estas personas cuando fueran libres por manumisión, matrimonios que hubiesen sido contrarios al derecho natural y a la moral.

Cabe señalar que en el derecho romano no se admite el reconocimiento de hijos ilegítimos, era necesario recurrir a la legitimación en cualquiera de sus formas que eran: el matrimonio subsiguiente de los padres, la oblación a la curia o el rescripto del príncipe.

(49) VENTURA.SILVA. Ob. cit. p. 110

(50) PETIT Ob. cit. p. 112

(51) Op. cit. p. 112

2.2 CODIGO NAPOLEONICO

Siendo el ordenamiento legal que sirvió de modelo codificador en los países de Europa Central y en América Latina incluido México; promulgado el 15 de marzo de 1803, encontramos que en el Libro Primero --de las personas-- su capítulo tercero se titula de los hijos naturales, dividido a su vez en dos secciones, la primera concerniente a la legitimación de los hijos naturales y la segunda al reconocimiento de los mismos.

Me referiré a continuación a la sección primera en donde dicho código señala que los hijos nacidos fuera de matrimonio se legitiman por el subsiguiente matrimonio de sus padres, cuando éstos los hayan reconocido legalmente antes de su matrimonio o si son reconocidos al momento mismo de su celebración, acreditándose el reconocimiento y la legitimación por una acta separada a la del matrimonio.

En cuanto a los hijos adulterinos son legítimados por el subsecuente matrimonio de sus padres, cuando sean reconocidos en el momento de la celebración del matrimonio, pero solamente en los siguientes casos:

- a) Cuando los hijos nacidos "del comercio adulterino"⁽⁵²⁾ de la madre hayan sido desconocidos por el marido de ésta o por sus herederos;
- b) Cuando los hijos nacidos del "comercio adulterino"⁽⁵³⁾ se reputan concebidos en una época en que la madre tenía un domicilio distinto aunque exista el reconocimiento y la legitimación, éstos podían ser anulados si el hijo goza de la posesión de estado de hijo legítimo;

(52) MAZEAUD. Apéndice C.C. frances. Derecho Civil Parte IV. Henri y Leon. Vol. IV. La Partición del Patrimonio de Familia. p. 342

(53) Op. cit. p. 347

c) Los hijos nacidos del "comercio adulterino"⁽⁵⁴⁾ del marido.

De los casos de legitimación antes señalados cabe decir que cuando estos hijos hubiesen sido reconocidos por sus padres o por cada uno de ellos con posterioridad a su matrimonio, este reconocimiento no implicaba legitimación; según el artículo 333 del Código en cita, los hijos legitimados por el subsecuente matrimonio de los padres tienen los mismos derechos que si hubieran nacido de matrimonio.

En cuanto al reconocimiento que constituye la sección segunda referente a los hijos naturales, puedo decir que no tenía lugar en favor de los hijos nacidos de un "comercio adulterino"⁽⁵⁵⁾, salvo con la reserva de los tres casos mencionados anteriormente. Para el caso de que existieran hijos extramatrimoniales nacidos antes del matrimonio actual por parte de uno de los cónyuges con persona distinta del otro cónyuge, podía efectuar el reconocimiento durante el matrimonio actual, pero no podía perjudicar al otro cónyuge, ni a los hijos que tenga con éste nacidos de ese matrimonio; solamente producirá sus efectos después de la disolución del matrimonio, pero con la condición de que no existieran hijos legítimos de ese matrimonio; de lo anterior puedo decir que no se trata de un reconocimiento pleno, o dicho de otra manera puro y simple, que otorgue derechos al hijo reconocido, es un reconocimiento condicionado y relativo, el cual para que se realice y surta sus efectos, deberá llevarse a cabo después de la disolución del matrimonio del reconocedor siempre y cuando no existieran hijos producto del mismo; de esta forma el hijo reconocido no podía reclamar los derechos de hijo legítimo y el reconocimiento podía ser impugnado por cualquiera que tuviera interés en ello.

Por lo que corresponde a la acción de reconocimiento de la paternidad como lo expresa dicho ordenamiento, ésta no era admisible sí:

(54) MAZEAUD. Ob. cit. p. 348

(55) Op. cit. p. 348

1. Se probaba que la madre observaba mala conducta notoria durante el período legal de la concepción;
2. El supuesto padre durante el período legal de la concepción estaba en la imposibilidad física de ser el padre del hijo, ya fuera a causa de alejamiento o por efecto de algún accidente;
3. El supuesto padre prueba por el examen de sangres que no puede ser el padre del hijo.

Esta acción le correspondía al hijo cuando no se había ejercitado la misma durante su minoría de edad por la madre, siendo ésta "la única con calidad para intentarla"⁽⁵⁶⁾ teniendo como plazo para ejercitar tal acción los dos años siguientes al alumbramiento, señalándose el mismo plazo para los casos de concubinato y para aquellos en que el padre haya proporcionado al hijo educación y manutención, pero en estos dos casos el plazo para ejercitar esta acción no empieza a contar a partir del alumbramiento, sino desde el momento en que cesa el concubinato o la participación del supuesto padre en el sostenimiento y en la educación del hijo; para el caso de que el hijo llegue a la mayoría de edad y su madre no haya ejercitado dicha acción éste tiene el plazo de un año para hacerlo.

En relación a la paternidad, ésta era declarada judicialmente para los casos de.

- a) Rapto o violación, cuando se relacionaban con la época de la concepción;
- b) Seducción por medios dolosos, promesa de matrimonio o de esponsales;
- c) Existir un escrito privado, como podía ser una carta, en el cual el presunto padre realice una confesión inequívoca de la paternidad;

⁽⁵⁶⁾ MAZEAUD. Ob. cit. p. 349

- d) Que la madre y el presunto padre hayan vivido en concubinato notorio durante el período de la concepción
- e) Que el presunto padre haya proveído de educación y mantenimiento al hijo en calidad de padre.

La investigación de la maternidad estaba permitida, siendo el hijo que reclame tal acción el que está obligado a probar que él es idénticamente el mismo que el hijo que ella dio a luz; también podrá ejercer dicha acción probando su posesión constante de estado de hijo natural con respecto a la supuesta madre; a falta de esto la prueba de la filiación podrá ser establecida por testigos, si existieran presunciones o indicios graves o un principio de prueba por escrito de acuerdo a lo establecido por el artículo 324 de dicho código, el cual a la letra señalaba que: "El principio de prueba por escrito resulta de los títulos de familia, registros y papeles domésticos del padre o de la madre, de documentos públicos e incluso privados procedentes de una parte empeñada en el desconocimiento o que tuviere interés en él si viviera"⁽³⁷⁾

La investigación tanto de la paternidad como de la maternidad no estaba permitida cuando el hijo hubiera nacido de "un comercio adulterino"⁽³⁸⁾ pudiendo reclamar solamente alimentos, sin que la acción tenga por efecto reclamar la existencia de un vínculo de filiación; esta acción la podía ejercer el hijo durante toda su minoría de edad y al llegar a la mayoría de edad contaba con año para intentarla

Por último señalaba que cuando una filiación quedaba establecida por una sentencia no podía ser reconocida con posterioridad ninguna filiación contraria sin que exista otra sentencia que establezca previamente la inexactitud de la primera

En cuanto a los derechos hereditarios que tenían los hijos extramatrimoniales en el Código Napoleónico, puedo decir que no concedía derechos a los hijos naturales sobre los bienes de sus padres

⁽³⁷⁾ MAZEAUD. Ob. cit. p. 346 y p. 347

⁽³⁸⁾ Op. cit. p. 350.

mueertos, más que cuando hubieren sido reconocidos legalmente; en cuanto a los bienes de los abuelos tanto paternos como maternos, el citado ordenamiento no les concedía derecho hereditario a los hijos naturales sin establecer si tal disposición operaría aunque hubieran sido reconocidos expresamente. El derecho hereditario del hijo natural se fijaba de la siguiente manera:

1. Era por mitad de la porción hereditaria que habría tenido si hubiera sido legítimo, cuando el padre o la madre hayan dejado descendientes legítimos⁽⁵⁹⁾;
2. Era de las tres cuartas partes cuando los padres no dejaran descendientes, sino ascendientes o hermanos o hermanas o descendientes legítimos de hermanos o hermanas;
3. Era de una totalidad, cuando sus padres no dejaran ni descendientes, ni ascendientes, ni hermanos o hermanas, ni descendientes legítimos de hermanos o hermanas.

Para el caso de premuerto el hijo natural, los descendientes de éste podían reclamar los derechos fijados en los tres puntos anteriores; no siendo aplicables tales derechos para los hijos naturales adúlterinos o incestuosos, solo les concede derecho a alimentos, los cuales se regulaban según los recursos del padre o de la madre, el número y "la calidad de herederos legítimos, pero solo podían ser reclamados en caso de que el padre o la madre no les hayan enseñado un arte mecánico"⁽⁶⁰⁾ o cuando uno de ellos no le haya proporcionado alimentos durante su vida pues sin estas condiciones no podrá ejercer ninguna reclamación contra la sucesión.

(59) C.C. FRANCES p. 421 ART. 745.-Los hijos o los descendientes suceden a sus padres, abuelos, sin distinción de sexo, ni primogenitura, y aunque hayan nacido de diferentes matrimonios. Suceden por partes iguales y por cabeza cuando todos son del primer grado y llamados por derecho propio; suceden por estripes cuando todos o algunos son llamados por derecho de representación.

(60) MAZEAD. Ob. cit. p. 424

2.3 LAS SIETE PARTIDAS

La primera distinción que establece este ordenamiento legal en relación a los hijos, es la existencia de hijos legítimos y naturales, los primeros según la partida cuarta son los que nacen de casamiento verdadero según la iglesia y los segundos son los que no nacen de casamiento según la ley, éstos a su vez se subclasifican de la siguiente manera:

- a) Los simplemente naturales, siendo los que nacen de mujer soltera a quien el hombre tiene como amiga viviendo o no con ella "barragana";
- b) Los que nacen de adulterio se les daba el nombre de "fornezinos", este término también se empleaba para los hijos que no eran legítimos aunque nacieran de matrimonio, cuando éste se haya declarado nulo o ilícito, siendo que no podían legitimarse estos hijos, aunque muriera la esposa del hombre que se había casado sin extinguir su primer matrimonio, no haciendo referencia por lo que respecta a la mujer que se encontrara en este supuesto, es decir, que se casara por segunda ocasión y su primer marido muriera;
- c) Los "manzeres" que eran los hijos que tenían las prostitutas;
- d) Los "notos" que eran los nacidos de mujer casada, pero adúltera y que aparentaban ser hijos del marido de ésta, pero que en realidad no lo eran;
- e) Los "spurii", en este ordenamiento legal también encontramos que se aplica el término de spurii a los hijos naturales como en el derecho romano, la diferencia estriba que en el derecho romano era una denominación general para todo hijo no nacido bajo las justas nupcias de sus padres, en las partidas esta denominación se les

daba a los hijos que "nacían de barraganas que los hombres tenían fuera de sus casas y que se dan a otros hombres"⁽⁶¹⁾, es decir, cuando un hombre tenía relaciones extramatrimoniales con mujer distinta de su cónyuge, y ésta mujer a su vez tenía relaciones con otros hombres.

- f) Los "sacrílegos" que eran los engendrados por aquéllos que han hecho profesión religiosa solemne y dentro del plazo en que esta vigente.

Estos hijos naturales no podían tener los honores y beneficios de los hijos legítimos, su condición era inferior a éstos, si llegaban a tener algún honor o dignidades una vez que era descubierto su origen los perdían, no tenían derecho hereditario de sus padres así como ninguno de sus parientes.

En cuanto a la legitimación puedo decir que igualaba la condición del hijo natural con la del nacido de matrimonio, permitiendo al hijo natural recibir todo tipo de honores igual que un hijo legítimo, otorgándole además el derecho a heredar; podía realizarse de tres formas:

- a) Siendo una de ellas la Merced Real que era una gracia que podían conceder ya fuera el emperador, los reyes y los apostólicos; que de cierta manera puede ser equiparada con la rescripto del príncipe como forma de legitimación que se utilizaba en el derecho romano; se llevaba a cabo de la siguiente forma, en el señorío donde vivía el padre que pretende legitimar a su hijo pide merced al emperador, al rey o al señor, existiendo para tal efecto dos jurisdicciones, la temporal y la eclesiástica, la primera de ellas era otorgada por el papa, el hijo que era legitimado por la jurisdicción temporal no podía tener honores eclesiásticos, ni podía ser clérigo sino mediante la legitimación otorgada por el papa, pero de igual manera aunque fuera legitimado por la jurisdicción eclesiástica no podía alcanzar las altas dignidades de

(61) MONTERO DUHALT SARA. Derecho de Familia. Ed. Porrúa. p. 286

los obispados, ni arzobispados; de esta forma aunque se legitimaban a los hijos naturales, éstos estaban en escala inferior a los nacidos de matrimonio.

- b) Otra forma de legitimación consistía en que el padre ofrecía al hijo natural al Servicio de Corte o de Señor, figura similar de legitimar a la Oblación a la Curia en el derecho romano; el hijo para ser legitimado debía tener por madre a una mujer libre, pues si la madre era sierva no procedía esta forma de legitimación, excepto si el padre no tenía otros hijos legítimos.
- c) De igual manera se podía realizar la legitimación por medio de testamento o carta; a través de testamento solo podían legitimarse a los hijos naturales, siempre y cuando el padre no tuviera hijos legítimos, el testamento era mostrado al rey por el padre o por los hijos naturales, los cuales le piden su merced de confirmar y otorgar lo designado en el mismo; en cuanto a la carta ésta podía ser hecha por el propio testador o por escribano público; pudiéndose legitimar al hijo natural por estos medios pero con la salvedad de que no se especificara su condición de hijo como tal, pues en este caso la legitimación no valdría.

Cabe señalar que cuando existían hijos habidos de matrimonio clandestino no eran considerados como legítimos, aunque alegaren estos hijos que sus padres ignoraban el impedimento que había entre ellos, de igual manera ocurría cuando los padres se casaban públicamente sabiendo ambos que existía entre ellos algún impedimento.

2.4 DERECHO CANONICO

Esta legislación fue aplicada paralelamente a las Leyes de Partida en la primera etapa del México Independiente, considerandose como hijos naturales los habidos fuera de matrimonio siempre y cuando los progenitores no tuvieran impedimento para contraer matrimonio, en cuanto a los hijos ilegítimos eran considerados como tales "el hijo que tuvo de adulterio la mujer viviendo el marido, tanto si habitaba con éste, como con el adúltero"⁽⁶²⁾, los denominados espureos eran aquellos a cuyos padres les estaba vedado el uso del matrimonio ya sea por haber hecho profesión religiosa solemne o por haber recibido ordenes sagradas o por que existiera un matrimonio anterior que no hubiese sido disuelto; se denominaban hijos adulterinos aquéllos que proventan de unión extramatrimonial en la que alguno de los progenitores o ambos estaban unidos en matrimonio con persona distinta a aquella con la que engendro al hijo; eran sacrílegos los hijos engendrados por padres que han hecho profesión religiosa solemne y dentro del plazo en que dicha profesión estaba vigente, de igual manera eran considerados sacrílegos los hijos engendrados por padres que hubieran recibido ordenes sagradas; eran incestuosos los hijos de personas entre las que existía un lazo de parentesco de consanguinidad o de afinidad en grado prohibido por la ley para contraer matrimonio y los habidos entre personas emparentadas por parentesco espiritual como podría ser un padrino y una ahijada.

Así mismo eran considerados como ilegítimos los hijos nacidos de matrimonio celebrado contra justicia pública y los que nacidos de matrimonio inválido no putativo, quedando excluidos estos hijos de la herencia de sus padres, no podían llegar a ser Cárdenales, Obispos, Abades o Prelados Nullius, solamente se les podía admitir en el noviciado; en cuanto a los hijos de clérigos que no sean nacidos de legítimo matrimonio, no pueden obtener beneficio alguno en las iglesias, ni pueden obtener pensiones sobre los beneficios de sus padres;

(62) MONTERO DUHALT. Ob. cit. p. 290

el papa podía legitimar libremente los hijos ilegítimos en los dominios de la iglesia, pero no podía hacerlo en tierras ajenas.

Para el derecho canónico el matrimonio es antes y por sobre todo el único medio de fundar la familia, siendo deshonroso todo tipo de unión extramatrimonial, calificando de ilegítimos los hijos que nazcan de éstas uniones, hijo ilegítimo que por el hecho de su nacimiento ha quedado fuera de la familia, y como la institución familiar se basaba en el matrimonio, los hijos concebidos fuera del matrimonio estaban fuera de la familia por lo tanto el hijo natural no tiene derecho al estatuto familiar.

La legitimación por subsecuente matrimonio suponía que los hijos que por ella son legitimados fueran habidos por sus padres antes de la celebración del matrimonio; para que proceda esta legitimación se requiere que los padres en el tiempo de la concepción no les estuviere impedido el matrimonio que no sean hijos adulterinos o sacrílegos siempre y cuando tengan hijos nacidos o en estado de gestación.

2.5 CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870.

El Código de 1870 regula la legitimación que únicamente se concede a favor de los hijos naturales --cuando no existe algún impedimento entre los padres para contraer matrimonio-- y sólo por subsiguiente matrimonio, si éste se anulaba la legitimación subsiste si había buena fe al contraer el matrimonio ; el reconocimiento del hijo natural era necesario para la legitimación, por que de esta manera descansaba la legitimación en la confesión de los padres sobre el hijo reconocido.

Este código se mostraba rígido con los hijos extramatrimoniales no naturales, es decir con los adulterinos o incestuosos, que hace que aunque hayan sido previamente reconocidos, ocultando su calidad de hijo adulterino o incestuoso, perdían sus derechos adquiridos una vez que era declarada su calidad por sentencia señalando que "cuando una sentencia pronunciada en distinto juicio, resulte que el hijo que ha sido reconocido procede de una unión adulterina o incestuosa; es indispensable que pierda sus derechos adquiridos y en consecuencia, sólo tendrá los que la ley concede a los espureos"⁽⁶³⁾, es decir, solamente tenían derecho a recibir alimentos.

En este cuerpo legal tienen derecho hereditario los ascendientes, los hijos legítimos, los naturales y los espureos, debiendo percibir el total de la herencia si no hay individuos más que de una clase o una parte alcuota si concurren varias clases; aparentemente se les daba a los hijos naturales el derecho sucesorio pero la desigualdad de esas partes fue calculada con el objeto de que como eran preferidos los hijos legítimos "cuyos derechos son más sagrados y por consiguiente más dignos de vigilancia de la ley"⁽⁶⁴⁾ de esta manera cuando solo hay hijos legítimos la herencia es de cuatro quintas partes, cuando solo hay

(63) MONTERO DUHALT. Ob. cit. p. 293

(64) Op. cit. p. 294

naturales de dos terceras partes y de una mitad cuando hay solo espureos; de esta manera existía una disminución sobre la porción de los hijos naturales y la de los espureos cuando concurren con los hijos legítimos, resultando que los hijos espureos tenían solamente una parte alícuota concurriendo con naturales o ascendientes, y solo alimentos cuando concurren con legítimos por que no era posible "menoscabar su cuota sin ofender la moral"⁽⁶⁵⁾.

La investigación de la paternidad se prohibió totalmente con las excepciones de que el hijo fuera producto de los delitos de rapto y violación o el de hallarse el hijo en posesión de estado.

(65) MONTETO DUHALT. Ob. cit. p. 294

2.6 CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1884.

Al ser casi una copia del código de 1870, no tuvo muchas modificaciones en lo que se refiere a los hijos extramatrimoniales, lo que puedo hacer mención, es en relación a su artículo 100 en el cual señalaba que la designación de los hijos espureos, se hará en el acta de nacimiento, y que se tendrán por designados para los efectos legales, aquellos cuyo padre o cuya madre hayan hecho constar su nombre en la forma debida, constando de esta manera los derechos que tenían con su calidad de hijos espureos, siendo estos heredar en vía legítima, pero claro en condiciones de inferioridad con respecto a los hijos naturales y desde luego con respecto a los legítimos.

Este código al igual que el de 1870 contempla de la misma manera los derechos de los hijos reconocidos según el artículo 356 del código en cita el cual señalaba que "el hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:

- I. a llevar el apellido del que lo reconoce;
- II. a ser alimentado por éste;
- III. a percibir la porción hereditaria que le señale la ley en caso de intestado, y la pensión alimenticia que establece el artículo 324⁽⁶⁶⁾.

Otra diferencia que puedo señalar en este ordenamiento legal es que los hijos espureos también pueden ser reconocidos por testamento.

(66) MONTERO DUHALT. Ob. cit. p. 295

2.7 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Expedida el 9 de abril de 1917 borró la distinción entre los hijos naturales e hijos espureos -- adulterinos y los incestuosos-- pero en forma contraria dispuso que los hijos naturales solo tenían derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido y omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, derechos que ya les otorgaban los códigos civiles de 1870 y 1884.

Así mismo concedió la acción de investigación de la paternidad no sólo en los casos de raptó o violación, que ya establecía la legislación anterior, sino también cuando existiera la posesión de estado de hijo natural y se tuviera al lado de otras pruebas un principio de prueba por escrito. Al respecto señala el artículo 197 de dicho ordenamiento que "El hijo que esta en posesión de estado de hijo natural de un hombre o de una mujer podrá obtener el reconocimiento de aquél o ésta, o de ambos siempre que la persona cuya paternidad o maternidad se reclame nó este ligada con vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento, salvo el caso en que el padre y la madre se hayan casado y el hijo quiera que lo reconozcan para quedar legitimado"⁽⁶⁷⁾ y el 211 que "En los casos de raptó o violación cuando la época del delito coincida con la concepción podrán los tribunales a instancia de las partes interesadas declarar la paternidad"⁽⁶⁸⁾.

En la exposición de motivos de la citada ley se declaró que se facilitaba el reconocimiento de los hijos y se aumentaban los casos especiales en que pueda promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor a fin de darles una posición definida en la sociedad, evitando a la vez el fomentar las

(67) LEY DE RELACIONES FAMILIARES. Autor corporativo: México, Leyes y Decretos. Anotada por el Notario Lic. Manuel Andrade. Ed. Información Aduanera de México. p. 45

(68) Op. cit. p. 46

uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar.

En la ley en referencia también se contempla la existencia de la legitimación para todos los hijos habidos fuera de matrimonio, siendo el medio de legitimación el matrimonio subsecuente de los padres, aunque éste se haya declarado nulo legitima a los hijos si uno de los cónyuges por lo menos tuvo buena fe al tiempo de celebrarlo; para poder legitimar a un hijo natural, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, o en la celebración del mismo, o durante él, haciendo el reconocimiento ambos padres, conjunta o separadamente: para el caso de que si el hijo fue reconocido por el padre antes del matrimonio y consta el nombre de la madre en el acta de nacimiento, no se necesita de un reconocimiento expreso por parte de ésta para que la legitimación por subsecuente matrimonio surta sus efectos, lo mismo sucede si también se expreso el nombre del padre en el acta de nacimiento. Los hijos legitimados tienen los mismos derechos que los legítimos, adquiriéndolos desde el día en que se celebrou el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento sea posterior.

En esta ley se sigue empleando el término de hijos naturales a los nacidos fuera de matrimonio tal y como lo dispone el artículo 186 de la ley en cita, en cuanto al reconocimiento de los mismos nos dice que es el medio que la ley otorga para comprobar las relaciones de parentesco entre los padres y los hijos habidos fuera de matrimonio, el artículo 190 nos dice que "Toda persona mayor de edad puede reconocer a sus hijos naturales; puede también reconocerlos un menor si tiene más de la edad requerida para contraer matrimonio"⁽⁶⁹⁾.

En cuanto a los modos de hacer el reconocimiento los señalados en esta ley son los mismos que establece el código civil vigente, es decir, por la partida de nacimiento, por acta especial, ambas ante el Juez del registro civil, por escritura pública, por testamento, y por confesión judicial directa y expresada, siendo esta la única diferencia, ya que en el

(69) Op. cit. p. 44

texto del Código Civil vigente en su artículo 369 fracción quinta dice por confesión judicial directa y expresa, pero no es en realidad una diferencia de fondo, sino solamente literal, por que de una u otra forma expresan el mismo sentido, para los casos de reconocimiento por escritura pública, por testamento y por confesión judicial, éste no surtirá sus efectos sino hasta que se levante el acta respectiva ante el Juez del Registro Civil.

El artículo 209 de la ley en cuestión, nos señala que el reconocimiento hecho por un menor de edad puede ser revocable si se prueba que sufrió engaño al hacerlo, a diferencia de el código civil vigente que habla de una anulabilidad del reconocimiento, para tal caso el término para ejercer su revocación o anulabilidad del reconocimiento es el mismo para ambos ordenamientos, siendo el de cuatro años después de que cumpla la mayoría de edad el menor que reconoció a un hijo.

En su artículo 210 solamente concede al hijo reconocido el derecho a llevar el apellido del que efectúa el reconocimiento; el código civil vigente según el artículo 389 concede al hijo reconocido "por el padre, por la madre o por ambos: el derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca, a ser alimentado por las personas que lo reconozcan, y a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley".

2.8 CODIGO CIVIL DEL 30 DE AGOSTO DE 1928

Este ordenamiento legal continuó substancialmente los lineamientos de la Ley sobre relaciones familiares con algunas variaciones, otorgando de manera expresa a toda clase de hijos "naturales" --como anteriormente se les designaba-- sin distinción alguna, no solo el derecho al apellido, sino también el derecho a los alimentos y el derecho a heredar en relación con el progenitor que lo había reconocido, derechos que les habían negado en la Ley sobre relaciones familiares.

Así mismo añadió a los casos de acción de investigación de la paternidad, los siguientes: "cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre; cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre viviendo maritalmente; y cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre" (art. 382).

Con respecto a la posesión de estado para los efectos de investigación de la paternidad se justificará demostrando por los medios de prueba ordinarios que el hijo ha sido tratado como hijo del presunto padre (art. 384); el hijo nacido de un concubinato puede dar lugar a la investigación de la paternidad, de conformidad a lo dispuesto por la fracción tercera del artículo 382 del Código Civil, siempre que el nacimiento ocurriera después de los 180 días de iniciado éste y dentro de los trescientos días de haber cesado la vida en común (art. 383).

Borrándose de esta manera la diferencia entre los hijos legítimos y los naturales, quedando en el código sustantivo civil la denominación de hijos nacidos de matrimonio o nacidos fuera del matrimonio, procurando que unos y otros tuvieran los mismos derechos "pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres"⁽⁷⁰⁾.

⁽⁷⁰⁾ SANCHEZ MEDAL RAMON. Los grandes cambios en el derecho de familia en México. Ed. Porrúa. Primera Edición. p. 39

2.8.1 REFORMAS DE 1975 AL CODIGO CIVIL

Cabe mencionar las reformas que hubo en 1975 en relación al tema en cuestión siendo reformado el artículo 372 del Código Civil de 1928 que a la letra decía "La mujer casada podrá reconocer sin el consentimiento del marido a su hijo habido antes de su matrimonio; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con el consentimiento expreso del esposo"⁽⁷¹⁾ quedando reformado de la siguiente manera "El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste".

En cuanto al artículo 373 fue derogado el cual prevenía que "El marido podrá reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio o durante éste; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con el consentimiento expreso de la esposa"⁽⁷²⁾.

(71) SANCHEZ MEDAL. Ob. cit. p. 80, 81

(72) Op. cit. p. 81

CAPITULO TERCERO

3. RECONOCIMIENTO DE HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO

3.1 CONCEPTO DE RECONOCIMIENTO

Como primer forma de establecer la filiación extramatrimonial tenemos el reconocimiento voluntario, por el cual una persona manifiesta ser padre o madre de otra, declaración que puede realizarse conjunta o separadamente, pudiendo decir que el reconocimiento "es un acto jurídico unilateral, solemne e irrevocable, por virtud del cual se asumen por aquel que reconoce y en favor del reconocido todos los deberes, derechos y obligaciones que atribuye la relación paterno filial, y al reconocido se le incorpora a la relación jurídica paterno-filial"⁽⁷³⁾.

El reconocimiento presume el nexo biológico que existe entre reconocido y reconocedor, por el cual se genera la relación de filiación con sus respectivas consecuencias jurídicas por lo tanto el reconocimiento pudiera entenderse como una presunción de que existe un vínculo biológico y éste solo significa su proclamación oficial; la falta de coincidencia con la realidad biológica es ciertamente motivo de impugnación o anulación, pero hasta que no sea impugnado o anulado produce sus efectos, siendo el reconocimiento "la única prueba extrajudicial de la filiación natural"⁽⁷⁴⁾. "El reconocimiento es un acto unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen por aquel que reconoce y en favor del reconocido todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación"⁽⁷⁵⁾.

"Es el acto jurídico unilateral y solemne de admitir la propia paternidad (o maternidad) al que la ley atribuye el efecto de determinación legal de la filiación"⁽⁷⁶⁾. "El reconocimiento es un acto

(73) CHAVEZ ASENCIO. Ob. cit. p. 140

(74) MAZEAUD HENRI Y LEON. Ob. cit. p. 405

(75) ROJINA VILLEGAS. Ob. cit. p. 729

(76) PEÑA DE QUIROS. Ob. cit. p. 427

singular de proyección restringida a los sujetos progenitor e hijo. De ahí se desprende que el hijo natural no entra por el hecho del reconocimiento en la familia del padre o madre que lo reconoce⁽⁷⁷⁾; definición con la cual no estoy totalmente de acuerdo puesto que al decir el autor que es un acontecimiento de proyección restringida a los sujetos progenitor e hijo estaríamos en contra de que el reconocimiento es un acto que produce efectos erga omnes, el reconocimiento es un acto constitutivo, es el medio de prueba de la filiación extramatrimonial por lo que es una declaración oponible a todos, y una vez que esta filiación quede establecida no podrá ser reconocido con posterioridad el hijo por otra persona, a no ser que exista una sentencia que declare la inexactitud de la misma; lo que puedo pensar que el autor nos quiso decir que es restringida en cuanto a que el reconocimiento es un acto personalísimo, en el cual, la relación jurídica paterno-filial se da en relación al reconocido y al reconocedor, es decir, que para el caso de que se diera un reconocimiento conjunto --padre y madre-- en el mismo acto sus efectos son individuales para cada reconocedor en relación al hijo reconocido.

"El reconocimiento es un acto jurídico familiar que tiene por fin inmediato afirmar la paternidad o maternidad y que debe resultar de un instrumento --público o privado-- oponible al autor"⁽⁷⁸⁾. En nuestro derecho solamente puede hacerse en un documento público y no en privado, éste puede servir de indicio para la iniciación de un juicio de investigación de la paternidad o maternidad, pero no para realizar un reconocimiento.

"El reconocimiento es ante todo la manifestación solemne que de determinada paternidad hace una persona a fin de que los deberes y potestades que le impone el derecho natural tenga su total reflejo jurídico"⁽⁷⁹⁾. "Es el principal medio para determinar la filiación no matrimonial y consiste en la manifestación del hecho de la paternidad o maternidad biológica realizada por el progenitor que permite establecer el estado civil del hijo"⁽⁸⁰⁾. "Deber jurídico impuesto por la ley como

(77) FUEYO LANERI. Ob.cit. p. 479

(78) ZANNONI. Ob. cit. p. 330

(79) REVERTE NAVARRO ANTONIO. Intervención judicial en las situaciones familiares (notas al Código Civil) Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia. p. 114

(80) PUTG BRUTAU. Ob.cit. p.133

efecto de un resultado biológico y para proteger y amparar a los hijos, justamente a los ilegítimos, cuyos padres son remisos a su 'deber moral' o 'deber de conciencia' de establecer las relaciones juridico-familiares"⁽⁸¹⁾ estoy de acuerdo que el progenitor tiene el deber moral de reconocer a sus hijos, pero desafortunadamente en nuestro derecho parece que no existe esa obligación jurídica para hacerlo, puesto que si analizamos el artículo 60 del C.C. dicha obligación solamente se le impone a la madre la cual "no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo" y en cuanto al padre señala que "para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre del padre de un hijo fuera de matrimonio, es necesario que aquél lo pida por sí o por apoderado especial" dejando de esta manera que quede totalmente a voluntad del padre reconocer o no a un hijo suyo.

De las definiciones antes citadas puedo señalar como características del reconocimiento las siguientes:

a) Es un acto solemne, puesto que solo se puede llevar a cabo por uno de los modos señalados en la ley (art. 369 C.C.);

b) Es un acto unilateral, siendo que se requiere de la manifestación expresa de la voluntad de quien se dice ser el padre o la madre del hijo;

c) Es un acto declarativo de la filiación biológica;

d) Es un acto personalísimo siendo que nadie más que el padre o la madre pueden decidir el reconocimiento;

e) Por virtud del reconocimiento el que reconoce asume todos los derechos y obligaciones que la ley impone al padre o a la madre en relación al hijo.

El hecho de que sea un acto jurídico el reconocimiento, generalmente no es aceptado por la doctrina, porque dice esta que en verdad el reconocimiento no crea los derechos y obligaciones sino que es el vínculo sanguíneo el que los crea, pero con esto, no debemos olvidar que puede existir un reconocimiento sin que en verdad exista el vínculo consanguíneo, ya que la ley no exige previamente al reconocimiento que el presunto padre o la presunta madre, prueben ya sea la paternidad o la maternidad respectivamente.

(81) FUEYO. LANERI. Ob.cit. p. 439

Es el acto jurídico por virtud del cual la voluntad de su autor crea una situación que antes no existía, pero para el reconocimiento se afirma que no es la voluntad del padre o de la madre la que crea las obligaciones sino que estas las impone la ley por virtud del vínculo consanguíneo. De tal manera que el reconocimiento solo es el medio de prueba, no un acto creador de derechos y obligaciones.

Respecto del padre lo fundamental es que declare ser tal y éste si es un acto exclusivamente libre; de su voluntad dependerá ser o no considerado como padre y en este aspecto el reconocimiento si es un acto jurídico, por que su voluntad es creadora de las obligaciones y de los derechos consiguientes, que el reconocimiento atribuye.

Dejaría de ser un acto jurídico y sería un simple medio de prueba, si la ley exigiese que el reconocimiento sólo pudiera llevarse a cabo después de aportar elementos de convicción para que aquel que reconozca demostrara la paternidad o la maternidad. Entonces el reconocimiento sería solo una confesión que es el medio de prueba y no el acto jurídico creador de derechos y obligaciones.

Por lo tanto el reconocimiento si es un verdadero acto jurídico, que fundamentalmente los derechos y obligaciones se imponen por que la ley en virtud de la declaración de voluntad aceptando ser el padre o la madre e independientemente de que exista o no el vínculo consanguíneo.

El reconocimiento no debe ser considerado sólo una confesión expresa de paternidad o maternidad habrá de responder a la relación biológica que se declara --salvo prueba en contrario--, manifestando que el reconocido es hijo, si no que el derecho toma en cuenta esa declaración de voluntad que se lleva con la intención de producir las consecuencias de derecho consistentes en crear las obligaciones paterno-filiales con los derechos correspondientes, y de constituir el estado jurídico de filiación natural como indiscutible, aún cuando no existiera la relación biológica de la consanguinidad.

Cabe hacer mención que en la legislación chilena existen dos tipos de reconocimientos voluntarios, uno de ellos, es por declaración solemne y calificada, los instrumentos en que puede vaciarse el reconocimiento antes citado, pueden ser únicamente la escritura pública, el acta de nacimiento de quien recibe el beneficio y el

testamento; el padre, la madre o ambos han de reconocer como hijo propio a una determinada persona, esto es, reconocer un hecho determinado que es la maternidad o la paternidad, por ello la ley fija determinadas formas explícitas y solemnes que conforme a ellas es posible hacer tal declaración, no exigiéndose un instrumento exclusivamente destinado al reconocimiento, en el mismo documento pueden constar otras declaraciones o disposiciones; pero tal reconocimiento no debe ser una declaración o enunciación accidental sino que el padre o la madre que reconoce debe expresar "su voluntad formal de conferir a los hijos respectivos los derechos de hijo natural"⁽⁸²⁾

El otro tipo de reconocimiento voluntario es por simple consignación del nombre en la inscripción de nacimiento, a petición del padre o madre --declaración de paternidad o maternidad-- en circunstancias determinadas, esta declaración no requiere ser solemne y se limita al hecho de la paternidad o maternidad, siendo suficiente la consignación del nombre del padre o de la madre, a petición de ellos en la inscripción; por simple declaración ante el Juez previa citación --citación al padre a que reconozca a su hijo como natural--, en esta forma de reconocimiento actúa la voluntad del padre, pero esta limitada al hecho de la paternidad que se le atribuye al mismo; el padre es citado por el hijo para que acuda ante la presencia judicial para confesar la paternidad bajo juramento, no pudiendo ejercer este derecho por más de una vez con relación a la misma persona y el empleo de esta acción no excluye la posibilidad de iniciar posteriormente una investigación de la paternidad.

En la legislación Argentina también existen dos tipos de reconocimientos:

1.- El reconocimiento constitutivo del emplazamiento que "es el acto jurídico familiar que conteniendo una afirmación de paternidad o maternidad respecto de determinada persona, emplaza a ésta en el estado de hijo y correlativamente a quien afirma la paternidad o maternidad en el estado de padre o madre de ese hijo"⁽⁸³⁾ se trata del reconocimiento que otorga título de estado en sentido sustancial y también formal, de modo que en virtud de ese reconocimiento, se

⁽⁸²⁾ FUEYO LANERI. Ob. cit. p. 450

⁽⁸³⁾ ZANNONI. Ob. cit. p. 326

perfecciona el estado paterno-filial, con los caracteres propios que le son inherentes, siendo este tipo de reconocimiento el que se realiza ante el oficial del registro civil en el momento de denunciarse el nacimiento o con posterioridad cuando se reconoce la paternidad o maternidad de una persona cuyo nacimiento ya fue inscrito.

2.- El otro tipo de reconocimiento es como presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento; se entiende por tal "la manifestación expresa de la voluntad no constitutiva de título de estado por el que alguien se atribuye la paternidad o maternidad de determinada persona y que permite requerir del oficial público del registro civil o judicial en su caso, la constitución del título de estado"⁽⁸⁴⁾, este tipo de reconocimiento es el efectuado por instrumento público o privado debidamente reconocido o en disposiciones testamentarias.

3.2 NATURALEZA JURIDICA

La naturaleza jurídica del reconocimiento es objeto de controversia, es compleja y puede difícilmente ser definida, varias son las teorías sostenidas por diferentes autores, las cuales exponen razones distintas y cada una de ellas se enfoca a aspectos particulares del reconocimiento para exponer la naturaleza del mismo, las teorías que explican la naturaleza jurídica del reconocimiento son las siguientes:

3.2.1 La Teoría de la Confesión

Los autores que opinan en este sentido, consideran al reconocimiento como un medio de prueba destinado a comprobar un hecho, la procreación, refiriéndose a un hecho pasado, con origen en la concepción y que hace declarar al que reconoce una relación de consanguinidad con determinado sujeto; argumentan que no es un acto jurídico, por que estiman que no crea derechos y obligaciones, sino que es el vínculo consanguíneo el que los crea, por lo tanto el

⁽⁸⁴⁾ ZANNONI, Ob. cit. p. 327

reconocimiento es una confesión de la filiación existente entre padre --madre-- e hijo.

Esta confesión puede ser judicial o extrajudicial para quedar establecido que el que reconoce engendró al reconocido, afirmando que tiene la convicción, la certeza o la creencia de que es el progenitor, al hablar de esta convicción es en relación al padre puesto que es en realidad una actitud subjetiva, siendo que solo podrá tener una creencia --creencia que puede llegar a ser relativa certeza o absoluta seguridad y en su caso, de duda o de conflicto, o bien una simple probabilidad-- respecto de haber engendrado al hijo, dependiendo de las circunstancias para cada caso concreto.

Al respecto Planiol --citado por Rojina Villegas-- dice: "que el reconocimiento de un hijo natural no produce efectos pues no es un acto en el sentido de operación o de *negatium* producir consecuencias jurídicas, sino que es un medio de prueba --una confesión--, destinado a constatar el hecho de la filiación de un hijo, que es lo que, cuando esta debidamente probado, produce los efectos jurídicos"⁽⁸⁵⁾.

Estos autores se refieren a la confesión en su lenguaje común --sentido sustancial--, el que reconoce a un hijo confiesa su paternidad puesto que no podría entenderse como confesión en su sentido procesal, por este motivo otros autores refutan esta teoría diciendo que la confesión recae sobre un hecho, simple y personal del autor, y el reconocimiento recae sobre un hecho complejo, la procreación, la cual requiere necesariamente el concurso de dos personas; la confesión como medio de prueba implica que los hechos sobre los cuales versan sean perjudiciales para el confesante, en cambio el reconocimiento no solo puede hablar de que perjudique a su autor, sino que es un acto que importa asumir las obligaciones y adquirir los derechos que corresponden a un padre; el confesante tiene un conocimiento personal y directo del hecho confesado, sin embargo el padre puede confesar la existencia de relaciones sexuales con la madre del hijo reconocido, y calcular o presumir la paternidad, emitiendo solamente un juicio o una apreciación de que tal hijo habido de determinada mujer es hijo suyo, lo que confiesa es una convicción íntima que le asiste en base a determinados antecedentes que le constan.

(85) ROJINA VILLEGAS. Ob.cit. p. 733

Además que la confesión es un medio de prueba y no tiene validez como tal fuera del proceso, en cambio el reconocimiento es algo más que un medio de prueba y produce efectos independientemente del proceso "el reconocimiento es algo más que un medio de prueba y produce efectos no sólo entre las partes, sino también respecto de terceros"⁽⁸⁶⁾ y una vez que el reconocimiento se ha hecho con todos los requisitos legales, se producen efectos tanto en favor como en contra de quien lo hace y por lo tanto no puede ser una simple confesión que sólo se tomaría en cuenta en lo que perjudicase a quien reconoce, es decir, solo para imponerle las obligaciones y no para concederle derechos.

Cabe mencionar que si el reconocimiento fuera exclusivamente un medio de prueba, que se lleve a cabo ante un juez y bajo protesta de decir verdad, solo habría un modo especial de reconocimiento, es cierto que el Código Civil en su artículo 369 fracción V, señala como modo de reconocimiento la confesión judicial directa y expresa; pero también señala que el reconocimiento se puede llevar a cabo mediante escritura pública, testamento, acta de nacimiento y acta especial ante el Juez de Registro Civil; resulta por lo tanto que la teoría del reconocimiento confesión no es exacta, pues de serlo estas formas de reconocimiento no existirían, además que en materia de reconocimiento no se puede admitir de ninguna manera la confesión ficta.

3.2.2 Teoría del Reconocimiento Admisión

Esta teoría supone que quien reconoce quiere admitir y admite que el reconocido es su hijo, para constituir la relación jurídica de filiación y convertir una simple relación biológica de procreación en una relación jurídica, es decir, para conferir un estado de filiación "status filii" al reconocido y para atribuirse a su vez un estado que antes no se tenía el de ser padre o madre, implicando la creación de una verdadera situación jurídica permanente entre el reconocedor y el reconocido vinculando entre estos dos sujetos consecuencias de derecho.

En esta teoría ya no hay un simple medio de prueba, ya que existe un verdadero acto jurídico por cuanto que hay en su autor la intención

⁽⁸⁶⁾ BORDA GUILLERMO A. Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Familia. Sexta Edición. Buenos Aires. Editorial Perrot. p. 29

de crear efectos de derecho al afirmar que ha engendrado a determinado hijo, transformando la simple relación biológica en una relación jurídica cierta, y en un estado jurídico que va a originar múltiples consecuencias de derecho.

Al respecto Peña Bernaldo de Quiros expone que el reconocimiento es un acto jurídico de admisión, lo considera como un acto jurídico por que es un acontecimiento causado por la voluntad que produce efectos jurídicos, señalando que la doctrina discute si el reconocimiento es un acto--confesión, o un acto--admisión y si la admisión es de hechos o si por sí mismo constituye la relación jurídica de filiación. Consistiendo la confesión en un acto jurídico --por tanto, también causado volitivamente-- "que tiene por contenido una declaración de ciencia sobre un hecho personal y que tiene como efecto hacer prueba contra su autor"⁽⁸⁷⁾, la admisión consiste en cambio "en un acto jurídico que tiene como contenido una decisión de voluntad y puede delimitar una posible controversia sobre los hechos en que se finca determinada pretensión o bien versar sobre la existencia y alcance de una relación jurídica"⁽⁸⁸⁾.

La realidad de la paternidad no es un hecho personal del confesante; el autor del reconocimiento solo puede tener evidencia de la posibilidad de ser él el padre, pero no de la realidad de serlo, actuando la voluntad de reconocer y la decisión de admitir la propia paternidad; por medio del reconocimiento no se constituye la relación jurídica de la filiación, los efectos se producen por el hecho de la filiación y del reconocimiento solo surgen los efectos propios de un título de determinación legal de la filiación.

Otros autores refutan esta teoría señalando que no es exacta, puesto que a pesar de que el reconocimiento como una admisión depende de la voluntad de quien reconoce, éste es impugnabile, un reconocimiento no crea una situación jurídica que quede ya definitivamente establecida, el hijo puede impugnar el reconocimiento, los herederos pueden hacerlo también en tanto perjudique sus derechos hereditarios, o bien por la madre, resulta entonces que no será un acto absolutamente declarativo que no pueda ser impugnado, si no por el

(87) PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Ob. cit. p.427

(88) Op.cit. p.428

contrario es susceptible de serlo, es decir esta teoría es cierta en tanto que no se impugne el reconocimiento.

3.2.3 Teoría del Reconocimiento como Acto de Poder Familiar

El principal exponente de esta teoría es Cicu, el cual dice que el reconocimiento es un acto de poder familiar, la ley atribuye a la voluntad del progenitor el poder de crear el estado legal de filiación, no es un negocio privado "es algo más que una simple prueba, por que atribuye al mismo el efecto de investir al reconocido el estado de hijo natural"⁽⁸⁹⁾, es un acto que la ley otorga al padre o a la madre, por considerarlos como órganos de la familia, capacitados para exteriorizar la voluntad.

La ley considera al hijo como investido del estado de hijo natural por el solo efecto del reconocimiento; por consiguiente se atribuye a la voluntad del progenitor el poder de crear un estado legalmente de filiación que coloca al reconocimiento como título de estado; además esta teoría argumenta que en el derecho familiar hay una situación semejante a la que se presenta en el estado, por que hay relaciones de supraordenación y subordinación y por ella no se debe considerar al derecho de familia como parte del derecho privado, si no que es un puente entre el derecho público y el derecho privado, afirma que el derecho de familia prevalece el carácter de derecho público ya que regula verdaderos poderes familiares argumentando que es un "deber-función o un poder-deber"⁽⁹⁰⁾ en que tiene el padre al reconocer al hijo, que así se le atribuye autoridad al padre, se le impone la obligación de reconocer al hijo, no siendo un poder discrecional que dependerá del arbitrio de quien reconoce, sino una función que la naturaleza impone y que el derecho admite.

Al respecto Albaladejo García -citado por Borda- hace notar como entre el negocio jurídico típico y el acto de poder que implica el reconocimiento existen diferencias sustanciales:

a) el reconocimiento no contiene necesariamente una voluntad negocial, si no simplemente una afirmación de paternidad;

(89) CICU -citado por CHAVEZ ASENCIO- Ob. cit. p. 144

(90) ROJINA VILLEGAS. Ob. cit. p. 739

b) "los efectos del reconocimiento se producen ex lege y no ex voluntate"⁽⁹¹⁾, siendo el reconocimiento para este autor un acto de poder familiar, que es a la vez un deber moral cuyo efecto es convertir la filiación biológica en jurídica, es decir, constituir el estado de filiación.

Esta teoría también es refutada por Caressi -citado por Fueyo- sostiene que esta teoría para hablar de un acto de poder es preciso que haya una relación familiar preconstituida y que en la hipótesis del reconocimiento falta precisamente una relación familiar preconstituida.

Rojina Villegas argumenta que esta teoría sería aplicable si se exigiese pruebas para que el reconocimiento fuese válido con el fin de demostrar la paternidad o la maternidad, y además hubiese un reconocimiento obligatorio en donde el juez tendría que pronunciarlo en rebeldía de aquel que siendo padre o madre se niegan a reconocer a determinado hijo; es cierto que en nuestro derecho existe sentencia del juez para establecer la filiación pero no como reconocimiento, sino que se pronuncia en un juicio de investigación de la maternidad o de la paternidad.

3.2.4 Teoría de la Doble Naturaleza

Guillermo Borda nos habla de una doble naturaleza del reconocimiento en tanto que éste es una admisión y una confesión; por un lado es reconocimiento admisión siendo un acto de voluntad por el cual el padre admite al hijo en el estado de tal, y por el otro lado y aunado a este reconocimiento-confesión, puesto que importa una confesión de paternidad siendo un medio de prueba.

Mazeaud lo explica de la siguiente manera, exponiendo que el reconocimiento constituye una prueba extrajudicial --y la única-- de la filiación natural; el padre o la madre al reconocer a su hijo confiesan el vínculo de filiación, y esta confesión hace prueba, derivándose el carácter mixto porque algunas reglas que rigen el reconocimiento lo hacen parecer como un simple medio de prueba de la filiación natural y otras como un medio de creación de esa filiación --pudiendo entender esta creación como un acto jurídico--. Para esta teoría en el reconocimiento es necesario admitir la existencia de un acto jurídico,

⁽⁹¹⁾ BORDA. Ob.cit. p. 30

además de la de un medio de prueba, esto por lo siguiente, por un lado lo consideran un acto jurídico, por el cual el padre admite al hijo a los beneficios inherentes a la filiación natural reconocida, tratándose en este caso de un reconocimiento admisión, por otro lado, es una confesión de paternidad --un medio de prueba-- tratándose de un reconocimiento confesión. De esta forma el reconocimiento-admisión y el reconocimiento-confesión no son concebidos como dos formas distintas de entender el reconocimiento, sino como dos aspectos de una misma cosa.

3.2.5 Teoría del Reconocimiento como Acto Jurídico

Los autores que apoyan esta teoría exponen que se trata de un verdadero acto jurídico, pues independientemente de que exista el vínculo consanguíneo anterior al reconocimiento no se exige para la realización de éste una prueba preliminar de filiación consanguínea y como consecuencia ese vínculo jurídico surge de un acto de voluntad, siendo el reconocimiento un acto independiente de la existencia de la relación de consanguinidad, y puede darse el caso de que el reconocimiento no coincida con una verdadera filiación consanguínea y sin embargo, como acto jurídico tiene validez, el reconocimiento es una declaración voluntaria que la ley reconoce, destinada a procurar un efecto jurídico que es la creación del estado o la creación del título de estado. Algunos autores se refieren al reconocimiento como un negocio jurídico especial del derecho de familia, postulando los siguientes principios: el negocio jurídico de familia o familiar atribuye las consecuencias de derecho no a la voluntad de quien lo realiza, si no a la ley, son las consecuencias ex lege y no ex voluntate; en cambio en el acto jurídico en sentido amplio y en el mismo negocio jurídico de contenido patrimonial las consecuencias jurídicas se producen exclusivamente por que quiere producirlas su autor.

Manuel Albaladejo -citado por Rojina Villegas- señala "que la voluntad privada no se le puede reconocer otro poder autónomo que el dar vida a la declaración de paternidad, la cual a su vez, como acto jurídico en cuanto su mera existencia es considerada por el ordenamiento como causa de determinados efectos, produce éstos. Tales

efectos se producen, pues *ex lege* y no *ex voluntate*. Se producen por que aparecen como queridos por su autor siempre que sean conformes y no contrarios a las disposiciones del ordenamiento jurídico⁽⁹²⁾.

El reconocimiento es un acto jurídico, en el que las obligaciones y los derechos entre las partes no se estipulan libremente, si no que será la ley la que en forma imperativa imponga las consecuencias y el estado mismo que origina la filiación de tal manera que la voluntad de las partes solo opera para formar el acto jurídico.

3.2.6 Teoría del Profesor Hugo E. Gatti

Este civilista uruguayo aprueba que externamente el reconocimiento es un acto jurídico que tiene por objeto hacer entrar al hijo en un estado, es decir en una situación jurídica concreta de carácter general y permanente en su exposición Gatti señala que: "la condición legal del hijo natural esta reglamentada por la ley para todos los hijos naturales. El padre que reconoce a un hijo natural, no le crea una situación jurídica, especial, concreta, individual para el hijo reconocido. La situación del hijo natural el 'status' de hijo natural esta preestablecido con anterioridad por el legislador sin que el padre reconociente pueda alterarlo ni modificarlo en lo más mínimo. El acto de voluntad por el cual el padre reconoce al hijo natural es pues, un acto condición, un acto en virtud del cual el padre atribuye al hijo natural reconocido la condición legal de hijo natural con todas las obligaciones y derechos inherentes a ese 'status' "⁽⁹³⁾.

3.2.7 Teoría del Reconocimiento Declaración

Según la cual el reconocimiento es un medio de prueba pero no una confesión, sino consiste en una declaración. En esta teoría no haya una confesión por que parte de la doble posibilidad de ser o no ser cierta

(92) ALBALADEJO MANUEL -citado por Rojina Villegas- Ob. cit. p. 741

(93) Los actos condición son aquellos que confieren a un individuo una situación general, un "status".
FUEYO LANERI. Ob. cit. p. 442

la relación que se declara y si el reconocimiento fuese siempre una confesión se tendría que partir de la base que solo pueden ser reconocidos los hijos que realmente hubiesen engendrado, pero como el derecho no exige prueba previa que el que reconoce es quien engendró al hijo, si no que el reconocimiento depende de la convicción del que reconoce y no de la que se forme un juez, al ser una declaración cierta tendrá las características de una confesión, o bien declaración que no corresponde a la verdad, pero que jurídicamente opera por que se manifiesta la voluntad con la intención de admitir la relación de paternidad o maternidad aún cuando no existiera.

Coincidiendo en esta teoría por un lado la confesión como medio de prueba y por el otro el acto jurídico como una voluntad que se declarará con el propósito de crear consecuencias jurídicas.

De todo lo anterior puedo resumir que para la teoría de la confesión el reconocimiento es un medio de prueba de valor similar a la confesión judicial; por lo que corresponde al reconocimiento como acto jurídico su fin inmediato no es establecer relaciones jurídicas, no existe una voluntad negocial encaminada a crear derechos u obligaciones, sino simplemente una afirmación de paternidad cuyos efectos se producen ex lege quiera o no el autor de la declaración, tampoco crea derechos u obligaciones, estos surgen de la filiación biológica; el valor que la ley atribuye al reconocimiento se funda en una presunción de verdad; es indudable que se trata también de un acto declarativo, es una manifestación que se apoya --o la ley presume que se apoya-- en una verdad biológica y esa declaración de paternidad es una prueba que la ley considera suficiente para aceptar la existencia de la filiación, le atribuye ese efecto mientras no se le impugne judicialmente, pero a pesar de esto es más que un medio de prueba, siendo que el reconocimiento constituye un título de estado.

De lo expuesto se deriva que el reconocimiento en una u otra forma es un acto jurídico, la controversia radica en la calificación del acto jurídico, si se trata de una declaración, de un acto jurídico de admisión, pero se puede encontrar como presupuesto en todas las teorías citadas la existencia de la voluntad del que reconoce.

Desde mi punto de vista en nuestro derecho vigente el reconocimiento es un acto jurídico de derecho familiar de admisión --declarativo-- por el cual cumple el deber jurídico de reconocer el hecho humano existente de una relación biológica que liga al reconociente con un descendiente; no se trata de probar la existencia del nexo biológico, éste se acepta con sus consecuencias de admitir la relación jurídica que entre padre e hijo se establece.

3.3 CARACTERISTICAS

A) Es un acto solemne puesto que solo se puede llevar a cabo por uno de los modos señalados en la ley (art. 369 C.C.) siendo la solemnidad una formalidad especial de la cual depende la existencia del acto jurídico, de tal manera que si no se observa será inexistente, es decir no existe, si no se observa la forma requerida por la ley, y por lo tanto no esta afectado de una nulidad que pueda desaparecer por una confirmación expresa o tácita del reconociente para quedar convalidado retroactivamente sino que es inexistente y tendrá que volverse a otorgar cumpliendo todas las formalidades requeridas y sólo a partir del nuevo otorgamiento tendrá existencia jurídica.

Como el reconocimiento solo puede otorgarse a través de las cinco formas únicas que la ley reconoce, siendo estas el acta de nacimiento, acta especial del reconocimiento, ambas ante el Juez del Registro Civil, testamento, escritura pública o confesión judicial directa y expresa; cabe hacer mención de que para el caso de que el reconocimiento se hiciera fuera del acta especial o del acta de nacimiento, según lo dispuesto por los artículos 80 y 81 del C.C. se deberá presentar dentro del término de 15 días, el original o copia certificada del documento en que se contenga el reconocimiento para que en el acta se reproduzca el contenido del documento en donde ya consta --ya sea testamento, escritura pública o confesión judicial--, no se le priva de sus efectos jurídicos si no cumpliere con dicho registro, lo que demuestra que la solemnidad no está en que además del testamento, escritura pública o confesión se

otorgue el acta especial de reconocimiento, sino que estos tres medios son bastantes por sí mismos.

B) Es un acto unilateral, se dice que la unilateralidad del reconocimiento se agota en la declaración de quien dice ser el padre o la madre del hijo sin que se requiera el concurso de otra voluntad para perfeccionar el reconocimiento.

El reconocimiento es un verdadero acto jurídico unilateral cuando se hace al presentar al hijo ante el Juez del Registro Civil (art. 77 C.C.) para levantar el acta de nacimiento, bastando que en dicha acta se haga constar la manifestación expresa que hiciere el padre o la madre ante el Juez del Registro Civil, reconociendo al hijo, incluso en el caso de haber sido otorgado conjuntamente por los dos progenitores, en cuyo supuesto existen dos reconocimientos unilaterales, sin que la eficacia del uno pueda depender de la del otro (arts. 365 y 366 C.C.)

Al respecto Rojina Villegas señala que si existe una pluralidad en el reconocimiento, siendo que para que se realice el reconocimiento de un hijo mayor de edad, éste deberá manifestar su conformidad expresamente en el acta especial de reconocimiento y sólo podrá llevarse a cabo en el mismo interviniendo la voluntad del reconocido (art. 79 en relación con el 375 C.C.) además de que tratándose de un menor de edad, cuando habiéndolo presentado no se hizo su reconocimiento en el acta correspondiente habrá que levantarse una acta especial de reconocimiento ante el mismo Juez del Registro Civil, pero tendrá que constar el consentimiento de su tutor o bien tendrá que nombrarse un tutor especial que lo represente.

Para estos casos no se convierte en bilateral el reconocimiento, puesto que el consentimiento del hijo mayor de edad es solo una "conditio iuris necesaria para la eficacia del reconocimiento"⁽⁹⁴⁾ de lo anterior se desprende que el artículo 375 parece dar a entender que se trata de un acto bilateral pero al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "La comparecencia del tutor al acto de reconocimiento sólo lo exige la ley para proteger los intereses del menor de tal manera que la omisión de dicho requisito no puede acarrear la nulidad del reconocimiento cuando el acto es en beneficio del hijo por

⁽⁹⁴⁾ PUIG BRUTAU, Ob. cit. p. 434

que con ello lejos de proteger los intereses del reconocido se le afectaría por una omisión que ni siquiera le es imputable y que lo mismo no le puede parar perjuicio, razón por la cual a él le corresponde impugnar el acto si considera que le causó agravio... tampoco es motivo para considerar nulo o anulable el acto de la presentación el hecho de que el menor tenga el carácter de hijo natural por no ser casados sus padres y no haber intervenido su tutor, por que el consentimiento del tutor se ha establecido en beneficio del menor y no en su perjuicio, por lo que de no estar satisfechos esos requisitos legales, no se sigue que el menor deba perder los derechos o derivar de su reconocimiento y sólo corresponde a este impugnarlo si le perjudicare"⁽⁹⁵⁾.

Es decir que la unilateralidad es característica del reconocimiento y el consentimiento del mayor de edad o del tutor del menor no es elemento esencial sólo se requiere para la eficacia del reconocimiento hecho para los efectos de la inscripción en el Registro Civil.

Como el reconocimiento puede hacerse también por confesión judicial directa y expresa, por testamento o por escritura pública, estas tres formas dan al reconocimiento el carácter de un acto jurídico unilateral, también se observa la unilateralidad del reconocimiento al existir la posibilidad de reconocer al hijo concebido o al hijo muerto mediando únicamente la exclusiva voluntad de su autor.

C) Es un acto declarativo de la filiación, la filiación biológica adquiere dimensión jurídica y se establece el lazo jurídico entre el que hace el reconocimiento y el hijo reconocido, se genera la relación jurídica que la sola relación biológica es incapaz de crear.

Es declarativo en lo que respecta a la afirmación de la relación biológica de la filiación, en efecto constata algo ya existente desde antes, que es la paternidad, esta no se crea por el reconocimiento, simplemente se constata, declara o confiesa.

D) Es un acto personalísimo, en cuanto que no admite decisión o administración por otro que ponga en juego su voluntad propia, nadie más que el padre o la madre de quienes trata, pueden decidir el reconocimiento de un hijo, incluso se puede notar este carácter del

⁽⁹⁵⁾ CHAVEZ ASENCIO Ob. cit. p. 150. Tesis 154. Pág. 457. Tercera Sala. Apéndice 1985. Parte IV

reconocimiento al establecer el Código Civil en su artículo 370 la prohibición de hacer la mención del otro progenitor, menos que éste lo haya reconocido anteriormente o lo hayan hecho en el mismo, es un acto personalísimo por la propia naturaleza y la función que ejerce el reconocimiento en el estado civil de las personas.

Si entendemos al reconocimiento como una confesión o declaración ésta no comprende sino a su autor, al ser una confesión, es un acto individual es decir personalísimo es "una confesión que sólo puede emanar del padre respecto de la filiación paterna y de la madre, por lo que hace a la materna o del mandatario de éstos"⁽⁹⁶⁾, cualquier otra persona carece de facultades para hacerlo y después de la muerte de los padres, los herederos de éste no pueden realizar el reconocimiento de un hijo de los mismos. Cuando los padres reconocen un hijo al mismo tiempo o separadamente, este reconocimiento le es personal a cada uno de ellos y sólo produce efectos en contra de él mismo y no respecto al otro reconociente, significa que es un acto que puede hacer el padre independientemente de la madre, o ésta independientemente del padre, no se requiere del consentimiento conjunto de ambos, puede hacerse el reconocimiento conjunto o sucesivamente.

Esta individualidad del reconocimiento constituye una consecuencia de su carácter de acto voluntario "de suerte que no cabría que una persona atribuyese a otra, en ocasión de reconocer a quien dice ser su hijo, la maternidad o paternidad que tal persona no ha reconocido, a su vez voluntariamente"⁽⁹⁷⁾.

"Pero la ley sin afectar el poder de decisión del padre o madre --por el contrario reafirmandolo-- admitió el otorgamiento de mandato en la siguiente forma: El reconocimiento por acto entre vivos, podrá efectuarse por medio de mandatario constituido por escritura pública y especial facultado con este objeto"⁽⁹⁸⁾. En nuestro derecho puede llevarse a cabo el reconocimiento por medio de apoderado especial, el cual será otorgado en escritura pública, y si se otorgare en escrito privado, éste deberá estar firmado por el otorgante, dos testigos y las firmas se ratificarán ante notario público, juez de lo familiar, menor de paz,

⁽⁹⁶⁾ PLANIOL MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol. 2. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducción de la 12 Edición francesa. Ed. Jose M. Cajica Jr. Distribuidores Porrúa Hnos. p. 167

⁽⁹⁷⁾ ZANNONI. Ob. cit. p. 332

⁽⁹⁸⁾ FUEYO LANERO. Ob. cit. 451

expresandose claramente que se extiende con el fin de reconocer a determinada persona (art. 60 en relación con el 44 C.C.).

E) Es un acto irrevocable, significando que no puede quedar privado de efectos por la sola voluntad de quien lo llevo a cabo, que una vez realizado éste ya no puede retractarse quien hizo la manifestación de la voluntad; por que una vez establecido el estado civil de la persona de cuya filiación se trata, no puede por medio de otro acto de voluntad de quien ha reconocido cambiarse esa situación jurídica creada por el reconocimiento.

Su irrevocabilidad se funda no solo en la naturaleza declarativa del reconocimiento, sino también en una razón de moral y de seguridad jurídica que hace preciso dar estabilidad al estado de filiación, además que es consecuencia de la inalienabilidad de este estado.

Es un acto irrevocable hasta el punto de que no pierde su fuerza legal ni en el supuesto de que se otorgue en testamento y la esencia de éste sea ser revocable, se hace la excepción de que el reconocimiento no puede revocarse (art. 367 C.C.).

El carácter de irrevocable del reconocimiento no impide que pueda impugnarse --ya sea por no corresponder a la verdad biológica, por revestir vicios de la voluntad-- en ciertos casos previstos en la ley no dependiendo la impugnación de la mera voluntad del autor.

F) Es un acto puro y simple, el cual no puede sujetarse a modalidad plazo o condición alguna, ya sea suspensiva o resolutoria que altere sus efectos legales.

G) Es de efecto retroactivo, el reconocimiento supone la procreación habida, la relación paterno-filial se reconduce al momento del nacimiento aunque el reconocimiento tenga lugar mucho después, en realidad más que el reconocimiento se retrotraiga, se trata de la producción de unos efectos que la filiación preexistente debería haber desplegado en el pasado.

Al considerar al reconocimiento como un acto declarativo puede señalarse que el efecto retroactivo se hace en referencia a la concepción,

considerándose la existencia de la relación paterno-filial desde el momento del nacimiento y no a partir del reconocimiento.

3.4 ELEMENTOS DEL RECONOCIMIENTO

3.4.1 ELEMENTOS ESENCIALES DEL RECONOCIMIENTO

Siendo el reconocimiento un acto jurídico familiar requiere en los términos de la teoría general del derecho de elementos esenciales que son: la manifestación de la voluntad y el objeto, además esta la norma que señala los modos o formas como hacer el reconocimiento.

3.4.1.1 La Voluntad

Considerando al reconocimiento como acto unilateral queda éste constituido exclusivamente por la declaración de voluntad que lleve a cabo el padre o la madre, al afirmar que el reconocido es hijo suyo, surte sus efectos con el solo consentimiento del reconociente.

Como se entiende casi siempre que el reconocimiento es benéfico tanto en el orden moral como en el económico para el reconocido, en términos generales, basta con la sola manifestación de voluntad de quien reconoce tomando en cuenta, que a pesar de esto la legislación le concede al menor el derecho de reclamar contra el reconocimiento cuando llegue éste a la mayoría de edad (art. 376 C.C.). Sobre el particular Rojina Villegas al considerar el reconocimiento como un acto plurilateral, para el caso de que el reconocido sea mayor de edad, --él cual no puede ser reconocido sin su consentimiento-- y cuando el reconocido sea menor de edad requiriendo del consentimiento del tutor de éste, para estos casos, considera que existe un concurso de voluntades las cuales son también esenciales para existencia del reconocimiento.

No obstante lo anterior para los reconocimientos de carácter unilateral, la ley no toma en cuenta la voluntad del reconocido, por lo

que un reconocimiento que se lleve a cabo en escritura pública, en testamento o por medio de confesión judicial directa y expresa, bastará la voluntad de aquel que reconozca, aún cuando el reconocido fuese mayor de edad, sin necesidad de que intervenga su voluntad.

De esta manera puedo decir que en el reconocimiento se haya una voluntad unilateral en el sentido de reconocer que sólo se perfeccionará hasta que el reconocido se adhiera a ella; ahora bien esta adhesión puede ser tácita por el sólo hecho de que reconocido haga uso de los derechos que el reconocimiento le otorga; por ejemplo si sabe que hay un reconocimiento en escritura pública y le conviene usar el apellido de aquel que lo ha reconocido, el sólo hecho de usar el apellido es una adhesión tácita, pero se expone a las obligaciones consiguientes, es decir, que si el reconocido es una persona solvente podrá después tener la obligación de dar alimentos a quien lo reconoció.

3.4.1.2 Objeto

En los actos jurídicos en general tenemos como objeto directo de los mismos el crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; en el reconocimiento como acto jurídico que es debe existir su objeto directo con el carácter de imprescindible, consistente en darle efectos jurídicos a la relación biológica de paternidad o maternidad produciendo derechos y obligaciones.

En nuestro sistema jurídico, se equipara el hijo extramatrimonial con el hijo nacido de matrimonio, al otorgarle los mismos derechos, por consiguiente el padre o la madre que reconozcan al hijo extramatrimonial, tendrán las mismas obligaciones que la ley impone al padre o la madre respecto a los hijos habidos en matrimonio.

Por ellos una vez que se reconozca al hijo se tiene la obligación de ejercer la patria potestad, cabe mencionar que si el reconocimiento se lleva a cabo simultáneamente por ambos padres y viven juntos no habrá ningún problema en cuanto a quien corresponderá ejercer la custodia puesto que los padres la ejercerán conjuntamente, como ocurre en el matrimonio, pero si viven separados y el reconocimiento se lleva a cabo en el mismo acto por ambos padres determinarán quien de ellos ejercerá la custodia y si no se pusieran de acuerdo el juez de lo familiar resolverá

tomando en cuenta lo que más convenga al menor (art. 380 C.C.); para el caso de que sólo uno de los progenitores hubiese reconocido al hijo, él ejercerá exclusivamente la patria potestad quedando incluida la custodia dentro de la misma, pero como la posibilidad de existir posteriormente el reconocimiento efectuado por el otro progenitor, corresponderá para este caso de reconocimientos sucesivos la custodia del hijo al primero que hubiere realizado el reconocimiento, aunque la ley no impide a los padres ponerse de acuerdo para convenir quien de ellos ejercerá la custodia sobre el hijo reconocido (art. 381 C.C.).

Además de atribuirle al hijo reconocido los beneficios y la protección inherente a la patria potestad le otorga el derecho de llevar el apellido de quien lo reconozca o ambos apellidos si fue reconocido por el padre y por la madre, el derecho de exigir alimentos y a la porción hereditaria correspondiente en la sucesión legítima o en la testamentaria.

Cabe señalar que en el reconocimiento no existe el objeto indirecto de los actos jurídicos que se presenta en los de tipo patrimonial, es decir cuando los derechos o las obligaciones se refieren a los bienes, a todo elemento susceptible de un valor patrimonial estimable en dinero directa o indirectamente, no hay cosa desde el punto de vista económico, pero si hay prestaciones recíprocas, de esta forma solo existe el objeto directo el cual no debe confundirse con su finalidad en otras palabras el objeto del reconocimiento no es declarar la paternidad o la maternidad, evidentemente que este fin no constituye su objeto, el cual consiste en la relación que se establece de la cual se generan los derechos y obligaciones entre reconocedor y reconocido; ahora bien su finalidad jurídica si consiste en declarar la paternidad o la maternidad.

3.4.1.3 Solemnidad (La Norma Jurídica)

Como tercer elemento esta la norma jurídica que señala los modos de lograr el reconocimiento, es la reglamentación que se hace de ese acto, es decir es la autorización que la norma jurídica establezca respecto a la manifestación de voluntad para crear derechos y obligaciones, la norma jurídica acepta que se reconozcan hijos mediante

ciertos modos específicamente determinados (art. 369 C.C.) solo cumpliendo con las prevenciones legales el reconocimiento surte efectos legales, es decir, no basta la simple manifestación de voluntad del que pretenda reconocer, debe hacerse sólo en alguna de las formas limitativamente señaladas, siendo éstas en el acta de nacimiento, acta especial de reconocimiento ambas ante el Juez del Registro Civil, en escritura pública, en testamento y por medio de confesión judicial directa y expresa.

Tampoco se puede condicionar o limitar los efectos del reconocimiento de tal manera que al reconocer se pretendiera privarlo de los derechos que tuviere, por ejemplo el uso del apellido, los alimentos, lo cual no surtiría efecto legal; con otras palabras si en un reconocimiento existirán declaraciones de voluntades que dijeren: declaró que "X" es mi hijo, sólo para el efecto de establecer el parentesco biológico, pero no le reconozco ningún derecho, ni este reconocimiento le autoriza a llevar mi apellido, ni por ello lo instituiré como heredero; la ley no tomará en cuenta todas estas manifestaciones de voluntad, ni otras análogas que son contrarias a la misma y en cambio, le dará efectos a todo aquello que aquel que reconoció no se propuso, le bastará a la ley que se haya declarado en el acto del reconocimiento que el reconocido es hijo para que aunque no lo quiera el que reconozca le imponga todas las obligaciones del padre o de la madre y le conceda al reconocido el derecho de llevar el apellido, de poder exigir alimentos y en su caso la herencia correspondiente en el caso de intestado, aún cuando quien reconoció hubiese negado todas esas consecuencias jurídicas.

De esta forma se puede apreciar que no basta con que haya manifestación de voluntad y objeto para que el acto jurídico exista en la medida en que reconozca la declaración de voluntad, el objeto jurídico queda definido por la ley de manera imperativa, independientemente de lo que las partes hayan declarado.

3.4.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL RECONOCIMIENTO

3.4.2.1 Capacidad

Por lo que corresponde a la capacidad debo señalar que no se toma en cuenta la mayoría de edad, existe una regla esencial al respecto para el reconocimiento de hijos, prevista en el artículo 361 del C.C. que establece que "pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido", pero dichos menores no pueden reconocer sin la autorización de quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o bien sin la autorización judicial en el caso de que el menor no este sujeto a la patria potestad o tutela (art. 362 C.C.) a lo que yo pudiera argumentar que el artículo 361 claramente señala un límite y previene que solo "pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio..." con lo que excluye cualquier posible reconocimiento de un menor que hubiese engendrado a un hijo teniendo menos de 16 años para el varón y 14 para la mujer, yo pensaría que se trata de una omisión en perjuicio de los hijos extramatrimoniales, y esto por lo siguiente, y aunque la probabilidad no fuera muy frecuente si por ejemplo un varón engendra un hijo a los 15 años cumplidos, más el plazo máximo de embarazo, su hijo nacería cuando éste tuviera 15 años con diez meses de edad, no permitiéndosele de esta manera el hecho de cumplir con su deber de reconocer a su hijo, aunado a esta limitación la ley exige que además de la edad mínima de 16 años --para el caso del varón-- para reconocer un hijo se suma a ésta --al menos literalmente así lo expresa dicho precepto-- la edad del hijo que va a ser reconocido, esto lo pudiera yo entender con el ejemplo señalado que pasa un año y el padre contará con una edad de 16 años con diez meses y su hijo tendría un año de edad, lo cual significa que por dos meses no cumple con el precepto en cita, puesto que para poder reconocer a su hijo debería tener una edad de 17 años, todo esto en el supuesto que los padres del menor nacido bajo las circunstancias antes ejemplificadas no contrajeran matrimonio por que para tal caso no se requeriría de las circunstancias antes descritas.

Yo pudiera pensar que sería más fácil y comprensible que el ordenamiento legal estipulara que toda persona mayor de edad puede reconocer a sus hijos nacidos extramatrimonialmente y para el caso de que fueran padres menores de edad --sin señalar la edad mínima para contraer matrimonio-- se requiera de la autorización directa y expresa de quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos, de quien ejerza la tutela a la que estén sometidos o bien la falta de las anteriores o cuando el consentimiento para la realización del reconocimiento se encuentre en controversia de la autoridad judicial.

En el reconocimiento al requerir una edad mínima, exige una cierta capacidad de goce, en virtud de que no teniendo el que reconozca esa edad mínima habrá una imposibilidad jurídica para llevar a cabo el acto, en otras palabras no se le considera sujeto para celebrarlo se le impide de plano, independientemente de que pudiera o no estar representado realizarlo aún cuando tuviere un representante legal, tutor o por quien ejerza la patria potestad, en cambio en la incapacidad de ejercicio lo único que se impide es que el incapaz realice el acto, pero el derecho permite que a través de un representante se celebre estariamos entonces ante un "caso de inexistencia por objeto jurídicamente imposible pues toda incapacidad de goce se traduce necesariamente en una imposibilidad de derecho por cuanto que habría un obstáculo insuperable para que el objeto directo del acto se realice"⁽⁹⁹⁾.

En cuanto a los dementes en los términos del artículo 450 del Código Civil su incapacidad para obrar es absoluta, comprendiéndose dentro de esa incapacidad lo relativo al reconocimiento, ahora bien dentro de los dementes tenemos dos supuestos: aquellos que hubiesen sido declarados en estado de interdicción y aquellos que lo sean de hecho y que tengan intervalos lúcidos, respecto a los primeros no hay duda de no pueden celebrar el acto jurídico familiar del reconocimiento, pues la sentencia de interdicción les priva de esta posibilidad, en cuanto a los segundos y haciendo referencia a los periodos lúcidos surge una duda en relación al reconocimiento efectuado por testamento, si bien es cierto que el artículo 450 en su fracción II señala que tienen incapacidad natural y legal aún cuando tengan intervalos lúcidos, por el contrario el artículo 1307 del C.C. les permite otorgar testamento en

⁽⁹⁹⁾ ROJINA VILLEGAS. Ob. cit. p. 763

intervalo de lucidez, de donde surge la pregunta si el reconocimiento realizado en un testamento en tales condiciones es válido, yo creo que el reconocimiento de un hijo es mucho más importante que una disposición testamentaria en relación a los bienes del testador y para este caso se le da la oportunidad de testar en caso de lucidez no veo el porque no se pueda reconocer a un hijo en un intervalo de lucidez mediante testamento.

3.4.2.2 Ausencia de Vicios en la Voluntad

Como segundo requisito de válidez tenemos que la voluntad se ha expresado sin vicio alguno, la ley no menciona la violencia como vicio del consentimiento en el artículo 363 del C.C. se señalan como causantes de nulidad el error y el engaño aún cuando hacen referencia al menor de edad, creo que se pueden aplicar también al mayor de edad, siguiendo los principios generales del derecho.

La declaración de paternidad implica la voluntad del reconocedor de declararla, tal voluntad tendrá que ser libre y formada sin vicio por ello cuando se reconoce a quien es hijo del reconocedor y éste así libremente lo declara, tal reconocimiento es válido, pero si se reconoce a un hijo estando el reconocedor intimidado, en estado de demencia, o resulta "X" en vez de "Y", o las circunstancias en base a las cuales se creyó en la paternidad resultan inexactas, o existe engaño provocado por maquinaciones o artificios --dolo--, habrá que dudar por lo menos de tales reconocimientos, como nos dice Albaladejo -citado por Rojina Villegas- que el error es falso conocimiento de la realidad y el reconocimiento es la afirmación de un hecho, siendo éste la paternidad en el reconocimiento, el error debe versar sobre la realidad de tal paternidad, y será erróneo el reconocimiento realizado por creerse padre del reconocido sin serlo realmente "y la única prueba del error será la prueba de la no paternidad natural"⁽¹⁰⁰⁾ pero al respecto la doctrina considera como error jurídicamente relevante, no el consistente en creerse padre sin serlo, sino el que recae sobre un hecho que sin excluir la paternidad la hace sin embargo insegura; por ejemplo si el reconocedor realiza el reconocimiento de determinado hijo por que cree

(100) ALBALADEJO -citado por Rojina Villegas- Ob. cit. p. 766

ser el único varón que tuvo relaciones de tipo sexual con la madre durante la época de la concepción, siendo así que ésta cohabitó con otros hombres se dice que el reconocimiento está viciado de error, ciertamente existe un error --el de creerse el único posible padre-- y aunque tal error no sea suficiente para mostrar que existe otro error --el no ser padre-- en la declaración de paternidad se estima que aquel error es suficiente para impugnar el reconocimiento en base a la consideración de que aunque no excluya la paternidad del reconocedor, sin embargo la voluntad de declararla no se habría formado de haber sido conocida la realidad --de cohabitación de la madre con otros hombres--.

Para Rojina Villegas al ser el reconocimiento un acto jurídico señala que deben aplicarse las normas generales de los contratos, según lo dispone el artículo 1859 del C.C. y por lo tanto será nulo cuando exista error, dolo o violencia, dicho precepto que a la letra dice que "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos" y desde luego como no hay una disposición especial de la ley que impida aplicar el sistema de los contratos, en cuanto a lo que se refiere a los vicios de la voluntad al reconocimiento, la razón para proteger en los actos jurídicos al que sufre violencia, es la de que sólo puede ser eficaz una voluntad libre, pues si es creadora de las consecuencias de derecho debe manifestarse en forma absolutamente espontánea por lo tanto, si la voluntad se toma en cuenta en el reconocimiento debe ser libre.

3.4.2.3 Licitud

Fundamentalmente la lícitud en el reconocimiento se manifiesta en los casos en que éste se lleve a cabo en contra de la ley. Hay una libertad general de reconocer y por consiguiente en principio todo reconocimiento es lícito con excepción de lo dispuesto por el artículo 374 del C.C. el cual previene que "El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo" esta disposición es de orden público y su violación implica la nulidad del reconocimiento; lo que protege este

artículo es la integración de la familia, pues el reconocimiento de este tipo podrá dar lugar a desavenencias y rupturas conyugales, este precepto se relaciona con los artículos 62 y 63 del C.C. el primero de ellos preveé que podrá asentarse el nombre del padre soltero o casado si lo pidiere, pero no podrá asentarse el nombre de la madre cuando ésta sea casada y viva con su marido a no ser que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoriada que declare que no es hijo suyo, el artículo 63 por su parte señala que cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista una sentencia ejecutoriada que así lo declare.

En ambos artículos se requiere que la mujer este casada y viva con su marido para que opere tal prohibición, es decir la mujer casada que no viva con su marido se encuentra en situación distinta y no haría aplicable lo previsto en el artículo 374, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que "Si bien la regla general es que no puede ser reconocido como hijo de un hombre distinto del marido el que se tenga con una mujer casada esa prohibición no opera cuando se demuestra fehacientemente que la madre se encontraba separada del marido, tomando en cuenta, además, que respecto del padre, fundamentalmente se requiere que este declare ser tal, dándole al hijo el derecho de llevar su apellido, de ser alimentado, y a percibir la porción hereditaria que le corresponde o la pensión alimentaria que en su caso, fije la ley"⁽¹⁰¹⁾.

(101) TERCERA SALA. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vol. 217-228 p. 135

3.5 SUJETOS

3.5.1 SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del reconocimiento es el padre o la madre y se presumen que lo son las personas que así lo manifiestan, como ya he mencionado el reconocimiento es un acto personalísimo que solamente el propio progenitor puede hacer y sólo produce efectos en contra de él mismo.

En la legislación española la facultad de reconocer es de carácter personalísimo "no cabe el ejercicio por representación legal o voluntaria"⁽¹⁰²⁾, al respecto Planiol señala que "quien debe reconocer a un hijo natural puede hacerlo por medio de mandatario; pero el mandatario debe ser especial y auténtico (notarial). El mandato puede ser revocado mientras no haya firmado el acta de reconocimiento"⁽¹⁰³⁾. En nuestro derecho también se puede realizar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial por medio de mandatario especial, haciéndose constar la petición del reconocedor de conformidad por lo dispuesto en el artículo 60 del C.C. en relación con el artículo 44 del mismo ordenamiento, dicho poder deberá ser otorgado en escritura pública o en escrito privado el cual deberá estar firmado por el otorgante y dos testigos, pero las firmas deberán ser ratificadas ante notario público, juez de lo familiar o de paz.

3.5.1.1 Menores de edad

La incapacidad del menor es un precepto legal de carácter general, pero para el caso concreto existe la excepción de que un menor puede reconocer a un hijo nacido extramatrimonialmente puesto que existe un precepto específico y en contrario, quedando habilitado el menor para realizar este acto jurídico familiar de reconocimiento según lo estipulado por el artículo 361 del C.C. que a la letra dice: "Pueden

(102) PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Ob. cit. p. 430

(103) PLANIOL. Ob. cit. p.169

reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido" parece lógico que no se niegue al menor que tenga la edad legal para contraer matrimonio, la facultad de reconocer a su hijo, sería contradictorio que se tenga capacidad legal para contraer matrimonio y no para reconocer a un hijo extramatrimonial, razón por la cual el artículo 361 fija como regla que se tenga precisamente esa edad más la del hijo por reconocer, pero el menor de edad al no contar con la edad requerida para contraer matrimonio no podrá reconocer a su hijo como señala anteriormente en relación la capacidad para reconocer, pero yo me pudiera preguntar por que si para el caso del matrimonio existe una convalidación retroactiva en el supuesto de que los consortes contraigan matrimonio no cumpliendo con el requisito de la edad mínima para celebrarlo cuando haya habido hijos (art. 237 f. I C.C.), en el reconocimiento no puede darse este supuesto siendo que si no se tiene la edad mínima para contraer matrimonio no podrá llevarse a cabo el acto jurídico familiar del reconocimiento, y si se realizará sería inexistente, al respecto no existe ninguna disposición que pudiera convalidar el reconocimiento hecho por un menor de 16 años en el varón y de 14 para la mujer, entonces si para el caso del matrimonio nulo por la falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada, lo que le importa al derecho es la protección de los hijos habidos en el mismo, resulta ilógico que en el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales no exista alguna disposición similar al caso citado.

El menor puede reconocer al expresar personalmente su consentimiento de los que ejercen sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentra o en caso de faltar ésta, de la autorización judicial (art. 362 C.C.), lo que pudiera entenderse porque el menor de edad sería una persona más fácil que sufriera de error o engaño, viciando de este modo su voluntad.

En la legislación Argentina se admite el reconocimiento hecho por los menores adultos sin necesidad de autorización paterna o judicial más aún los padres no podían oponerse puesto que se trata de un "derecho-deber cuyo ejercicio sería inmoral impedir"⁽¹⁰⁴⁾ quedando derogada la exigencia según la cual solo podrían reconocer hijos naturales aquellas

(104) BORDA. Ob. cit. p. 35

personas que a la fecha del nacimiento del hijo que se va a reconocer tuvieran la edad necesaria para contraer matrimonio, siendo que se autoriza el reconocimiento por la madre menor de 14 años, cuando demuestre fehacientemente haber adado a luz al que pretende reconocer y de igual manera autoriza el reconocimiento hecho por el padre menor impúber cuando una orden judicial lo autorice. Es una solución lógica, pues siendo indiscutible la relación de filiación no hay ninguna razón para impedir o postergar el reconocimiento que redundaría en múltiples perjuicios del hijo.

Al respecto en el derecho español se señala que el reconocimiento otorgado por un menor de edad que no pueda contraer matrimonio --por razón de la edad-- necesita para valer como título de determinación legal un requisito especial: la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, pero si ya cuentan con la edad para contraer matrimonio pueden hacer el reconocimiento por sí, sin requerir tal aprobación, así pues pueden otorgar reconocimientos los menores cualquiera que sea su edad "sería contrario a la moral que los menores pudieran dejar de cumplir la obligación que todo padre tiene, con arreglo al derecho natural y positivo de reconocer y alimentar a su hijo"⁽¹⁰⁵⁾.

En lo que atañe a los dementes ninguna duda cabe de que carecen de capacidad para reconocer hijos se encuentren o no interdictos, lo que cabe preguntarse si pudiera hacerlo durante un intervalo lúcido, al respecto Guillermo Borda contesta afirmativamente siendo que alega en favor de esta solución, que la interdicción tiene por objeto proteger los intereses económicos del demente pero el reconocimiento del hijo natural tiene un carácter esencial de moral, si por lo tanto se comprueba de manera plena e inequívoca la lucidez de reconocer en el momento del acto debe atribuirse efectos legales plenos, en cuanto a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito carecen así mismo de capacidad para reconocer hijos puestos que su status legal es similar a los dementes.

(105) PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Ob. cit. p.430

3.5.1.2 La Mujer

No existe impedimento legal alguno para que la mujer pueda reconocer a su hijo no requiere licencia del varón tal y como lo establece el artículo 2 del C.C. "La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles", lo que se puede notar en el reconocimiento al ser éste sucesivo o simultáneo, es decir, que la madre puede reconocer independientemente de que el varón se niegue a hacerlo.

El hecho de que la madre deba reconocer a un hijo, resulta contradictorio de la lectura del artículo 360 del C.C. el cual señala que la filiación en relación a la madre resulta del solo hecho del nacimiento, entonces podríamos preguntarnos el para que del reconocimiento por parte de la madre, pero como este artículo se relaciona con el 60 que niega a la madre la posibilidad de dejar de reconocer a su hijo, de lo anterior se desprende que aún cuando tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento, puede omitirlo y no existe sanción alguna por la cual presentándose ese supuesto para establecer la filiación jurídica se requiere del acto jurídico familiar del reconocimiento, el cual confirma el nexo biológico determinado por el nacimiento.

A pesar de lo anterior existe la prohibición señalada por el artículo 374 del C.C. el cual previene que "el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo", esto es lógico puesto que se trata de una disposición de orden público, protegiéndose la integridad de la familia, pero a pesar de esto si se desconoce la paternidad con respecto al marido por medio de sentencia ejecutoriada podrá la madre reconocer a ese hijo como extramatrimonial asentándose el nombre del padre, si éste lo pidiere, independientemente de los conflictos que pudiera acarrear para el caso de divorcio. Dicho precepto se relaciona con los artículos 62 y 63 del C.C. en los cuales de su lectura se desprende que la mujer para que se encuentre en el presupuesto del artículo 374 debe estar

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

casada y vivir con su marido, lo que se entiende como una prohibición supeditada a que subsista la vida en común de los cónyuges.

Por el contrario, cuando no haya la circunstancia citada --vida matrimonial en común-- la ley no dispone al respecto que el tercero tenga derecho de que se reconozca su paternidad, además que el escándalo que se prefiere evitar ya se ha producido al ocurrir la separación conyugal y la cohabitación de la mujer con otro hombre, ésto último lógico y necesario para que la mujer conciba al hijo; de lo anterior el obstáculo para que el tercero reconozca la paternidad del hijo de la mujer casada, que vive con el marido, se remueve al realizar éste desconocimiento de áquel y al recaer la ejecutoria que declara la notificación dando lugar a que dicho tercero pueda ejercitar la acción respectiva. Así mismo si ya no existe la convivencia conyugal al tiempo de la concepción del hijo de la mujer casada, entonces el derecho al reconocimiento por parte del hombre distinto al marido y a la posibilidad de ejercicio de la acción relativa es obvio que no dependerá del desconocimiento del esposo y la declaración en sentencia ejecutoria.

3.5.1.3 El Hombre

Puede reconocer libremente un hijo extramatrimonial, aún cuando éste estuviere casado con persona distinta, según el artículo 62 del C.C. el cual señala que "Si el hijo fuere adulterino podrá asentarse el nombre del padre casado o soltero", lo cual pudiera entender que así se permita puesto que en muchos casos de ese tipo el hijo permanece al lado de la madre cuando ambos progenitores no viven juntos, además que en nuestra sociedad este tipo de situaciones es muy común.

Pero esta facultad de reconocer esta disminuida, lo que parece congruente si se toma en cuenta que la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo y tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento por lo tanto, si es un deber legal de la madre reconocer a su hijo lo que podría parecer como un derecho masculino --si pudiera decirse derecho a contrario sensu el hecho de desligarse de la obligación de padre-- pues éste puede quedar oculto, lógicamente en caso de que el hombre desee reconocer al hijo tiene que aceptar la participación de la madre, quien puede negar el reconocimiento del

varón según los artículos 378 y 379 del C.C. los cuales señalan que la mujer podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de el hijo que ella ha presentado publicamente como hijo suyo, teniendo el término para ejercitar esta acción de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del reconocimiento, quedando éste sin efecto, resolviéndose la paternidad en el juicio contradictorio correspondiente.

El sujeto activo al realizar el reconocimiento éste surte efectos con respecto de él, independientemente de que se haya realizado conjunta o separadamente (arts. 365 y 366 C.C.), para este caso no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre del otro progenitor (art. 370 C.C.); libremente pueden reconocer tanto el hombre como la mujer a un hijo habido antes de su matrimonio sin que medie el consentimiento del otro cónyuge, pero con la limitante de que no podrá vivir en el domicilio conyugal si no es con el consentimiento expreso del otro cónyuge (art. 372 C.C.).

3.5.2 SUJETO PASIVO

No toda persona puede ser reconocida como hijo extramatrimonial, solo pueden ser reconocidos los hijos que tengan la condición de hijos habidos fuera del matrimonio, que el hijo haya podido ser naturalmente concebido por quien pretenda reconocerlo, así por ejemplo no podrá reconocerse a una persona mayor que el autor del reconocimiento; que no haya incompatibilidad entre el estado que surge del reconocimiento y el que goza legalmente el supuesto hijo, es decir pueden ser reconocidos todos los hijos cuya filiación no se halle en contradicción con otra que ya estuviese acreditada, por ejemplo no puede reconocerse un hijo nacido de matrimonio como extramatrimonial en tanto no se contradiga la paternidad y exista una sentencia ejecutoriada, por lo tanto no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.

3.5.2.1 El hijo concebido

"Suprimida la expresión 'hijos nacidos' y abandonado el sistema de la notificación y aceptación del reconocimiento para entenderse perfecto no puede haber duda sobre la procedencia del beneficio en el caso que se encuentra en el vientre materno"⁽¹⁰⁶⁾ y como en nuestro derecho la existencia de la persona comienza desde su concepción en los términos del artículo 22 del C.C. señalando que "...desde el momento que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código", por lo tanto acepta la posibilidad jurídica del reconocimiento del aún no nacido (art. 364 C.C.).

Respecto de la madre no suscita problema el reconocimiento del hijo antes de su nacimiento, o si ésta lo reconoce simultáneamente con el padre, en cuanto al reconocimiento anticipado del padre parece surgir algunos conflictos como son los relativos a la posible violación del artículo 370 del C.C. y a su inscripción en el Registro Civil, en relación al primer aspecto el artículo en cita previene que "cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo no podrá revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fué habido ni exponer ninguna circunstancia por donde aquella pueda ser identificada...", necesariamente para este caso no es posible al padre reconocer al hijo aún no nacido sin mencionar a la madre que lo lleva en su seno, lo cual está expresamente prohibido además de que podría surgir el conflicto de hacer pública la concepción y el embarazo oculto, para resolver esta situación creo que es aplicable el artículo 60 del C.C. que señala que la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo además de que el reconocimiento de un hijo que no ha nacido no genera oposición con el artículo 370 del C.C. el cual se aplica para el caso de los hijos ya nacidos, además de que a la madre no afecta el hecho de que se haga este tipo de reconocimiento puesto que ella tiene la acción para contradecir el reconocimiento hecho sin su consentimiento quedando éste sin efecto (art. 379 C.C.).

En cuanto al segundo aspecto que es el de la inscripción en el Registro Civil del reconocimiento, no hay posibilidad de inscripción

(106) FUEYO LANERI. Ob. cit. p. 435

alguna, siendo que los actos del Registro Civil empiezan con el nacimiento (art. 337 C.C.), no existiendo la posibilidad de hacer anotación alguna de la concepción, por lo tanto éste reconocimiento estaría sujeto a una condición suspensiva consistente en el nacimiento del reconocido ante tal imposibilidad por exclusión el reconocimiento de un hijo no nacido puede realizarse por escritura pública, por testamento y por confesión judicial directa y expresa, en estas formas de reconocimiento no se requiere que el hijo haya nacido para que el padre declare su paternidad, no existiendo inconveniente para que se realice este tipo de reconocimiento.

La Legislación Argentina resuelve esta situación de la siguiente forma: distinguiendo primeramente entre el reconocimiento constitutivo de título de estado y reconocimiento que sólo es el presupuesto para la obtención del emplazamiento, el primero de ellos es un acto familiar que conteniendo una afirmación de paternidad o maternidad respecto de determinada persona emplaza a ésta en el estado de hijo y correlativamente a quien afirma la paternidad o maternidad, en el estado de padre o madre de ese hijo, se trata del reconocimiento que otorga título de estado en sentido sustancial y también formal, de modo que en virtud de ese reconocimiento se perfecciona el estado paterno filial con los caracteres propios, que le son inherentes; en el segundo se entiende por tal la manifestación expresa de voluntad no constitutiva de título de estado, por que alguien se atribuye la paternidad o maternidad de determinada persona y que permite requerir del oficial del registro civil la constitución del título de estado; y cuando se alude al reconocimiento del hijo concebido no se hace en el primer sentido por cuanto no cabe la inscripción de su nacimiento, de modo entonces que nada obsta a que el que se dice padre del concebido mencione en su reconocimiento quien es la madre, siendo claro en el supuesto que no es posible reconocer sin mencionarlo.

Nacido el hijo la maternidad podrá quedar atribuida, aún sin el reconocimiento expreso de la madre mediante la prueba del nacimiento y la identidad del nacido a petición de quien presente el certificado médico. De este modo quien se dice el padre podrá individualizar a su hijo y formalizar el reconocimiento constitutivo de emplazamiento pues el título de estado --la partida-- contendrá los datos de la filiación

materna atribuida legalmente en razón del parto. Pero si el parto no hubiese quedado acreditado y la maternidad determinada legalmente el reconocimiento carecerá de virtualidad al no quedar establecida la filiación materna que fue el soporte de ese reconocimiento realizado antes del nacimiento.

3.5.2.2 El hijo muerto

Se admite el reconocimiento después de la muerte del hijo, pero se niega todo derecho sucesorio a quien lo formula y a los demás ascendientes de la misma rama "dicho reconocimiento no crea vocación hereditaria en favor del reconociente ni de los demás ascendientes de su rama"⁽¹⁰⁷⁾, siendo que el interés moral que puede motivar el reconocimiento del hijo ya fallecido por su padre o su madre no ha de servir en ningún caso para atribuir expectativas patrimoniales de orden sucesorio, ya que estos reconocimientos post mortem pueden considerarse sospechosos de hacerse con fines interesados, es decir para heredar al hijo, nuestro Código civil se adhiere a este punto de vista puesto que solamente permite el reconocimiento del hijo muerto si este ha dejado descendencia (art. 364 C.C.) ésta se aprovechará del reconocimiento pues a partir de él podrá suceder al reconocedor, pero a pesar de esto la Jurisprudencia francesa "término aceptando la tesis de la validez del reconocimiento aún cuando se haga con el objeto de heredar al hijo difunto"⁽¹⁰⁸⁾ por lo tanto de esta forma se manifiesta el carácter declarativo del reconocimiento siendo que el mismo comprueba un lazo natural, un parentesco que produce efectos tanto para los padres como para los hijos, es la prueba de un hecho anterior, es decir coordina con la tesis de que el reconocimiento no crea la relación de filiación --imposible ya con quien ha dejado de ser existir-- sino que únicamente proclama lo que históricamente fue realidad con la consiguiente eficacia jurídica de la filiación desde que tiene lugar ésta.

Al respecto Borda señala que hay que tomar en cuenta que la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento expreso y que en este caso un

(107) ZANNONI. Ob. cit. p. 332

(108) PLANIOL. Ob. cit. p. 170

reconocimiento post mortem no priva al padre de sus derechos hereditarios lo que es justo, por si en vida del hijo su padre lo ha tratado como tal cumpliendo todos los deberes que le son propios, no hay ninguna inmoralidad en el reconocimiento después de muerto, aunque sea con el propósito de heredarlo.

Es conveniente señalar que por lo que corresponde a los hijos que por su origen se consideran adulterinos o incestuosos pueden reconocerse puesto que tal calificación ha desaparecido, desde luego con sus limitantes que señalan los artículos 62 y 63 en cuanto se refieren al hijo habido de mujer casada con otro hombre distinto de su marido --el cual he señalado anteriormente-- y por lo que respecta a los hijos incestuosos sus progenitores tienen derecho de que consten sus nombres en el acta pero no se expresa que el hijo es incestuoso (art. 64 C.C.).

Por otro lado en cuanto a los hijos adoptivos "No hay en este caso incompatibilidad entre un estado y otro"⁽¹⁰⁹⁾ además si el padre descubre con posterioridad a la adopción la existencia de la relación de un vínculo de sangre no es lógico ni humano prohibir el reconocimiento, de igual manera nada se opone a que se reconozca como hijo extramatrimonial a quien ha sido adoptado por otras personas no hay tampoco en este caso incompatibilidad de estado que imposibilitara el reconocimiento.

3.6 ELEMENTOS FORMALES DEL RECONOCIMIENTO

Respecto de los requisitos de forma ha de tenerse en cuenta que por la trascendencia del acto, su carácter irrevocable y la necesidad de mantener fijo e invariable el estado civil de las personas, la declaración de la voluntad ha de hacerse en forma solemne.

El reconocimiento es un acto formal por lo que requiere para su validez "como título de determinación legal"⁽¹¹⁰⁾ que sea otorgado en

⁽¹⁰⁹⁾ BORDA. Ob. cit. p. 39

⁽¹¹⁰⁾ PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Ob. cit. p. 432

forma pública determinada, parece que el carácter formal del reconocimiento exige que en el documento público conste como objeto directo del mismo la declaración de admitir la propia paternidad. Díaz del Corral -citado por Peña- define que es suficiente para que la filiación quede establecida el reconocimiento incidental, es decir el que aparece en un documento público que no tiene por objeto directo dicha declaración, pero en el que indirectamente se contiene la afirmación de la propia paternidad dicho con otras palabras el reconocimiento incidental no requiere un acto expreso destinado exclusivamente a formular una declaración de voluntad sobre esta cuestión, ningún inconveniente hay en que la manifestación se formule incidentalmente con motivo de otro acto, como ejemplo típico encontramos el testamento --el cual esta señalado por la ley como forma de realizar el reconocimiento-- cuyo objeto fundamental es la disposición de bienes y en que con frecuencia y con motivo de esa misma disposición suele reconocerse incidentalmente el carácter de hijo de alguno de los herederos, es necesario favorecer cuanto tienda a dejar establecida la verdadera filiación de las personas, otros ejemplos que puedo citar es la autorización concedida por el padre o la madre para que el hijo menor contraiga matrimonio, con tanta mayor razón será válido el reconocimiento si se lo ha hecho expresamente aunque sea atribuyendo el carácter de legítimo a quien es nacido fuera de matrimonio pero a pesar de esto el reconocimiento "debe ser claro, inequívoco y suficiente para individualizar a la persona reconocida"⁽¹¹⁾ de lo anterior puedo decir que si un reconocimiento no se lleva a cabo por medio de alguno de los modos previstos por ley, pero este es totalmente expreso --aunque sea accidental-- en relación a declarar la paternidad o maternidad respecto de determinada persona, hay que darle validez a este reconocimiento el cual podría ser ratificado ante la presencia judicial en vez de servir este como principio de prueba para iniciar una investigación de la paternidad.

Al respecto la doctrina francesa señala que "se admite que toda confesión incluso indirecta de paternidad o de maternidad, aunque no se haya hecho para reconocer al hijo equivale a reconocimiento con tal que

(11) BORDA. Ob. cit. p. 44

este contenida en un acto auténtico⁽¹¹²⁾, de esta forma la Corte de Casación ha considerado como reconocimiento válido el consentimiento dado por la madre para el matrimonio de su hijo menor y consignado en el acta de matrimonio.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 369 del C.C. el reconocimiento de un hijo nacido extramatrimonialmente deberá llevarse a cabo ya sea en el acta de nacimiento, o acta especial ambas ante el Juez del Registro Civil, por medio de escritura pública, por testamento, o por confesión judicial directa y expresa, hecho el reconocimiento en cualquiera de los modos previstos por la ley excepto en la partida del nacimiento y el acta especial, ante el Juez del Registro Civil deberá enviarse el documento ante el mismo Juez dentro de los 15 días siguientes, para que se levante el acta en la que se insertará la parte relativa del documento de reconocimiento (art. 80 C.C.), como el efecto de la inscripción en el Registro Civil no es constitutivo, la omisión del registro no quita los efectos legales al reconocimiento hecho conforme a las disposiciones del Código Civil (art. 81).

3.6.1 Acta de nacimiento

Es la primera de las formas o modos en que se puede llevar a cabo el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, a través del Juez del Registro Civil, "por ser el acta de nacimiento un acto auténtico, sólo por medio de un acto auténtico puede hacerse válidamente un reconocimiento"⁽¹¹³⁾, si el padre o la madre de un hijo extramatrimonial o ambos lo presentan para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos los efectos de reconocimiento legal respecto del progenitor compareciente (art. 77 C.C.), esto significa que se trata mas que de un reconocimiento de una gestión administrativa de declaración y presentación del hijo ante el encargado del Registro Civil que surte sus efectos de reconocimiento por ministerio de ley.

(112) MAZEAUD. Ob. cit. p. 418

(113) Op. cit. p. 418

3.6.2 Acta especial de reconocimiento

Este tipo de acta se da para el caso de que ya se haya levantado con anterioridad el acta de nacimiento, para tal situación se acude ante el mismo Juez del Registro Civil para hacer el reconocimiento del hijo, levantándose acta especial; este reconocimiento sigue siendo acto unilateral aún cuando se requiera la presencia del reconocido si este es mayor de edad o la del tutor si es menor, por que el consentimiento de estos sólo es un requisito de eficacia necesario para su inscripción en el Registro Civil y no para que sea generada la relación jurídica paterno-filial, que se establece por la manifestación de voluntad de quien reconoce. Como el acta de reconocimiento se hace con posterioridad a la de nacimiento se hará mención en ésta del reconocimiento habido, haciendo la anotación correspondiente además de que si se realiza en una oficina del Registro Civil distinta en la que se levantó el acta de nacimiento el Juez que autoriza el reconocimiento remitirá copia del acta especial de reconocimiento al juez en que se levantó el acta de nacimiento para que se realice la anotación en el acta respectiva (art. 83 C.C.).

3.6.3 Escritura Pública

Quando nos encontramos con un reconocimiento realizado mediante escritura pública estamos ante la posibilidad de un acto jurídico unilateral, siendo documentos públicos los autorizados por un notario, empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley, pero según el artículo 79 del C.C. se requiere el consentimiento del reconocido mayor de edad, para que se levante el registro correspondiente del acta en el registro civil como requisito de eficacia, al respecto Rojina Villegas señala que "si en los casos en que se haga el reconocimiento del hijo mayor de edad ante el Juez del Registro Civil se requiere su absoluta conformidad, no hay razón alguna para no exigir esta, cuando el reconocimiento se lleva acabo en un acto que es unilateral en la forma en que se realiza: testamento, escritura, confesión pero para que surta efectos tendrá que convertirse en

bilateral"⁽¹¹⁴⁾ pero como ya he manifestado en el punto correspondiente a la característica de unilateralidad del reconocimiento y según lo dispuesto por los artículos 80 y 81 del C.C., si el reconocimiento se lleva a cabo por medio de escritura pública, testamento o confesión judicial deberá presentarse ante el Registro Civil para su inscripción, pero la omisión de este registro no priva de sus efectos legales al reconocimiento.

3.6.4 Testamento

Se caracteriza por ser un acto unilateral, personalísimo, revocable y libre por virtud del cual una persona capaz instituye herederos o legatarios, o declara o cumple deberes de trascendencia jurídica para después de su muerte; siendo la función normal del testamento la de instituir herederos o legatarios para que se produzcan sus consecuencias jurídicas para después de su muerte, pero esto no implica que no pueda otorgarse el testamento para reconocer a un hijo, porque evidentemente se esta cumpliendo con un deber que produce consecuencias de ese derecho, consistentes en crear derechos y obligaciones entre el hijo y el testador, no solo para después de su muerte sino incluso durante su vida puesto que el reconocimiento al no ser revocable, aunque el testamento lo sea (art. 367 C.C.), el reconocido al enterarse del reconocimiento efectuado en dicho instrumento, podrá favorecerse de éste, produciéndose sus consecuencias jurídicas. La nulidad del testamento trae consigo la nulidad del reconocimiento, lo que resulta lógico pensando en la falta de capacidad o vicios de la voluntad pero al respecto la ley no estipula nada en sentido contrario. De igual forma en la ley no se especifica en que tipo de testamento se puede llevar a cabo el reconocimiento de lo cual se deriva que puede ser en un testamento ordinario o especial, pero yo me inclinaria a que solamente se admite el público cerrado o público abierto de acuerdo con lo que señala la doctrina, siendo que el reconocimiento debe hacerse en un documento público y no en un documento privado, pero como he señalado anteriormente si existe un documento privado en el cual indudablemente se exprese la voluntad del reconocedor para admitir como hijo suyo a

(114) ROJINA VILLEGAS. Ob. cit. p.747

determinada persona, dicho documento puede ser presentado posteriormente ante la autoridad judicial para darle eficacia al mismo.

El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste contenga otras disposiciones o sean nulas las demás que contuviere; se trata de uno de los supuesto de posible contenido no patrimonial del testamento, incluso es válido aunque el testamento no contenga disposiciones o sean nulas las que contuviere. Gomez Ferrer -citado por Peña- sostiene que solo es posible el reconocimiento en el testamento abierto notarial, puesto que éste es el único que es documento público, parece sin embargo que cabe el reconocimiento en cualquier otro tipo de testamento, si bien sólo valdrá como título de determinación legal, cuando el testamento adquiera el carácter de documento auténtico. Borda señala que aunque el testamento fuera nulo, no obstante ello el reconocimiento es plenamente válido si ha sido firmado por el testador pues basta con ello para que el reconocimiento tenga validez como instrumento privado aunque sea nulo como testamento.

3.6.5 Confesión Judicial Directa y Expresa

Se refiere a la confesión que se hace ante el Juez, el hecho de que diga que debe ser expresa y directa significa que debe realizarse por el interesado directamente y no a través de un mandatario general, en caso de no poder concurrir se requiere de mandato especial en los términos del artículo 44 del C.C., al ser expresa se refiere a que no puede admitirse una confesión cuando por rebeldía se tiene por confesada una demanda, esta confesión no puede hacerse en cualquier juicio, por que la confesión debe estar relacionada directamente con los puntos controvertidos, por ejemplo podrá ser punto de controversia en un juicio de alimentos si el actor es o no hijo del demandado, en un juicio de investigación de la paternidad o maternidad, evidentemente que si tendrá una relación directa con la controversia formular la posición respectiva al demandado para que declare si el actor es o no su hijo, pero no podrían articularse posiciones para obtener una delcración judicial directa y expresa sobre la paternidad o la maternidad en un juicio en donde no se discutiese la calidad del hijo que tuviere una de

las partes frente a la otra. Al respecto me permito citar la siguiente Jurisprudencia: "Reconocimiento de hijos. Requisitos de la confesión para constituirlo.- Los formalismos previstos en el artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal tienen la finalidad de establecer prueba auténtica del reconocimiento de un hijo, esto es, la declaración de voluntad de admitir el hecho de la paternidad (o de la maternidad) y de asumir las consecuencias legales inherentes a esa aceptación. En lo que concierne específicamente a la fracción V de dicho precepto, el legislador instituyó la confesión del progenitor como medio para llevar acabo el reconocimiento, pero no cualquier tipo de confesión, sino precisamente la que llena los siguientes tres requisitos: a) Judicial, b) Directa y c) Expresa; Judicial porque debe producirse dentro del juicio (aún cuando se admite por extensión, la hecha en los medios preparatorios del mismo o en providencias precautorias) y ante el juez competente. Directa, por que la voluntad consciente del confesante debe estar encaminada exclusivamente a una meta, como es la admisión de la certeza de la paternidad (o de la maternidad); por tanto este requisito no se surte si esa voluntad se encuentra dirigida a un fin distinto al reconocimiento y sólo se alude de manera incidental al parentesco. Expresa, por que la confesión ha de externarse necesariamente de manera hablada o escrita y no debe ser advertida mediante inferencias si la confesión no reúne estos tres requisitos, no tendrá eficacia de medio de reconocimiento de un hijo"⁽¹¹⁵⁾.

(115) CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO en Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial. Octava Época. Tomo VIII. Octubre 1991. Tribunales Colegiados. p. 257

3.7 EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

El efecto sustancial del reconocimiento es atribuir a una persona el estado de hijo extramatrimonial, y por consecuencia todos los derechos y obligaciones que surgen de ese estado. El reconocimiento tiene la eficacia erga omnes, puesto que el legislador trata al reconocimiento como acto constitutivo: hace de él un medio de prueba de la filiación, por que declarará oponible a todos, pone de manifiesto por un medio legítimo un estado civil que tiene validez y vigencia para todos tanto reconecedor, reconocido y terceros, es verdad que ese estado puede ser impugnado y destruído judicialmente pero en tanto ello no ocurra, el reconocimiento produce plenos efectos.

El reconocimiento no crea el vínculo de filiación, lo prueba el hijo se considerará pues reconocido retroactivamente como hijo de su autor desde el día de su nacimiento, el reconocimiento prueba ya el parto --reconocimiento por la madre-- y la identidad del hijo favorecido con el reconocimiento, al igual que el acta de nacimiento de hijo habido en matrimonio, es prueba aceptada también la identidad de quien la presenta, siendo el efecto del reconocimiento absoluto, es oponible no sólo a su autor y a sus herederos sino a los terceros.

Probada por un reconocimiento la filiación natural produce los efectos que estan unidos por la ley a ese vínculo jurídico, los cuales son: que genera un estado de familia no privándole con esto su carácter de declarativo, puesto que un hijo que no conocía a su padre, al reconocerse genera un estado de familia por el cual pasa a situarse dentro de la familia en calidad de hijo, con todos los derechos y obligaciones; los efectos del reconocimiento operan sobre el pasado por lo tanto se inicia una relación jurídica que no existía al desconocerse los sujetos de ella, el reconocido entra bajo la patria potestad de quien lo reconoce, institución protectora de la persona y bienes de los menores no emancipados; el reconocido tiene derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos de quienes lo reconozcan (art. 389 frac. I C.C.); también tiene derecho a ser alimentado por las personas que lo reconozcan entendiéndose este término con la amplitud del artículo 308 del C.C.; el reconocimiento otorga al hijo reconocido la

porción hereditaria que determina el código civil en la sucesión intestada.

Cabe mencionar que los efectos del reconocimiento no pueden quedar sometidos a plazo o a condición por tratarse de un acto relativo al estado civil de las personas que la ley regula de manera expresa.

Cabe preguntarse en que momento produce sus efectos el reconocimiento, esta cuestión se vincula desde luego con el carácter declarativo o constitutivo del reconocimiento, los autores que sustentan que este acto crea o constituye un estado afirman que solo produce efectos a partir del instante en que se llevo a cabo. En cambio los que piensan que el reconocimiento es declarativo deben de admitir que tiene plenos efectos a partir del momento mismo de la concepción, si se acepta que una persona es hijo de otra habrá que admitir que siempre lo ha sido, sostener que no lo fue hasta el instante arbitrariamente elegido por el padre y si después es contrario a la naturaleza de las cosas. Pero esta retroactividad del reconocimiento no podría afectar actos o situaciones irreversibles por su propia naturaleza, así por ejemplo la patria potestad nace desde el momento del reconocimiento. Cabe preguntarse si el reconocimiento hecho en testamento vale desde el momento en que se hizo o solo desde la muerte del autor es decir si antes del fallecimiento del autor podría invocarse el reconocimiento y hacerle producir efectos, hay autores que afirman que los efectos solo se producen después de la muerte del testador, que todo forma parte del testamento afirmando que pertenece a su autor y solo a el en su pensamiento íntimo y si es verdad que está escrito es para permanecer secreto porque mientras viva es como si no existiera manifestación anterior alguna. De ninguna manera puedo compartir esta opinión influida claramente por la idea de revocabilidad del reconocimiento hecho por testamento, esa declaración tiene un valor por sí mismo independientemente de la surte del resto de la disposición de última voluntad y siendo independiente no hay razón alguna para no hacerle producir efectos desde el mismo momento en que se produjo el reconocimiento, pues "Los efectos de este no se producen ex voluntate, si no ex lege" ⁽¹¹⁶⁾.

(116) BORDA. Op. cit. p. 47

Cabe hacer mención que en la legislación Chilena en cuanto a los efectos de la filiación "Natural" siendo que el padre o la madre carecen de la patria potestad con respecto al hijo ya que su código restringe la patria potestad al caso de los hijos legítimos no admitiéndola al tratarse de los hijos naturales, puesto de dicho ordenamiento define la patria potestad como "el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre legítimos sobre los bienes de sus hijos no emancipados (art. 240)"⁽¹¹⁷⁾. al respecto señalaré que en dicha legislación existe un estado de hijo natural y la calidad de hijo simplemente ilegítimo --siendo éstos los no reconocidos--, mientras que los padres y los hijos simplemente ilegítimos no existen otros derechos y obligaciones que los relativos a la prestación de alimentos, los padres "naturales" tienen además autoridad sobre los hijos que hubieren reconocido con las formalidades legales, autoridad por virtud de la cual les corresponde cuidar personalmente de su crianza, educación, establecimiento y elegirles el estado o profesión futura así como corregirlos y castigarlos mesuradamente. El hijo natural debe respeto y obediencia a su padre o madre natural, así mismo tiene el deber de auxiliar y socorrer a sus padres de la manera más amplia en todas las circunstancias que lo precisen, si ambos progenitores lo son en calidad de padres naturales deberán ostentar la tuición --protección-- al igual que en el caso de los padres legítimos, este derecho a la tuición del hijo natural por aquel de sus padres que lo hubieren reconocido, no es absoluto, en efecto puede el juez en caso de inhabilidad física o moral del padre o de la madre natural, confiar el cuidado personal del hijo a otra persona o personas competentes; si ambos padres tienen la calidad de naturales, el juez determinará en caso necesario lo que a cada uno de ellos corresponda según sus facultades y circunstancias para contribuir a la crianza y educación del hijo, si muere alguno de los co-reconocientes la carga será solo del sobreviviente, toca a los padres naturales prestar su consentimiento para que sus hijos naturales menores de 21 años puedan contraer matrimonio, esto rige solo en los casos de reconocimiento voluntario. Carentes de la patria potestad en lo patrimonial los padres naturales pueden administrar los bienes de sus hijos en cuanto sean curadores, es llamado a la guarda legítima del hijo natural el padre o madre que primero le haya reconocido y si ambos le

(117) FUEYO LANERI. Ob. cit. p. 480

han reconocido a un tiempo el padre, los padres e hijos naturales son herederos entre sí del mismo modo se deben alimentos.

3.8 NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO

La acción de nulidad "ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por vicios que atañen su eficacia constitutiva como tal"⁽¹¹⁸⁾, de tal modo que en la acción de nulidad no esta en juego, ni se discute si el reconociente es en verdad el padre o la madre del reconocido, sino que ataca la validez del acto jurídico del reconocimiento por vicios que lo afectan.

La anulación del reconocimiento no impide que en el futuro se realice un nuevo reconocimiento mediante acto válido. En cuanto a nuestra legislación admite el derecho que tiene el menor para anular el reconocimiento si sufrió error o engaño, al así permitirlo el artículo 363 del C.C., tratándose de una nulidad relativa pues afecta el consentimiento con los vicios citados y el acto puede ser inválido en los términos del artículo 1795 frac. II del C.C. además existe un plazo de 4 años después de la mayoría de edad para intentar la acción, transcurrido el cual caduca la misma, lo que da el carácter de prescriptible, que es otro elemento para calificarla de relativa, el C.C. no contiene mención expresa --a diferencia del menor de edad-- para que el mayor de edad pueda intentar la acción de nulidad por error o engaño sin embargo estimo que no puede privarse a nadie de la facultad para intentar la nulidad en cuanto ésta se presente al respecto Zannoni, señala que si nulidad se funda en "los vicios de error dolo o violencia la acción prescribirá a los 2 años de haber cesado el vicio"⁽¹¹⁹⁾.

Cuando un reconocimiento pretenda hacerse en forma distinta a cualquiera de los modos previstos en el C.C. se originará la inexistencia del acto jurídico y no la nulidad puesto que se trata de un acto solemne y

⁽¹¹⁸⁾ ZANNONI. Ob. cit. p. 446

⁽¹¹⁹⁾ Op. cit. p. 452

su falta impide que el acto jurídico exista. Siendo nulo el reconocimiento no produce ningún efecto ni en favor del hijo ni en su contra.

Al respecto Planiol señala que el reconocimiento es nulo cuando se pruebe legalmente que el hijo reconocido nació de un incesto o de un adulterio, resulta también la nulidad del hecho de que el padre al declarar la paternidad atribuya el hijo a una mujer casada con otro hombre o cuando la madre atribuya la paternidad del hijo a un hombre casado con otra mujer, aún cuando el reconocimiento no sea inexacto debe ser anulado a petición de su autor, si el consentimiento ha sido violado por error, dolo o violencia o a petición de cualquier interesado, sino se ha hecho en las formas legales.

La acción de reconocimiento --señala Zannoni-- procede en los siguientes casos:

a) por incapacidad del reconociente; es nulo el reconocimiento otorgado por menores impúberes y en general por los incapaces absolutos de obrar, es decir por los dementes y sordomudos que no sepan leer y escribir;

b) por ausencia momentánea o circunstancial de discernimiento en el reconociente, aunque fuera capaz en términos generales considera que para este caso el reconocimiento será anulable;

c) por vicios en la voluntad del reconociente al otorgar el acto de reconocimiento -citando como vicios el dolo o violencia y el error-;

d) por emplazar un estado de familia incompatible con el que ya goza el reconocido, es decir para el caso de que se inscribiesen reconocimientos sucesivos o que el reconocimiento se refiera a una persona cuya paternidad y maternidad resultan del acta de nacimiento del reconocido, el o los reconocimientos posteriores al primero son nulos --a su juicio es una nulidad absoluta por afectar la estructura del estado de familia--. Esto no obsta a que el posterior reconocimiento a pesar de su nulidad pueda ejercer la acción de impugnación en contra del primer reconocimiento, y pronunciada la sentencia dejándolo sin efecto, promover la inscripción del nuevo reconocimiento;

e) por vicios de forma sino se inscribiere con las formalidades previstas para la inscripción del nacimiento;

f) por la falta de edad, cuando quien pretende reconocer no tenga la edad suficiente para contraer matrimonio al tiempo del nacimiento de la persona que se pretende reconocer y en el caso del varón este no haya obtenido autorización judicial y en la mujer no haya demostrado la maternidad.

En la legislación chilena existe la figura jurídica de la repudiación del reconocimiento que se le concede al reconocido, esta opera solo en el caso del nacimiento del estado de hijo natural por virtud del No. 1 del artículo 271 --dicho numeral establece que "son hijos naturales los que el padre o la madre o ambos hubieren reconocido como hijo suyo mediante una declaración formulada con ese determinado objeto en escritura pública, en la inscripción de nacimiento del hijo o en acto testamentario"⁽¹²⁰⁾--, la aceptación expresa o tácita del reconocimiento hecha por el hijo mayor de edad impide toda repudiación si el hijo reconocido es mayor de edad debe repudiar el reconocimiento dentro de un año contado desde que llegó a su conocimiento; si fuere menor se suspende el plazo para repudiar ya que solo él puede hacerlo y dispondrá del mismo tiempo para hacerlo.

Si es muerto el hijo que se reconoce o si el reconocido menor fallece antes de llegar a la mayoría de edad, sus herederos pueden repudiar dentro de un año contado desde el reconocimiento -- para el primer caso-- o la muerte del reconocido --en el segundo caso--, si el hijo reconocido mayor de edad muere antes de expirar el año que tenía como plazo para repudiar los herederos pueden repudiar en el tiempo restante, el demente y el sordomudo declarados en interdicción, repudiarán por medio de sus representantes legales quienes actuarán con autorización judicial.

La repudiación es un acto solemne que debe constar por escritura pública y cuyo contenido debe anotarse al margen de la respectiva inscripción de nacimiento; la repudiación no afectará los derechos adquiridos ni los actos válidamente celebrados en el tiempo intermedio.

(120) FUEYO LANERI. Ob. cit. p. 447

3.9 IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO

La acción de impugnación del reconocimiento ataca o controvierte su contenido o lo que es lo mismo contradice el presupuesto biológico que lo implica: el nexo biológico determinado entre reconociente y reconocido.

Los efectos de la cosa juzgada en la acción de impugnación del reconocimiento, si prospera hacen imposible su reiteración, es decir al declarar inexistente el nexo biológico que determina la procreación y que es el sustento del reconocimiento.

Se diferencia de la acción de nulidad en la circunstancia de que éste ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento, mientras que la acción de impugnación del reconocimiento controvierte el supuesto biológico que lo implica.

Se puede definir la acción de impugnación del reconocimiento diciendo que es "la acción de estado de desplazamiento por la cual se niega que el reconociente sea el padre o la madre del reconocido y que de prosperar deja sin efecto el título de estado que mediante el reconocimiento se obtuvo, o en su caso impide su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas"⁽¹²¹⁾. Se trata de demostrar que el hijo no es de la persona que lo ha reconocido, por tanto "la impugnación es posible siempre que el hijo no haya nacido de la mujer que lo ha reconocido o que no haya sido concebido por el autor del reconocimiento"⁽¹²²⁾.

En nuestro derecho la impugnación no se limita solamente a negar al reconociente ser el padre o la madre del reconocido, sino también cuando se hubiere efectuado en perjuicio del menor, no se especifica en el artículo 368 del C.C. que clase de perjuicio se le puede causar al menor pudiendo ser patrimonial o moral o cuando se le causa dicho perjuicio y tampoco especifica en esta parte del citado artículo si se le causa perjuicio aún cuando el reconocedor fuera su verdadero padre, otorgándole tal acción al Ministerio Público. Este elemento: el perjuicio

(121) ZANNONI. Ob. cit. p. 448

(122) MAZEAUD. Ob. cit. p. 423

distingue a la legislación mexicana de la doctrina general que sólo trata de la impugnación por no darse el supuesto biológico de la filiación:

La impugnación del reconocimiento es admisible sólo cuando emana de una declaración de voluntad del padre o madre, si procede de una declaración por sentencia judicial no es impugnabile.

La impugnación "deberá fundarse en el hecho de que el hijo reconocido no ha podido tener por padre al otorgante o bien que no ha podido tener por madre a la reconociente"⁽¹²³⁾.

Por lo tanto la acción de la impugnación tiene como fin establecer la inexactitud del vínculo de filiación afirmada por el reconocimiento, en cambio la acción de la nulidad tiene por finalidad probar que no ha sido cumplido uno de los requisitos exigidos por la ley para la validez del reconocimiento.

En nuestro Código Civil se encuentran dos acciones diversas en materia de impugnación según quien sea el titular de la misma, una es la acción que puede intentar el reconocido para este caso se tratará de una acción de reclamación (art. 376 C.C.) si el titular es una persona diversa la acción será contradictoria del reconocimiento (arts. 368, 378 y 379 del C.C.) situación que a mi criterio no deberá de tener dos denominaciones diferentes siendo que se trata de una misma acción siendo esta impugnar el reconocimiento.

Quienes pueden ejercer esta acción:

a) El hijo reconocido quien evidentemente tiene un interés en establecer su verdadero filiación (art. 376 C.C.) cuando llegue a la mayoría de edad éste puede personalmente reclamar contra el reconocimiento, dentro del término de 2 años que comenzarán a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, si no lo tenía después de la fecha en que lo adquirió (art. 377 C.C.), al respecto Zannoni señala que el hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo, Borda lo reafirma diciendo que tal acción es imprescriptible, los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento, y si el menor que impugna el reconocimiento es menor de edad deberá actuar por intermedio de su representante legal, y si éste fuese precisamente el demandado deberá designarse un tutor especial,

(123) FUEYO LANERI. Ob. cit. p. 478

si el hijo hubiese sido reconocido por ambos progenitores y se impugnase la paternidad la madre será de pleno derecho la representante del hijo.

Planiol señala que "la acción de impugnación del reconocimiento es imprescriptible: la mentira no puede crear el estado de un persona y conceder, al cabo de 30 años, un hijo a quien nunca lo ha tenido. Sin embargo cuando la acción de impugnación se funda en un interés patrimonial, solamente se concede en tanto cuando no haya prescrito este interés"⁽¹²⁴⁾.

b) El Ministerio Público cuya acción contradictoria solo se limita a defender al menor cuando el reconocimiento se hubiere efectuado en su perjuicio (art. 368 primer párrafo del C.C.), el perjuicio puede ocasionar la pérdida o suspensión de la patria potestad del reconociente, pero nunca cuestionar la relación paterno-filial basada en la inexactitud del vínculo biológico, al respecto Planiol y Mazeaud señalan que en su ordenamiento legal se le niega al Ministerio Público ejercitar esta acción.

Solo puede ejercer dicha acción durante la minoría del reconocido, éste al llegar a la mayoría de edad puede reclamar personalmente el reconocimiento, por lo tanto la acción contradictoria del reconocimiento del Ministerio Público caduca cuando el menor llega a la mayoría de edad.

c) El progenitor, es decir la persona que pretende ser el verdadero padre o la verdadera madre "que reclame para sí tal carácter, con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente o para el solo efecto de la exclusión" que señala el párrafo segundo del artículo 368 puesto que se pueden dar casos en que el hombre consienta en reconocer al hijo de la mujer con quien se casa con el fin de legitimarlo, lo reconoce sin ser suyo, para este supuesto no se señala en la ley plazo de caducidad para la acción que puede intentar el progenitor que reclame para sí tal carácter, lo que haría suponer que se trata de una acción imprescriptible sin embargo existe un término para que el reconocido que es el principal actor en esta institución reclame contra el reconocimiento lo que me llevaría a deducir que no puede dejarse

(124) PLANIOL. Ob. cit. p. 176

distingue a la legislación mexicana de la doctrina general que sólo trata de la impugnación por no darse el supuesto biológico de la filiación.

La impugnación del reconocimiento es admisible sólo cuando emana de una declaración de voluntad del padre o madre, si procede de una declaración por sentencia judicial no es impugnable.

La impugnación "deberá fundarse en el hecho de que el hijo reconocido no ha podido tener por padre al otorgante o bien que no ha podido tener por madre a la reconociente"⁽¹²³⁾.

Por lo tanto la acción de la impugnación tiene como fin establecer la inexactitud del vínculo de filiación afirmada por el reconocimiento, en cambio la acción de la nulidad tiene por finalidad probar que no ha sido cumplido uno de los requisitos exigidos por la ley para la validez del reconocimiento.

En nuestro Código Civil se encuentran dos acciones diversas en materia de impugnación según quien sea el titular de la misma, una es la acción que puede intentar el reconocido para este caso se tratará de una acción de reclamación (art. 376 C.C.) si el titular es una persona diversa la acción será contradictoria del reconocimiento (arts. 368, 378 y 379 del C.C.) situación que a mi criterio no deberá de tener dos denominaciones diferentes siendo que se trata de una misma acción siendo ésta impugnar el reconocimiento.

Quienes pueden ejercer esta acción:

a) El hijo reconocido quien evidentemente tiene un interés en establecer su verdadero filiación (art. 376 C.C.) cuando llegue a la mayoría de edad éste puede personalmente reclamar contra el reconocimiento, dentro del término de 2 años que comenzarán a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, si no lo tenía después de la fecha en que lo adquirió (art. 377 C.C.), al respecto Zannoni señala que el hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo, Borda lo reafirma diciendo que tal acción es imprescriptible, los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento; y si el menor que impugna el reconocimiento es menor de edad deberá actuar por intermedio de su representante legal, y si éste fuese precisamente el demandado deberá designarse un tutor especial,

(123) FUEYO LANERI. Ob. cit. p. 478

el vínculo impugnado, de lo contrario continua en pie la validez del reconocimiento.

Borda menciona que los efectos de la sentencia sobre impugnación del reconocimiento son los siguientes: si la demanda de impugnación es rechazada el título de estado que es el reconocimiento seguirá produciendo todos sus efectos erga omnes, pero la sentencia no tiene autoridad de cosa juzgada sino para las partes, otros interesados podrán intentar nuevamente la impugnación; si la demanda es admitida queda destruido el estado del hijo y naturalmente la sentencia tiene valor de cosa juzgada para todos puesto que el estado tiene eficacia erga omnes.

La sentencia que anula un reconocimiento tiene efectos retroactivos al día en que éste se efectuó, pero la aplicación de este principio no puede hacerse sin algunas salvedades: es indudable que deben respetarse los derechos de los terceros de buena fe que han celebrado actos en atención a ese reconocimiento por ejemplo serán válidos los contratos celebrados por el padre con terceros en ejercicio de la patria potestad, los alimentos prestados entre los supuestos padres e hijo no están sujetos a una acción de repetición.

CAPITULO CUARTO

4. INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD Y DE LA MATERNIDAD

4.1 CONCEPTO

Antes de señalar el concepto de investigación de la paternidad o maternidad es necesario establecer que se trata de una acción de filiación, siendo ésta una acción de estado civil que tiene por fin bien la afirmación, bien la negación de la paternidad o de la maternidad y como señala Bernaldo Peña de Quiros la acción de reclamación es por la que se pretende la afirmación de determinada filiación --paternidad o maternidad--.

"Las acciones de filiación son las que tienen por objeto reclamar o impugnar un estado de filiación matrimonial o no matrimonial"⁽¹²⁷⁾ .

No sería justo dejar librada una cuestión tan importante como es la determinación del verdadero estado de filiación de una persona al libre arbitrio de los padres, por eso los hijos pueden suplir la falta de reconocimiento por una acción judicial que demuestre su filiación "es el derecho que tienen 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"⁽¹²⁸⁾ .

El hijo puede sin esperar la buena voluntad de su padre o de su madre ejercitar en ciertos casos y bajo determinadas condiciones una acción en su contra y tener como título una sentencia; a este medio se le llama ordinariamente reconocimiento forzoso en oposición al reconocimiento voluntario, resulta preferible evitar ese lenguaje por que el reconocimiento forzoso --investigación de la filiación-- aunque

(127) PUIG BRUTAU. Ob. cit. p. 139

(128) CHAVEZ ASENCIO Ob. cit. p. 175

produce los mismos efectos que un reconocimiento voluntario "no constituye en nada un reconocimiento: el vínculo de la filiación se afirma por el tribunal fuera de la voluntad de los padres y generalmente contra esa voluntad incluso"⁽¹²⁹⁾.

Es necesario mencionar que aún hecha la prueba de que el hijo se encuentra en alguno de los cuatro supuestos previstos por el legislador el juez no está obligado a declarar la paternidad "sigue siendo libre, ya sea para admitir la acción, ya sea para exigir pruebas suplementarias, el juez puede declarar la paternidad en los casos enumerados, pero no que deba hacerlo"⁽¹³⁰⁾.

Reverte señala al respecto que "debe distinguirse la verdadera investigación de la paternidad de la investigación del reconocimiento tácito solemne --argumentando-- que en la primera hipótesis la ley ordena al juez que averigüe si pudo ser y probablemente fue este hombre padre de este hijo, en la segunda lo que la ley ordena al juez es si quiso este varón tener a esta criatura como su hijo"⁽¹³¹⁾, en el primer supuesto el juez constata un hecho biológico, en el segundo el juez constata un comportamiento o conducta independientemente del hecho biológico; situación que conviene citar doctrinalmente pero que para efectos del tema según nuestra legislación es inoperante por que de alguna manera en los cuatro supuestos permitidos para la investigación de la paternidad lo que existe es una presunción de la concepción y esa situación de la existencia de un comportamiento por el cual se determine si un varón quiso ser o no ser el padre de determinado hijo es de difícil comprobación además de que jurídicamente lo que debe importar es si lo es o no.

Para los autores españoles como Puig, Peña y Reverte consideran que el juez debe compaginar las pruebas que se refieren a los grupos sanguíneos y características biológicas en general con la presunción razonable de que el padre ha tenido relaciones sexuales con la madre en tiempo hábil de concepción o para poder determinar la paternidad cuando la madre haya tenido acceso con varios hombres a través de una

(129) MAZEAUD Ob. cit. p. 440

(130) Op. cit. p. 468

(131) REVERTE. Ob. cit. p. 120

valoración racional de las pruebas para poder establecer la paternidad por medio de la investigación de la misma.

De todo lo que implica una investigación de la paternidad "lo que debe prevalecer es la imposibilidad de dejar al hijo y a su madre desarmados frente a un padre que se niega a cumplir sus más elementales deberes la paternidad crea obligación que no debe ser posible eludir"⁽¹³²⁾ esto puesto que la obligación natural es una obligación que esta reconocida por el derecho pero que no es susceptible de cumplimiento forzoso por lo tanto el temor al escándalo no pasa de ser un pretexto fundado en una moral inexistente para no permitir libremente la investigación de la paternidad, al respecto Borda señala que "se puede investigar la maternidad aún cuando se trate de atribuir un hijo a una madre casada"⁽¹³³⁾ situación con la cual no estoy de acuerdo puesto que una investigación de este tipo podría producir rupturas conyugales y la desestabilización familiar.

De lo expuesto puedo concluir como concepto de investigación de la paternidad o maternidad que es una acción por medio de la cual los hijos nacidos extramatrimonialmente y que no hayan sido reconocidos por sus padres pueden ejercitar para establecer su verdadera filiación, misma que esta restringida a ciertos casos que señala expresamente la ley.

⁽¹³²⁾ MAZEAUD. Ob. cit. p. 463

⁽¹³³⁾ BORDA. Ob. cit. p. 58

4.2 CASOS EN QUE ESTA PERMITIDA LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

Antes de señalar los casos permitidos en la investigación de la paternidad se debe tomar en consideración que la filiación se basa en un nexo biológico, por el cual se puede afirmar que una persona descende de otra, esto implica la prueba de la concepción y de la identidad; la concepción hace referencia al supuesto padre como su autor, la identidad del hijo debe acreditarse; de la relación sexual de un determinado hombre se presume la concepción y ésta posibilita al hijo la investigación de la paternidad.

No en todos los casos de investigación de la paternidad hay que acreditar las relaciones sexuales, en los tres casos de delito --raptó, estupro o violación--, se deduce una presunción cuando el delito coincide con la época de la concepción; se conoce a la madre o la persona que sufre el delito, obteniéndose una sentencia condenatoria contra un determinado varón, de esta forma están plenamente identificados los sujetos que tuvieron la relación sexual, por lo tanto el hijo debe probar que en la época del delito fue concebido por esas personas, lo que se deduce como presunción si la relación sexual se coloca dentro del período legal de la concepción, que son los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (art. 325 C.C.). En el caso de la posesión de estado de hijo del presunto padre solo se debe probar la posesión de estado y no la relación sexual, ni el nexo biológico. En el concubinato existe una presunción legal que evita el desahogo de las pruebas señaladas, bastando sólo la prueba del concubinato pero este debe ser notorio, es decir viviendo ambos concubinos bajo el mismo techo. Para el caso de que el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre no requiriéndose que sea por escrito este principio de prueba teniendo de esta forma la ventaja de permitir una gran flexibilidad en cuanto a las pruebas que puedan rendirse. La intención de la ley no ha sido admitir la investigación de la paternidad sino en los casos en que parezca posible una prueba cierta.

4.2.1 RAPTO, ESTRUPRO O VIOLACION

En el caso de estos delitos cuando la época de su comisión coincida con la de la concepción (fracc. I art. 382 C.C.) situación por la cual nos remite a la ley penal, para tal efecto transcribiré a continuación los preceptos del Código Penal vigente en el Distrito Federal que respectivamente definen los delitos de estupro, violación y rapto.

ART. 262 "Al que tenga cópula con persona mayor de 12 y menor de 18, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión."

ART. 265 " Al que por miedo de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los hechos de este artículo se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se sancionará con prisión de tres a ocho años al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido."

ART. 266 " Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de 12 años de edad; y

II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad.

En cuanto al delito de rapto se encuentra derogado por la ley penal, dicho ordenamiento señalaba en su artículo 267 "Al que se apodere de una persona, por medio de la violencia física o moral, o el engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse, se le aplicará una pena de uno a ocho años de prisión" Situación que

considero que si no existe el tipo penal del delito de raptó, civilmente no puede ser una causal para iniciar un juicio de investigación de la paternidad puesto que por este medio no se podría acreditar que existieron relaciones de tipo sexual que pueda presumir una paternidad.

Para estos casos no es el carácter delictuoso del hecho lo que justifica la investigación de la paternidad, esta investigación no es la pena de un delito su única razón de ser consiste en la certidumbre adquirida gracias a las circunstancias sobre la filiación del hijo.

Puede surgir la pregunta de que si en el proceso de investigación de la paternidad se requiere de una sentencia que hubiere condenado al presunto padre en un proceso penal, sólo se refiere a los delitos y éstos están tipificados en el Código Penal cuando se dan los extremos previstos en cada uno de ellos, el Código Civil no habla del procesado y sentenciado por los delitos de estupro, violación o raptó, puede existir delito y no haber sentencia penal, por lo tanto creo que no es necesario agregar requisitos no previstos por el legislador, basta que el juez de lo familiar estime con las pruebas que aportaron que se cometió alguno de los delitos antes citados, pero al respecto el Código Civil debe ser reformado en cuanto el delito de raptó puesto que si es derogado ya no existe como delito, aunque no se requiera de una sentencia penal para proceder a investigar la paternidad, no se puede iniciar la misma por hechos que han dejado de ser delito.

De esta forma se agota el requisito de acreditar las relaciones sexuales habidas entre el presunto padre y una determinada mujer "pero no necesariamente se acredita que el demandante sea concebido por esas relaciones sexuales"⁽¹³⁴⁾, debiéndose comprobar la identidad, es decir el nexo biológico, de esta forma estaremos ante una presunción iuris tantum que establece la ley, en los casos en que alguno de los delitos coincida con la concepción, es decir que esta se pueda colocar dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento --período legal de la concepción-- la presunción iuris tantum operará, como consecuencia el presunto padre tendrá que luchar contra ella, aportando las pruebas necesarias para destruir esta presunción.

(134) CHAVEZ ASENCIO. Ob. cit. p. 179

4.2.2 POSESION DE ESTADO

Será causal de la investigación de la paternidad cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre (fracc. II art. 382) dicha posesión está determinada en el artículo 384 del Código Civil para los casos de hijos habidos fuera de matrimonio; en este caso la posesión tiene menos requisitos que la necesaria para los hijos de matrimonio, toda vez que dicho ordenamiento señala que "la posesión de estado, para los efectos de la fracción segunda del artículo 382, se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento." Siendo lógico que en la filiación extramatrimonial sea en esta forma sin exigir que los actos reveladores de esta posesión de estado sean muy numerosos, ni practicados absolutamente con plena publicidad, puesto que sería absurdo que tuviera que alardear el padre de las relaciones de este tipo y del hijo en ellas concebido para que este pudiera gozar de tal posesión por esta razón solo basta el mantenimiento, la educación y la colocación en calidad de padre en cualquier forma que haga presumible la voluntad de éste de tratar como hijo al reclamante.

Consistente la posesión de estado en el concepto público en qué es tenido un hijo con relación a su padre, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo, aun que sea preciso que tales actos se hagan tan ostentosamente que si se tratara de un hijo matrimonial.

La posesión de estado es "un complejo de circunstancias que atribuidas en su conjunto a un sujeto, presentan a este ante la sociedad como titular de un determinado status"⁽¹³⁵⁾. Al respecto Demolombe -citado por Planiol- señala "que la posesión de estado es la mejor de todas las pruebas, mejor dicho, no hay nada que probar quien posee un estado no tiene que investigarlo. La acción de investigación únicamente

(135) PUIG BRUTAU. Ob. cit. p. 142

se concibe a falta de posesión, cuando no hay pruebas, puesto que la paternidad es conocida⁽¹³⁶⁾.

Por otro lado Planiol y Ripert -citados por Borda- señalan que poseer un estado es gozar del título y de las ventajas anexas al mismo y soportar sus deberes, nomen, tractus y fama, para los cuales no es imprescindible que existan todos, el más importante de ellos es indudablemente el trato, ese tratamiento para que se de por admitido el hecho de la posesión aunque el hijo no llevará el apellido paterno y aunque no hubiera trascendido públicamente la filiación.

De igual manera Borda argumenta que la posesión de estado equivale a un reconocimiento --de hecho--, pero ésta supone una relación recíproca se posee simultáneamente el estado de padre y el hijo, no se trataría por tanto sólo del reconocimiento que áquel hace de éste, sino también el hijo con respecto al padre, la posesión de estado deriva simplemente de los hechos no de la voluntad, es cierto sin embargo que algunos actos propios de la posesión de estado implican una suerte de reconocimiento tácito, tal ocurre si se le educa como tal; en este sentido no esta mal decir que el padre lo ha reconocido tácitamente pero bien entendido que aquella expresión que usa en el sentido vulgar y no en el jurídico; para que haya un reconocimiento jurídicamente hablando deben cumplirse las formalidades legales, es decir, debe hacerse por escrito fuera de esta no hay otra forma de reconocimiento ni se producen los efectos consiguientes a él. La posesión de estado es mucho más que ese reconocimiento tácito que ello suele implicar, es un trato recíproco de padre e hijo, es un cumplimiento de las obligaciones y un goce de derechos, la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que un reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico, basta con la prueba de la posesión de estado sin que sea necesario la demostración del nexo biológico para Velez -citado por Borda- "es la prueba viva y animada"⁽¹³⁷⁾.

Para la legislación argentina los efectos jurídicos de la posesión de estado quedan desvirtuados si se prueba biológicamente que quien gozo

(136) PLANIOL. Ob. cit. p. 204

(137) BORDA. Ob. cit. p. 61

del estado de hijo no pudo serlo realmente como ocurriría en el caso de incompatibilidad sanguínea.

La posesión de estado es un hecho y como tal susceptible de ser probado, todos los elementos o indicios de los cuales ella pueda inferirse, tampoco se requiere la comprobación de hechos constantes, reiterados, ininterrumpidos, bastando que los probados sean suficientemente elocuentes como para admitir que hubo entre padre e hijo el trato de tales es suficiente que la posesión de estado haya existido durante algún tiempo, aunque luego cesaré, los hechos comprobados deben importar una demostración clara de que existió un verdadero trato paterno-filial, esta no se acredita con una simple ayuda amistosa o benéfica ni a meros actos de protección.

4.2.3 CONCEBIDOS DURANTE LA COHABITACION DE LOS PROGENITORES

Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente (fracc. III art. 382 C.C.); esta situación puede confundirse con el concubinato en cuyo caso se presumen hijos del concubinario y la concubina los previstos en el artículo 383 que a la letra dice "se presumen hijos del concubino y de la concubina:

I. Los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato;

II. Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina."

Para este caso existe una presunción iuris tantum de esa filiación, entonces de este modo no se requiere investigar la paternidad puesto que la ley ya presume la misma.

Por lo tanto esta situación requiere los siguientes supuestos: que haya habido cohabitación de un hombre con la madre de cuya filiación hay certeza, que esta cohabitación hubiere sido bajo el mismo techo con el pretendido padre, y que hubieren vivido maritalmente entendiéndose

en este caso como relación sexual y no semejante al concubinato. Las posibilidades son todas las habidas fuera del concubinato.

Para el caso en que el supuesto padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción con cargo al concubinario de una verdadera presunción de paternidad a imitación de la que resulta de la filiación matrimonial. La jurisprudencia francesa se muestra bastante liberal en cuanto a las condiciones del concubinato, exige tan solo relaciones suficientemente estables para permitir presumir la fidelidad de la mujer hacia su compañero, cabe hacer mención que esta presunción no tiene el carácter de legal, además de que el concubinato debe ser notorio y no porque esta notoriedad haga verosímil la paternidad, sino que por su prueba será más segura.

"No es necesario que haya habido relaciones sexuales continuas entre la madre y el pretendido padre, basta que se pruebe que se trata de relaciones regulares y frecuentes constitutivas del estado de concubinato"⁽¹³⁸⁾. El juez debe investigar si hubo concubinato en la fecha probable de la concepción, determinada por información o peritaje.

4.2.4 PRINCIPIO DE PRUEBA CONTRA EL PADRE

La fracción IV del artículo 382 permite la investigación de la paternidad "cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba en contra del pretendido padre", esto significa que cualquier prueba permite la investigación de la paternidad.

En materia de filiación de hijos habidos de matrimonio, los artículos 328 fracción I y 341 del C.C. tratan lo relativo a las pruebas con mayor rigor, pues hacen referencia ambos artículos a "un principio de prueba por escrito" lo que parece omitido en la fracción en cita del artículo 382, esto da lugar a interrogantes como puede ser si el legislador no estimó necesario "un principio de prueba por escrito" en la

⁽¹³⁸⁾ PLANIOL. Ob. cit. p. 195

investigación de la paternidad o bien debe aceptarse como también en el caso de investigación se requiere de dicho principio.

La doctrina en términos generales se refiere a la exigencia de una prueba escrita como pueden ser cartas o cualquier otro escrito privado proveniente del supuesto padre y de los que resulte una confesión inequívoca de paternidad sin exigir una promesa de mantenimiento, no es necesario que la confesión se haga en forma expresa, basta con que se haga en forma inequívoca, la confesión es inequívoca si se deduce de una manera necesaria, aunque fuera implícita de una confesión contenida en un escrito proveniente del supuesto padre.

Por otro lado el artículo 384 del Código Civil que trata de la posesión de estado como un evento que hace posible la investigación, dice que ésta se justifica "demostrando por los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o su familia como hijo del primero". De esta forma parece que el legislador en caso de los hijos extramatrimoniales no señala las mismas exigencias que tratándose de los hijos de matrimonio y no obliga a tener un principio de prueba escrito, al requerir como suficiente cualquier prueba, como lo indican los artículos que hacen referencia a la investigación de paternidad.

"No es obstáculo para tener por probado plenamente un hecho por medio de prueba presuncional, la circunstancia de que se trate de un asunto relacionado con la investigación de la paternidad puesto que según el artículo 364 del Distrito y Territorios Federales, no se requiere ya de un principio de prueba contra el pretendido padre, lo que permite mayor flexibilidad en cuanto a las pruebas que puede rendirse y se traduce en la posibilidad de una decisión más justa, ya bien por que el padre sea un analfabeto que no sepa leer ni escribir, o por que su preparación aluda facilitar el conocimiento de la verdad"⁽¹³⁹⁾.

(139) CHAVEZ ASENSIO. Ob. cit. p. 182 Tercera Sala, Sexta Epoca, Vol. C. Cuarta Parte p. 82

4.2.5 CONCUBINATO

Para este caso según lo expresado no se requiere la investigación de la paternidad, pues el artículo 383 del Código Civil contiene una presunción iuris tantum sobre los hijos del concubinario y de la concubina, semejante a la que establece para los hijos del matrimonio el artículo 324 del mismo cuerpo legal, serán de los concubinarios, los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a los que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

Debemos partir de los elementos que señala la ley para definir el concubinato, este es la unión sexual de un hombre y una mujer que viven en privado y públicamente como si fueran cónyuges --sin serlo-- libres de matrimonio y sin impedimento para poderlo contraer, que tienen una temporalidad mínima de cinco años o tienen un hijo. Se requiere prueba del concubinato, acreditando éste surtira efecto la presunción que se establece. La comprobación del concubinato puede lograrse por los medios ordinarios de prueba.

Cabe mencionar que en la legislación francesa se autoriza la investigación de la paternidad para el caso de seducción dolosa de la siguiente manera: para el caso en que la madre haya sido víctima de una seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, entre estas maniobras podemos encontrar el abuso de autoridad que hablando propiamente no constituye un dolo y a la promesa de matrimonio o esponsales, esta indicación no tiene carácter limitativo, no es necesario que la maniobra dolosa sea contemporánea de la fecha presunta de la concepción, basta si es anterior que constituya la causa determinante de las relaciones. La demanda solo es procedente cuando existe un principio de prueba por escrito, es decir, cuando emane del padre, este principio de prueba por escrito debe establecer no la paternidad sino las maniobras dolosas, los documentos no son necesariamente contemporáneos del hecho por probar, puede probarse la seducción mediante un documento posterior, el cual existirá frecuentemente en caso de promesa de matrimonio, debe emanar del padre, debe establecer

no la paternidad sino las maniobras dolosas "cuando no existe esta prueba por escrito, no puede declararse judicialmente la paternidad, pero la madre conserva el beneficio que la autoriza a obtener personalmente la indemnización de los perjuicios que le haya causado su embarazo"⁽¹⁴⁰⁾.

4.3 CASOS PERMITIDOS EN LA INVESTIGACION DE LA MATERNIDAD

Si la investigación de la paternidad esta limitada a los casos que enumera el artículo 382 del Código Civil la maternidad es absolutamente libre en principio y se puede acreditar por todos los medios ordinarios de prueba justificando el parto y la identidad del hijo, pero existe una excepción cuando la indagación "tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada" (art. 385 C.C.), sin embargo esta prohibición deja de tener efecto cuando la maternidad se deduzca de una sentencia civil o criminal (art. 386 C.C.); la sentencia civil a la que se refiere este último precepto, es la de impugnación de la legitimidad del hijo por parte del marido, la sentencia criminal es la de adulterio de la mujer casada, para que exista una base a fin de que ese hijo pueda considerarse concebido en dicho adulterio.

Estan relacionados con los preceptos citados los artículos 62, 63 y 64 así como el 374 del Código Civil, que mantienen la misma idea, es decir impedir según los casos que se investigue la maternidad imputando el hijo a la mujer casada, o que se registre como un hijo distinto del marido, el que tuviese aquella o bien, que se pudiera reconocer por un hombre distinto del marido. Es decir todo ello es en función de los intereses superiores del hijo y del marido, para que el primero pueda defender su legitimidad y el segundo, si no lo impugna, impedir que pueda ostentarse como padre, otro hombre distinto del marido. El artículo 374 establece que "El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se

⁽¹⁴⁰⁾ PLANIOL. Ob. cit. p. 193

haya declarado que no es hijo suyo. A su vez los preceptos citados parten del derecho que el artículo 345 otorga exclusivamente al marido, para impugnar la legitimidad, y sólo él puede hacerlo en el término legal mientras viva y si no lo hiciere, no se darán los casos ni de registro del hijo, ni de reconocimiento, ni de investigación de la maternidad dice este último artículo "No obsta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio" pero una vez que el marido impugna la legitimación y obtiene sentencia favorable, ya desaparece en primer lugar el interés del hijo para que considere que lo es del marido de su madre y, en segundo lugar el interés del marido a quien la ley le da soberanamente la acción para impugnar o no la legitimidad.

Cabe hacer mención que la paternidad sólo puede ser investigada en el juicio ordinario correspondiente, intentándose la acción en forma que la controversia exclusivamente se refiere al hecho de la paternidad y se demuestre que el caso se encuentra comprendido en uno de los cuatro que enumera el artículo 382, la maternidad por el contrario puede libremente comprobarse tanto en el juicio ordinario especial de investigación, en cuyo caso la controversia se referirá exclusivamente a la filiación materna, como en el juicio sucesorio de intestado o en el de alimentos, en donde la cuestión fundamental será el derecho del hijo para heredar a la madre o para exigirle alimentos y como un elemento de esa acción, se acreditará previamente la maternidad; por ello no se requiere en los juicios sucesorios que primero el presunto heredero tenga que seguir un juicio para obtener la sentencia que declare que la autora de la sucesión es su madre, sino que a través del mismo juicio de intestado y en la información testimonial que permite el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles, acreditará su filiación y, por consiguiente su derecho a heredar a la autora de la sucesión, como podrá hacerlo también en el juicio de alimentos.

4.4 CARACTERISTICAS DE AMBAS ACCIONES

4.4.1 EJERCICIO DE LA ACCION

A) Pueden intentar la acción de investigación de paternidad sólo el hijo nacido fuera de matrimonio, tal y como se desprende del artículo 385 del Código Civil relacionado con el artículo 388 del mismo ordenamiento que hace mención sólo a los hijos, a lo que estimo que de cierta manera se encuentra limitado su ejercicio en comparación a la investigación de la maternidad.

La acción puede intentarse por el hijo aun cuando no hubiere llegado a la mayoría de edad. En estos supuestos deberá nombrarsele tutor, al haber intereses opuestos con quien pretende sea su padre y debe aplicarse el artículo 440 del código civil. Estimo que no puede ser representado por su madre, aún cuando se considera su representante legal y la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido criterio al respecto "resulta claro que la madre del menor tiene personalidad para representar a su hijo en el juicio, sin que obste que no lo haya reconocido ante el Oficial del Registro Civil"⁽¹⁴¹⁾, pues al actuar en esa forma se contraviene el artículo 370 del C.C. al dar indicios o revelar quien es el progenitor de su hijo; la acción debe dirigirse contra el presunto padre, incluso menor por que la investigación posee un carácter personal que debe dirigirse contra él mismo.

Al respecto Mazeaud señala que la acción no pertenece más que al hijo, fuera del hijo no puede demandar ninguna persona interesada, ni siquiera un heredero, pero que durante la menor edad del hijo --la madre, incluso menor-- será la única con calidad para intentarla, la madre demanda en nombre de su hijo menor; el tutor del hijo no demandará por él más que si la madre ha muerto, o si la maternidad no está probada para el caso que la madre o el tutor ejerciten la acción no hacen sino en nombre del menor, por lo tanto se considerará que es el

(141) CHAVEZ ASENCIO. Ob. cit. p. 185

menor quien demanda de esto resultará que si la acción formulada por la madre o el tutor es rechazada, el hijo no podrá intentar ya la acción de paternidad el día en que llegue a su mayor edad, la sentencia se ha pronunciado contra él y tiene pues frente a él autoridad de cosa juzgada, sería de manera distinta si el hijo se fundará sobre un caso de investigación diferente del invocado en la acción precedente.

La investigación de la maternidad puede intentarla el hijo y sus descendientes (art. 385 C.C.), aún cuando la ley no establece orden o prelación en el ejercicio de la acción, estimo que la acción, por ser de carácter personal, sólo durante la vida del hijo éste puede investigarla; los descendientes solo en caso de su fallecimiento, siguiendo el criterio que en esta materia existe también para los hijos habidos de matrimonio. Además que en materia de alimentos se dará la posibilidad de que directamente el descendiente de ulterior grado pudiere acreditar su entroncamiento para tener derecho a los mismos, en cambio en materia hereditaria correspondiente. Por lo tanto, éstos no pueden concurrir a la herencia al mismo tiempo con áquel. Los descendientes de segundo o ulterior grado sólo tienen derecho a heredar por estirpes, es decir en substitución del ascendiente premuerto. En el caso concreto, los nietos tendrían derecho a heredar en substitución de su padre, cuando éste haya muerto antes que el decujus; por lo tanto no puede darse el caso de que el descendiente investigase la maternidad para heredar viviendo el hijo, pues no tendría ningún interés jurídico para ello, ya que no podría heredar como nieto, en consecuencia el único que podría investigar la maternidad en ese juicio sucesorio, sería el hijo, para que se le declarase heredero. En cambio si éste ya murio, si tiene el nieto interés jurídico en investigar la maternidad relativa a su padre, para establecer su entroncamiento con la abuela autora de la sucesión.

Por eso dependerá de los casos en que la acción de investigación de la maternidad se intente por un descendiente, para poder determinar si ello es posible, según haya muerto o no el hijo, como principal interesado. Como el precepto no impide de manera absoluta a los descendientes investigar por el hijo la maternidad de éste, durante la vida del mismo, tendremos que juzgar el principio en cada caso para decidir si el descendiente tiene un interés jurídico, propio, directo como ocurre en materia de alimentos, hipótesis en la que si podrá investigar la

maternidad del hijo, para poder tener derecho a exigir esos alimentos en nombre propio a su abuela. Cuando no exista ese interés jurídico por que el hijo sea el único que pudiese reclamar el derecho de que se trate, por ejemplo, exigir la herencia, evidentemente que en vida de éste no podrá investigarse su maternidad por sus descendientes.

Al respecto Borda señala que los herederos del hijo pueden continuar con la acción iniciada por hijo o entablarla si el hijo hubiere muerto en la menor edad o siendo incapaz; y si el hijo hubiere fallecido antes de transcurrir los dos años desde que alcanzare la mayoría de edad o la plena capacidad o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya que fundar la demanda su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

Mazeaud opina que el hijo acciona contra su madre si vive tras la muerte de la madre dirigirá su acción contra de los herederos de ella, aun cuando hayan renunciado a la sucesión; pero la madre demandada en la investigación tiene la posibilidad en todo momento de reconocer a su hijo, por eso se le permite "sometiéndose al fallo o renunciando a su apelación, establecer por este otro medio su maternidad"⁽¹⁴²⁾.

Para Planiol la acción pertenece únicamente al hijo y por esta razón no se transmite a sus herederos, si la madre la ejercita durante la minoridad del hijo, actúa entonces en nombre de éste de esta forma la madre no necesita invocar que actúa en nombre del hijo, el tutor también puede ejercer la acción cuando la madre haya fallecido, se halle en estado de interdicción o ausente, o cuando no haya sido ejercida durante la minoridad del hijo, éste puede hacerlo al llegar a la mayoría de edad "cuando la madre no haya reconocido al hijo será generalmente necesario que éste comience por demostrar su filiación materna, sin embargo tal investigación previa no es necesaria si su demanda se funda en una confesión personal del padre"⁽¹⁴³⁾.

En la legislación argentina el Ministerio Público tiene la facultad de investigar la paternidad en todos los casos en que un menor aparezca inscrito como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores quien deberá procurar

(142) MAZEAUD. Ob. cit. p. 454

(143) PLANIOL. Ob. cit. p. 199

la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre; en su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre. Esta norma trata de impedir que por ignorancia o falta de recursos de la madre, se omitan las gestiones extrajudiciales y judiciales destinadas a acreditar la paternidad, primeramente se solicita al padre procurando el Ministerio Público que reconozca al hijo, pero si el presunto padre se niega a reconocerlo el Ministerio Público podrá promover la acción judicial correspondiente de que cuente para ello con la conformidad expresa de la madre, anteriormente señale que tiene la facultad y esto es por lo siguiente, puesto que la ley en cita señala que "podrá" lo que significa que no impone al Ministerio Público la obligación de intentar la acción, sino simplemente le atribuye una facultad, la negativa de la madre a promover la acción no significa que el hijo quede privado definitivamente de la posibilidad de establecer judicialmente su filiación, pues llegado a la mayoría de edad, puede promover la correspondiente acción de reconocimiento.

Aunque el Código Civil no señala requisitos previos para iniciar una investigación ya sea de paternidad o maternidad puedo señalar como requisitos previos para intentar la acción primeramente que no haya incompatibilidad con la filiación que se ostenta, es decir que el accionante no ostente un estado incompatible con la filiación que pretende, tal ocurriría si ha sido reconocido voluntaria o judicialmente como hijo extramatrimonial de otra persona del mismo sexo o si se tiene título de hijo nacido de matrimonio de terceros, en tales casos no podrá intentar la acción de investigación de paternidad o maternidad sin antes impugnar y destruir por vía ordinaria el estado que ostenta.

Planiol y Mazeaud señalan que existen causas de improcedencia en presencia de las cuales deberá rechazarse la demanda sin examinarla, siendo las siguientes:

1.- Mala conducta notoria de la madre, entendiéndose por tal los casos en que la madre observe mala conducta durante el período legal de la concepción, debiendo ser notoria, es decir, conocida del público y debe referirse al período legal de la concepción, pero al referirse a dicho período no es comprendiendo todo sino basta con que en un momento cualquiera de ese período haya observado la madre una mala conducta

notoria, o que haya tenido relaciones con otro individuo aunque haya sido una sola vez para que la paternidad sea determinable.

2.- Relaciones con otro individuo, se debe probarse en forma especial el hecho de una infidelidad aunque fuere única cometida durante el período legal de la concepción y las relaciones con una persona determinada; en este caso argumentan dichos autores que se ha de rechazar la acción por que no debe haber incertidumbre sobre la paternidad del pretendido padre. Dicha excepción se conoce como *exceptio plurium concumbentium* con la cual el presunto padre puede negar su paternidad, para ese supuesto habrá que acudirse a pruebas técnicas relativas al grupo sanguíneo o al genético por el cual debido a los avances actuales, es posible determinar quien es el progenitor, esta defensa consiste en probar que la madre ha tenido acceso carnal con otro u otros hombres durante la época de la concepción. La honestidad de la madre se presume de modo que el que sostiene lo contrario tiene que producir la prueba fehaciente de su afirmación, basta que se pruebe que las ha tenido con alguien además del supuesto padre, para que surja la incertidumbre sobre la paternidad, no es suficiente la presunción de que la madre haya podido tener relaciones íntimas con otros hombres o que la cohabitación con otros hombres resulte del dicho de parientes o amigos de la parte, sino proporcionan datos fehacientes y concretos que hagan verosímil sus dichos, las dudas deben resolverse en favor de la honestidad de la madre; la relación con otros hombres debe referirse al período legal de la concepción.

3.- Imposibilidad física de cohabitación, la cual se puede derivar por varias causas: el alejamiento del pretendido padre o un accidente, pero debe prolongarse durante todo el período legal en que ha sido posible la concepción.

"Las anteriores disposiciones son limitativas, por lo tanto la ley no admite como causas de improcedencia ni la impotencia natural ni la imposibilidad moral de cohabitación, ni el reconocimiento del hijo por otro hombre"⁽¹⁴⁴⁾ son procedentes en cualquier momento como son de orden público, el juez tiene facultades para suplirlas de oficio. Para esta legislación es una verdadera causa de improcedencia aunque la ley no la especifique textualmente como tal, el carácter incestuoso o adulterino de

(144) PLANIOL. Ob. cit. p. 197-198

la filiación. La acción de investigación de la paternidad no puede intentarse contra de un hombre casado si la concepción del hijo se sitúa con posterioridad al matrimonio de aquél; tampoco puede demandarse si el pretendido padre es pariente afín de la madre en un grado que constituya un impedimento para el matrimonio.

4.4.2 PLAZOS

La acción puede intentarse sólo durante la vida de los padres, pero si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos tienen el derecho a intentar la acción antes de que cumplan 4 años de su mayor edad (art. 388 C.C.). Durante la vida de los progenitores la acción se intenta contra ellos o sólo contra alguno; pero después de muertos la acción se ejercerá lógicamente contra los herederos de ella o de él, aún cuando hubieren renunciado a la sucesión.

Esto no significa que las acciones caduquen necesariamente a los 4 años a partir de que el menor cumpla la mayoría de edad pues esto se aplica al caso de que el padre hubiere muerto antes, y no puede hacerse extensiva si los padres viven, en cuyo caso el límite es la vida de los padres.

Debemos estimar que se trata de una extinción más que una prescripción que opera para el hijo mayor de 18 años, cualquiera que sea su edad por la muerte del padre o de la madre.

Para la legislación francesa si la acción es ejercitada por la madre o el tutor, debe serlo dentro del plazo de dos años que sigan al parto.

Esta regla incluye dos excepciones:

a) Cuando la acción se funda sobre el concubinato notorio el plazo no corre sino a partir de la celebración del concubinato;

b) Cuando la acción tiene por fundamento la participación en el mantenimiento del hijo, el plazo no corre sino desde el día en que el supuesto padre deje de subvenir a las necesidades del hijo. Por lo que respecta al hijo, éste puede demandar durante todo el año que siga a su mayor edad; el plazo de dos años o de un año, en el cual debe entablarse

la acción es lo mismo que el plazo concedido al marido para ejercer el desconocimiento de la paternidad.

4.4.3 PRUEBAS

La paternidad y la maternidad deben acreditarse en el juicio respectivo que se promueve ante el juez de lo familiar, son procedentes todos los medios de prueba ordinarios, pero la testimonial debe ir acompañada con otras pruebas, como pueden ser las documentales, la posesión de estado de hijo de la presunta madre o del presunto padre y, sobre todo las presuncionales.

Debemos recordar que en relación a la maternidad deben probarse el parto y la identidad del presunto hijo, y que la prueba de la paternidad no se deduce o concluye por haberse probado la maternidad, toda vez que no existe un vínculo jurídico alguno entre los padres de un hijo nacido extramatrimonialmente. En relación al padre, debe probarse la concepción y la identidad presunta del hijo. A diferencia de la maternidad donde el parto se puede probar por medio de pruebas directas, por ser un hecho natural relacionado con la mujer, la concepción solo puede acreditarse por pruebas indirectas y presuncionales.

Para la doctrina francesa la partida de nacimiento hace prueba extrajudicial del parto, pero es sabido que la regla carece de trascendencia práctica, puesto que el hijo reconocido que ha probado así el parto no deja de estar obligado por ello a establecer su identidad por una sentencia pronunciada ante una acción de investigación de maternidad. El acta de nacimiento no es útil al hijo más que si la indicación del nombre de la madre ha sido hecha por el padre que ha reconocido a su hijo y la madre ha confesado su maternidad, el hijo reconocido puede probar su identidad por todos los medios. La jurisprudencia admite el acta de nacimiento no es sino uno de los medios de prueba de que puede valerse el hijo para probar judicialmente el parto. El hijo aunque presente el acta de nacimiento esta obligado a recurrir a la justicia para hacer que se establezca su identidad ya sea por

la posesión de estado, ya sea por testimonios o presunciones; en cuanto a la prueba judicial de la identidad por la posesión de estado es el medio de prueba normal de identidad del hijo que investiga quien es su madre.

Para Planiol únicamente es procedente la prueba testimonial cuando se haya hecho verosímil mediante un principio de prueba por escrito, el acta de nacimiento de los hijos nacidos de unión extramatrimonial casi siempre contiene el nombre de la madre por lo tanto la Jurisprudencia admite que el acta del estado civil hace prueba plena del parto, en defecto del acta de nacimiento el parto se probará por todos los medios mediante testigos o presunciones; la ley supone que el hecho del parto es cierto y solamente se preocupa por saber como se probará la identidad del hijo. El reclamante solo podrá beneficiarse con ello cuando se justifique sus pretensiones en una afirmación apoyada en un principio de prueba por escrito de su identidad. La prueba testimonial esta autorizada en dos casos: cuando existan presunciones o indicios o cuando exista un principio de prueba por escrito, este principio debe resultar de cartas de la madre o de cualquiera otra persona que tenga un interés incluso moral en el proceso. Un reconocimiento nulo en la forma tal como un reconocimiento hecho por la madre en un documento privado ¿puede constituir un principio de prueba por escrito? se admite así generalmente sin embargo si el reconocimiento de un hijo por la madre, prueba el parto, no se advierte a primera vista como puede establecer la identidad del hijo que intenta la acción con el hijo reconocido "En realidad no es el reconocimiento en sí mismo el que inicia la prueba de identidad, como tampoco las cartas escritas por la madre, sino el hecho de que el hijo tiene en sus manos ese reconocimiento o esas cartas: si la madre se las ha entregado o se las ha dirigido, es por que ella las tenía por aquel mismo al que había dado a luz"⁽¹⁴⁵⁾ a contrario sensu podemos entender que existe una prueba en contrario en donde la demandada --la supuesta madre-- puede descartar la investigación dirigida por el hijo haciendo la prueba en contrario, es decir, ya sea la prueba de la falta de parto, ya sea la de la falta de identidad esta prueba no es objeto de limitación legal alguna por tanto es libre, se hará por todos los medios.

(145) MAZEAUD. Ob. cit. p. 451

Por lo que corresponde a la investigación de la paternidad, lo que concierne para determinarla es la concepción por el supuesto padre la que hace que se presuma una u otra de las situaciones en que la ley autoriza la investigación y para completar esa presunción puede exigir el juez otras pruebas. El hijo debe probar no sólo que el hombre contra el que entabla una investigación ha tenido un hijo, sino que ese hijo es él mismo, regularmente no se discute la identidad si lo fuera el hijo podría valerse de todos los medios de prueba, porque no se impone en esto ninguna restricción, la prueba de la identidad es libre, por tanto para el hijo que investiga su paternidad a diferencia del hijo que investiga su maternidad, al igual que para la maternidad el supuesto padre demandado intentará demostrar la inexistencia de los hechos sobre los que el hijo se funda, ya sea la falta de identidad o que él no es el autor de la concepción.

Cabe hacer mención lo que la doctrina española considera al respecto, siendo que en la reforma de 1981 se introdujeron innovaciones profundas en cuanto a los medios de prueba que pueden ser empleados en los procesos civiles de filiación, siendo que antes de dicha reforma no cabían las pruebas de carácter biológico, ni en los pleitos sobre impugnación de la paternidad matrimonial salvo la impotencia del marido --ni en los pleitos sobre reclamación de la paternidad--.

De acuerdo con las nuevas tendencias de la doctrina y del derecho comparado su Constitución establece que la ley posibilitará la investigación de la paternidad y el Código Civil artículo 127-I dispone que "en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas"⁽¹⁴⁶⁾.

La finalidad de la norma que permite las pruebas biológicas es la defensa de los intereses personales del hijo, tanto de orden material como moral, se ha reconocido que no cabe ampararse en la invocación de los derechos de la persona para oponerse a las pruebas biológicas por tratarse de una prueba pericial justificada por la necesidad de proteger los derechos y libertades de otra persona y especialmente la de los hijos --la protección integral de los hijos--.

Aunque también se ha reconocido que no puede imponerse coactivamente a ningún ciudadano la prueba biológica del examen de la

(146) PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Ob. cit. p. 442

sangre, la que se refiere directamente a los caracteres biogénéticos del hijo, en relación con los del padre, la del H.L.A. (Human Lymphocyte Antigen) heredo-biológica. Hay pruebas que excluyen de modo indudable a un hombre como padre --pruebas negativas-- y las otras que empiezan a ser posibles que determinan directamente quien es el padre --pruebas positivas--. En ningún caso sería posible la práctica contra la voluntad del demandado, positiva o negativa, para realizarse dicha prueba biológica no es obstáculo para que los tribunales con otros elementos sean un dato valioso que conduzca a la prueba de presunciones con el resultado de llevar a la certeza de la paternidad pretendida, pero esto no quiere decir que sea considerada como una confesio ficta, pero si como un indicio para junto con otras circunstancias declarar la paternidad.

Es exagerado hablar de esa inviolabilidad para algo tan pequeño como un análisis de sangre o cualquier tipo de examen genético, cuando de ello dependen derechos tan importantes como los de conceder o denegar la filiación de un hijo extramatrimonial.

Cuando entre determinados hechos probados y el que se trata de demostrar hay un enlace preciso y directo, y responde a las reglas de normal criterio humano, la declaración de la paternidad podrá ser procedente como resultado de la prueba de presunciones judiciales.

La negativa o la no comparecencia a la práctica de las pruebas biológicas revela un afán obstruccionista y un ejercicio antisocial del derecho.

La legislación Argentina sigue un esquema similar al de la española, al señalar Borda un principio general, siendo que en las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte. La prueba biológica, en esta materia se ha pronunciado en los últimos años como una verdadera revolución científica. Hasta no hace mucho tiempo la prueba del examen de sangre solo podía revelar cuando existía incompatibilidad entre el supuesto padre y el hijo, es decir podía establecer que una persona era hijo de otra, en esta legislación también existe el metodo H.L.A. (Human Lymphocyte Antigen) que permite establecer con un grado de certeza próximo al cien por ciento si esa relación de filiación realmente existe misma que ha servido para que la exceptio plurium

concurrentium haya perdido relieve en casi la totalidad de los casos porque nada significa que la madre haya tenido relaciones con otros hombres si de todos modos la relación paterno-filial ha quedado demostrada por la prueba biológica. Hay otros caracteres biotipológicos que puede servir como pruebas corroborantes: parecido facial, pigmentación de la piel, enfermedades de carácter hereditario, lo cual considero que no sea de mucha relevancia puesto que por el color de la piel o por parecido físico no se puede determinar una relación filial, podría servir de complemento para revelar la misma, sin embargo ante las pruebas de carácter sanguíneo y las de tipo genético no opongo ningún criterio en contra, siendo que con las mismas si podría existir una certeza para la determinación de una filiación.

Puede ocurrir el caso de que el demandado se niegue a prestarse a los análisis necesarios para poder practicar la prueba biológica; existiendo una opinión unanime en el sentido sobre que nadie puede ser obligado compulsivamente por el Juez a someterse a dichas pruebas por el debido respeto a la personalidad humana. Pero también hay unanimidad en el sentido de que dicha negativa debe ser considerada como una fuerte presunción en contra del que se resiste a las pruebas, ante dicha negativa debe tenerse por cierta la paternidad imputada.

También se puede dar el supuesto de que exista una imposibilidad para llevar a cabo la prueba biológica, ya sea por ausencia o muerte de alguno de ellos, para tal supuesto cobran relevancia las pruebas clásicas:

1.- Si se trata de la maternidad, basta con la prueba del parto de la madre y de la identidad del recién nacido.

2.- Si se trata de la paternidad, es necesario probar las relaciones íntimas entre los padres, que las mismas tuvieron lugar durante el período legal de la concepción, además de probar el parto de la madre y la identidad del nacido.

La doctrina francesa sigue un esquema de legislación muy similar a la nuestra siendo que autores como Mazeaud señalan que "el análisis de sangre no es utilizable por que no se ha logrado establecer positivamente el vínculo de filiación por ese medio. El día en que pueda hacerse la prueba científica positiva de la paternidad las reglas establecidas por el legislador perderán gran parte de su utilidad"⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ MAZEAUD. Ob. cit. p. 476-477

CONCLUSIONES

PRIMERA: En cuanto a lo dispuesto por el artículo 361 del Código Civil para el Distrito Federal considero que debe ser derogado, toda vez que dicho ordenamiento establece que: "Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio más la edad del hijo que va a ser reconocido", pienso que se trata de una omisión en perjuicio de los hijos extramatrimoniales y esto por lo siguiente:

En el reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio al requerirse una edad mínima para efectuarlo --la necesaria para contraer matrimonio-- exige una cierta capacidad de goce, en virtud de que no cumpliendo con dicha edad el reconocedor se presenta ante una imposibilidad jurídica para llevarlo a cabo, no se le considera sujeto para celebrarlo, se le impide de plano, independientemente de que pudiera o no estar representado por quien ejerza la patria potestad sobre él, su tutor o bien obteniendo autorización judicial.

Por otro lado al existir la probabilidad de que un menor de 16 años para el varón y de 14 años para la mujer concibieran un hijo extramatrimonial y no contrajeran matrimonio, no podrán reconocer a ese hijo de acuerdo a lo señalado en dicho precepto, siendo que literalmente expresa que requieren la edad mínima para contraer matrimonio más la edad del hijo reconocido, y de acuerdo a lo expresado y ejemplificado en el presente trabajo en cuanto a la capacidad como elemento de validez para reconocer, puedo señalar que si un varón engendra un hijo a los 15 años cumplidos más el plazo máximo de embarazo su hijo nacerá cuando éste tenga 15 años con diez meses de edad, no permitiéndosele de esta manera el hecho de cumplir con su deber de reconocer a su hijo; aunado a esta limitación la ley exige que además de la edad mínima para contraer matrimonio la edad del hijo que va a ser reconocido, y siguiendo con el mismo ejemplo, transcurre un año el padre tendrá una edad de 16 años con diez meses y su hijo tendrá un año de edad, lo cual significa que por dos meses no cumple con el precepto en cita, puesto que para reconocer a su hijo debe tener una edad de 17 años, teniendo que esperar el padre a cumplir la

mayoría de edad para reconocer a su hijo, desde luego siempre y cuando no se lleve a cabo matrimonio entre los padres.

No obsta lo anterior parece lógico que no se niegue al menor que tenga la edad legal para contraer matrimonio la facultad de reconocer a su hijo, sería contradictorio que se tenga capacidad legal para contraer matrimonio y no para reconocer a un hijo extramatrimonial, pero el menor al no contar con la edad requerida para contraer matrimonio no podrá reconocer a su hijo a lo que yo pudiera argumentar que si para el caso del matrimonio existe una convalidación retroactiva en el supuesto que los consortes contraigan matrimonio no cumpliendo con el requisito de la edad mínima para celebrarlo cuando haya habido hijos, en el reconocimiento no puede darse este supuesto siendo que si no tiene dicha edad no podrá llevarse a cabo el acto jurídico familiar del reconocimiento, al respecto no existe ninguna disposición que pudiera convalidar el reconocimiento hecho por un menor que no cumpliera con este requisito, entonces si para el caso del matrimonio nulo por falta de edad requerida por la ley cuando ésta no haya sido dispensada, lo que le importa al derecho es la protección de los hijos habidos en el mismo, por lo tanto resulta ilógico que en el reconocimiento de los hijos habidos fuera de matrimonio no exista ningún precepto análogo al caso citado, yo puedo señalar que aunque no exista una disposición que convalide el reconocimiento realizado en esta forma si se deroga el precepto en cuestión el artículo 362 debe ser reformado de tal manera que estipulara lo siguiente:

Artículo 362. Cualquier persona puede reconocer a sus hijos.

Los menores de edad podrán reconocer a sus hijos cuando medie el consentimiento del que o de los que ejerzan la patria potestad, del tutor, o en su caso autorización del juez de lo familiar de la residencia del menor.

El incapaz en un intervalo lúcido podrá reconocer a sus hijos, para el caso de testamento se estará a lo dispuesto en el capítulo II, del título segundo, del libro tercero del presente código.

Por lo que corresponde al incapaz en un intervalo lúcido concluyo que sí puede reconocer a un hijo extramatrimonial puesto que si para el

caso de la capacidad para testar la ley acepta que un demente en un intervalo lúcido puede elaborar testamento, pienso que el reconocimiento de un hijo es mucho más importante que una disposición testamentaria en relación a los bienes del testador y para este caso se le da la oportunidad de testar en intervalo de lucidez, no veo el porque no se pueda reconocer a un hijo en dicho período.

De esta forma si existe la relación de filiación no hay ninguna razón para impedir o postergar el reconocimiento que redundaría en múltiples perjuicios para el hijo, además de que existen acciones para contradecir el reconocimiento o bien si se trata de un menor de edad que sufrió de error o engaño puede ejercitar la nulidad del reconocimiento hasta cuatro años después de la mayor edad.

SEGUNDA: Por lo que se refiere a lo dispuesto por el artículo 370 del Código Civil para el Distrito Federal considero que debe ser derogado, mismo que a la letra señala que: "Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo no podrá revelar en el acto del reconocimiento el nombre de las personas con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquélla pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles" y esto por lo siguiente:

Según lo dispuesto por el artículo 364 se permite reconocer al hijo no nacido, respecto de la madre no suscita ningún problema el reconocimiento del hijo antes de su nacimiento o si ésta lo reconoce simultáneamente con el padre, en cuanto al reconocimiento anticipado del padre parece surgir algunos conflictos como el relativo a la posible violación del artículo 370 del código en cita y a su inscripción en el Registro Civil siendo que para este caso no es posible al padre reconocer al hijo no nacido sin mencionar a la madre que lo lleva en su vientre, lo cual esta expresamente prohibido, además de que podría surgir el conflicto de hacer pública la concepción; por lo cual resultan contradictorios y pienso que debe quedar a salvo el reconocimiento de un hijo no nacido.

Por otro lado considero que dicho precepto no tiene importancia de existir, hay que dejar a un lado la falsa moralidad que trata de mantener oculto el nacimiento de un hijo extramatrimonial y el nombre de sus progenitores, además que en nuestra actualidad ya no se considera un escándalo y con este precepto se trata de "permitir" regularmente al padre el no reconocer a su hijo y no cumplir con sus obligaciones paterno-filiales.

Cabe hacer mención que el hecho de que la madre deba reconocer a un hijo resulta contradictorio de la lectura del artículo 360 del Código Civil, el cual señala que la filiación en relación a la madre resulta del solo hecho del nacimiento entonces podríamos preguntarnos el para que del reconocimiento por parte de la madre, pero como este artículo se relaciona con el 60 del mismo ordenamiento legal que niega a la madre la posibilidad de dejar de reconocer a su hijo en relación al hombre, éste puede reconocer libremente un hijo extramatrimonial, aún cuando el mismo estuviere casado con persona distinta según el artículo 62 el cual señala que "Si el hijo fuere adulterino, podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pidiere..." lo cual pudiera entender que así se permita puesto que en muchos casos de este tipo el hijo permanece al lado de la madre cuando ambos progenitores no viven juntos, además que en nuestra sociedad este tipo de situaciones es muy común.

De lo anterior se desprende que la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo y tiene la obligación que su nombre figure en el acta de nacimiento, por lo tanto es un deber legal de la madre reconocer a su hijo, en cambio para el varón no es así, podría apreciarse como un derecho si se le puede llamar derecho el no cumplir con sus obligaciones paterno-filiales, pues éste puede quedar oculto de acuerdo a lo establecido por el precepto en referencia.

Por lo tanto si existe una disposición expresa como lo es el artículo 62 que permite asentar el nombre del padre independientemente de su estado civil, no veo el porqué siga vigente una disposición análoga en cuanto al reconocimiento de hijos además que la ley al permitir el reconocimiento de un hijo no nacido, este precepto resulta totalmente contradictorio.

Por lo expuesto puedo afirmar que una vez derogado el artículo 370 del Código Civil para el Distrito Federal, conjuntamente debe ser

derogado el artículo 371, toda vez que ya no existiría conducta que sancionar además que a mi criterio considero que se trata de una disposición muy rigurosa para quien consienta en la revelación del nombre de los padres de un hijo extramatrimonial, puesto que la relación paterno-filial es de orden público y no hay por que encubrir una paternidad o maternidad y al hacerla pública pienso que habría presión para que los padres cumplan con sus obligaciones.

TERCERA: Propongo la adición de la fracción VI al artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal, la cual estipulará lo siguiente:

Artículo 369.".....

VI. Por escrito privado u otro medio aunque fuere de manera incidental. Dicho reconocimiento deberá ser ratificado ante la autoridad judicial.

Es necesario favorecer en todo lo que sea posible a dejar establecida la verdadera filiación de las personas, además que la propia ley acepta como medio para llevar a cabo el reconocimiento de un hijo extramatrimonial el testamento, el cual aunque su carácter sea primordialmente patrimonial, en forma accidental puede realizarse dicho reconocimiento el cual será totalmente válido; por lo tanto considero que el reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio puede llevarse a cabo en un escrito privado o en cualquier otro medio, como por ejemplo cuando se obtiene la autorización concedida por el padre o la madre para que el hijo contraiga matrimonio, este tipo de reconocimiento aunque fuera de manera incidental otorga un margen más amplio para que los padres cumplan con sus obligaciones, este reconocimiento debe ser una afirmación expresa de admitir la propia paternidad, en la que considere como hijo suyo al reconocido, de esta forma puede ser válido como reconocimiento en vez de servir como principio de prueba para iniciar una investigación de la paternidad o maternidad por que lo que se expresa es la voluntad del reconocedor para admitir como hijo suyo a determinada persona, pero para darle la

forma requerida por la ley será necesario su ratificación ante la presencia judicial para que esta valore si existe la externación expresa e inequívoca de la voluntad del reconocedor de admitir como hijo suyo al reconocido.

CUARTA: Por lo que corresponde al artículo 377 del Código Civil para el Distrito Federal el cual concede al hijo reconocido, quien evidentemente tiene un interés en establecer su verdadera filiación, el derecho de reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayoría de edad dentro del término de dos años que comenzarán a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, si no lo tenía después de la fecha en que lo adquirió, considero que debe ser reformado el plazo de 2 años por el de 4 años; quedando de la siguiente manera:

Artículo 377. El término para deducir esta acción será de cuatro años, que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, y si no tenía desde la fecha en que la adquirió.

Toda vez que es el mismo plazo que se le fija al menor reconocedor en el artículo 363 para intentar la acción de nulidad contra el reconocimiento, dicho término es igual al que tienen los hijos para intentar la acción de investigación ya sea de la paternidad o de la maternidad cuando los padres hubiesen muerto durante la menor edad de los hijos (artículo 388) considero ilógico el hecho de que al hijo reconocido que es el principal actor en esta institución se le señale un plazo menor que al de las otras dos acciones citadas.

Por otro lado no es posible que se le fije al reconocido un plazo tan corto como lo es el de dos años para impugnar el reconocimiento, siendo que la ley no señala plazo para ejercer la acción de impugnación por parte del progenitor (artículo 368) lo que me llevaría a deducir que no puede dejarse abierto al plazo para el progenitor que reclame tal acción con la cual debería fijarse un término de caducidad que sería

también de 4 años y de esta forma todos los titulares de estas acciones estarían en igualdad de condiciones para ejercerlas. De esta forma se adicionaría al artículo 368 en su segundo párrafo quedando de la siguiente manera:

Artículo 368. ".....

La misma acción tendrá el progenitor que reclame para sí tal carácter con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente o para el solo efecto de la exclusión.

El término para deducir esta acción será de cuatro años que comenzará a correr desde que tuvo conocimiento del reconocimiento.

En cuanto al Ministerio Público no creo que deba estipularse un plazo para que ejerza la acción contradictoria del reconocimiento, se entiende que solamente es durante la minoría de edad del reconocido (artículo 368). Por lo que se refiere al tercero que puede impugnar por vía de excepción, no es necesario un plazo puesto que al ser por vía de excepción deja de ser titular de la acción.

Por último en referencia a la acción que tiene la madre para contradecir el reconocimiento hecho por el varón sin su consentimiento tampoco la ley fija un plazo de caducidad el cual considero que también debe ser de 4 años, por tal razón el artículo 379 debe ser reformado quedando como sigue:

Artículo 379. ".....

El término para deducir esta acción será de cuatro años que comenzará a correr desde que tuvo conocimiento del reconocimiento.

QUINTA: En cuanto a lo dispuesto por el artículo 382 fracción I, debe ser suprimida la expresión "de raptó" porque aunque para los efectos de la investigación de la paternidad no se requiere que medie una sentencia penal y no siendo el carácter delictuoso del hecho lo que justifica la investigación de la paternidad, pero a pesar de esto si no existe el tipo penal del delito de raptó, no se podrán acreditar por esos hechos la existencia de circunstancias para acreditar que existieron relaciones de tipo sexual que puedan presumir una paternidad.

BIBLIOGRAFIA

1. **BAQUEIRO ROJAS EDGARD**, Rosalía Buenrostro Baez. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. Impreso en México.
2. **BONFANTE PEDRO**. Instituciones de Derecho Romano. Instituto Editorial Reus. Madrid.
3. **BONNECASEM JULIAM**. Nociones Preliminares, Personas, Familia, Bienes. Ed. José Ma. Cajica. Distribuidor Porrúa Hnos. México.
4. **BORDA GUILLERMO A.** Tratado de Derecho Civil, Tomo II. Familia. Octava Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires.
5. **BUSSO EDUARDO B.** Código Civil Anotado. Tomo II. Familia. Ediar Editores. Buenos Aires.
6. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Ed. Sista. México.
7. **CHAVEZ ASENCIO MANUEL F.** La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales. Ed. Porrúa. Segunda Edición.
8. Diccionario Enciclopédico **QUILLET**. Tomos VI y VII. Editorial Argentina Aristides Quillet. Buenos Aires.
9. **FUEYO LANERI FERNANDO**. Derecho Civil. Tomo Sexto. Derecho de Familia. Vol. III. Valparaiso Chile. Impresora y Litografica Universal S.A.
10. **GALINDO GARFIAS IGNACIO**. Derecho Civil Primer Curso. Parte General, Personas, Familia. Ed. Porrúa. Onceava Edición.
11. Ley sobre Relaciones Familiares. Autor Corporativo: México, Leyes, Decretos. Anotada por el Notario Lic. Manuel Andrade. Ed. Información Aduanera de México.
12. **MARGADANT S. GUILLERMO F.** Derecho Romano. Editorial Esfinge. Décimo Cuarta Edición.
13. **MAZEAUD HENRI Y LEON, JEAN MAZEAUD**. Derecho Civil. Parte IV. Vol. IV. La partición del patrimonio familiar. Apéndice: Código Civil Francés. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

- 14. MAZEAUD HENRI Y LEON.** Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. III. La Familia. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- 15. MONTERO DUHALT SARA.** Derecho de Familia. Ed. Porrúa. Primera Edición. México.
- 16. PEÑA BERNALDO DE QUIROS.** Derecho de Familia. Universidad de Madrid Facultad de Derecho.
- 17. PETIT EUGENE.** Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Epoca.
- 18. PLANIOL MARCEL.** Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol. 2 Filiación, Incapacidades. Traducción de la 12 ed. francesa. Ed. José Ma. Cajica. Distribuidores Porrúa Hnos.
- 19. PUIG BRUTAU.** Compendio de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones. Primera Edición. Bosch Casa Editorial Barcelona.
- 20. REVERTE NAVARRO ANTONIO.** Intervención Judicial en las situaciones familiares (notas al Código Civil). Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia. Imprenta Sucesores de Nogués.
- 21. RIVERO HERNANDEZ FRANCISCO.** Los conflictos de paternidad en derecho comparado y derecho español. Ediciones Ariel. Impreso en España.
- 22. ROJINA VILLEGAS RAFAEL.** Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo. Derecho de familia. Ed. Porrúa. Séptima Edición.
- 23. SANCHEZ MEDAL RAMON.** Los grandes cambios en el derecho de familia en México. Ed. Porrúa. Primera Edición.
- 24. VENTURA SILVA SABINO.** Derecho Romano. Octava Edición. Editorial Porrúa.
- 25. ZANNONI EDUARDO A.** Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo II. Ed. Astrea. Segunda Edición. (De Alfredo y Ricardo Depalma) Buenos Aires.