

70
2j



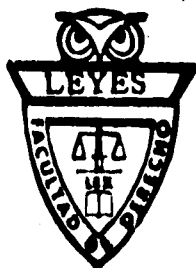
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"CONVENIENCIA DE UNA REGLAMENTACION PARA
LA PROTECCION DEL HIJO NACIDO FUERA DE
MATRIMONIO DURANTE EL PROCEDIMIENTO
DE IMPUGNACION Y CONTRADICCION
DE LA PATERNIDAD"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MAYRA ELISENDA CABAÑAS CHAVEZ**



MEXICO, D. F.

NOVIEMBRE 1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

Agradezco al Lic. José De Jesús López Monroy y al Dr. Ivan Lagunes Pérez la confianza y el inapreciable apoyo que me brindaron para la elaboración de este trabajo.

A la Sagrada Familia de Nazaret.

**A mi madre, Abigail Chávez Martínez
mujer admirable, inteligente,
incansable, paciente y trabajadora.**

**A la memoria de mi padre, Armando
Cabañas Damián, de mi tía Ofelia y de
mi abuela Paulina por todo lo que no
hicimos mientras estuvimos juntos.**

**CONVENIENCIA DE UNA REGLAMENTACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL
HIJO NACIDO FUERA DE MATRIMONIO DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE
IMPUGNACIÓN Y CONTRADICCIÓN DE LA PATERNIDAD**

INTRODUCCIÓN	1
I.- FILIACIÓN	5
1.1 Concepto de Filiación	5
1.2 Función de la filiación	8
1.3 Elementos constitutivos de la filiación	12
1.4 Especies de filiación	14
II.- LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL	27
2.1 Objeto de la Prueba	27
2.2 Los medios probatorios	33
2.3 Reconocimiento	39
2.4 Investigación de la maternidad	52
2.5 Investigación de la paternidad	59
2.6 Procedimiento Judicial de la investigación de la maternidad y paternidad	63
III.- ESTABLECIMIENTO DE LA PATERNIDAD	68
3.1 Modos de reconocimiento	68
3.2 Filiación por declaración judicial	71
3.3 Filiación aceptada de hecho	71
3.4 Reconocimiento del hijo habido con persona distinta al cónyuge	72

3.5 Efectos del reconocimiento	76
a).- Efectos del reconocimiento en el hijo	77
b).- Efectos del reconocimiento en la familia y en la sociedad	78
c).- Protección Constitucional a los hijos	80
3.6 Impugnación del reconocimiento	82
3.7 Desconocimiento de la paternidad	87
3.8 Legitimación	97
IV.- CONVENIENCIA DE PLANTEAR UNA REGLAMENTACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL HIJO NACIDO FUERA DE MATRIMONIO DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN O CONTRADICCIÓN DE LA PATERNIDAD	103
4.1 El valor fundamental de la vida	103
4.2 Conveniencia de plantear una reglamentación para la protección del hijo nacido fuera de matrimonio durante el procedimiento de impugnación o contradicción de la paternidad	104
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFIA	115
LEGISLACION	118
HEMEROGRAFIA	118

INTRODUCCION

El tema que en esta tesis presento relativo a la familia es de aquellos que deben ser tocados de una forma especial y extraordinaria, toda vez de que si la familia no se haya firme y sólidamente constituida, todo el edificio social se vendrá estrepiitosamente abajo. El respeto que ha de tenerse a las leyes de la naturaleza humana, va vinculado a las leyes de orden familiar, hasta tal punto que se puede afirmar que las sociedades que se apartan de ellas estarían camino de regreso a la barbarie.

La sociedad tiene interés en que la paternidad y maternidad de los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio sea conocida, con el objeto de reconocer y atribuir derechos e imponer obligaciones.

Cuando en Roma se atenuó el carácter institucional de la familia y esta dejó de ser una unidad patrimonial adquirió mayor energía la relación entre parientes, especialmente se fortaleció la deuda de alimentos y en general la ayuda reciproca entre parientes como expresión de la solidaridad familiar en relación con los deberes de asistencia al incapaz, al desvalido, al anciano, que no eran impuestos por la relación matrimonial, ni por la patria potestad sino de la pertenencia a una determinada familia.

Demos la siguiente denominación de la familia conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un mismo linaje, puesto que en esta definición entran también los ascendientes y colaterales del cónyuge que reciben la denominación de parientes por afinidad. La vida intima de los hermanos en un

mismo hogar, y la que se mantiene entre ascendientes y descendientes, crean lazos afectivos e intensos que sirven de soporte a facultades y deberes éticos y jurídicos.

Pero la familia como conjunto de parientes que descienden de un tronco común, con la amplitud de la definición dada, extendida al infinito, comprendería una multitud de individuos y significaría la confusión entre las familias, en la realidad social, salvo muy pocas personas, que indagan y extienden hasta un lejano pasado su genealogía, no se lleva muy lejos la investigación y el reconocimiento del vínculo familiar, por lo que la familia abraza a un reducido número de parientes.

El término filiación, desde el punto de vista del derecho, expresa la realidad biológica por la que unas personas descienden de otras, pero no toda filiación biológica necesariamente es jurídica, se requiere que se cumplan con los extremos previstos por la ley, para que el hecho natural de la procreación como relación creada de la naturaleza tenga consecuencias jurídicas, se requiere, que se trate de una filiación nacida del matrimonio o bien, si fuera extramatrimonial, que hubiere el reconocimiento por los medios previstos en la ley. Lo normal es que la ley se base en la biología para generar el vínculo jurídico, pero tenemos también la filiación adoptiva que no tiene nexo alguno con la biología.

" La relación de paternidad y maternidad es la que se da entre padres o hijos, o sea entre generantes y generados. Constituye la filiación un hecho natural, ya que está basada en la procreación y un hecho jurídico, puesto que produce consecuencias jurídicas " ¹.

¹ CASTAN Tobeñas, José. Derecho Civil Español común y Foral, Tomo Quinto Derecho de familia. Vol. Segundo. Novena edición Reus, S. A. Madrid, 1985. Pág. 11.

Como todas las instituciones del Derecho de Familia, la filiación tiene también trascendencia moral y patrimonial o económica para el hijo y para la familia, moral porque de la filiación puede depender el nombre de la persona, su honor y la integración al grupo familiar, patrimonial o económico porque de ella se derivan el derecho a los alimentos y los derechos sucesorios, entre los principales que podemos mencionar.

La familia natural o extramatrimonial entraña uno de los problemas más importantes en los más variados planos del pensamiento humano que impone la biología de la naturaleza humana.

Los hijos extramatrimoniales, son los llamados también en legislaciones anteriores como hijos naturales, a quienes se atribula su concepción y nacimiento en una relación ausente del vínculo matrimonial entre sus padres, en cambio al hijo de una unión matrimonial se le calificaba como legítimo, en razón del vínculo jurídico que une a los padres, el matrimonio.

Dado lo anterior reconozcamos que, si en la unión matrimonial, los hijos son resultado de aquellos actos que en la naturaleza son adecuados para la procreación, entonces los hijos legítimos, también lo son naturales, ya que su vida es producto de la acción del mismo hecho biológico, es decir, la realización del acto sexual que conlleva a la concepción y nacimiento del hijo. Sin embargo aunque nuestra legislación vigente tiene por objeto equiparar los derechos de estos hijos, todavía del otorga el calificativo de naturales, como es el caso del capítulo relativo a las actas de nacimiento, al hacer una clasificación entre los hijos nacidos de matrimonio y los extramatrimoniales.

La visión de las páginas de la historia nos aporta datos en los que en las fórmulas primarias de la constitución monogámica de la familia, rechazaban a los hijos no nacidos de una unión matrimonial y particularmente de aquellos provenientes de uniones en la que los padres no podían casarse, fuere por preexistir un vínculo matrimonial en alguno de ellos o en ambos, o porque les uniera una relación de parentesco.

De esta manera la institución del reconocimiento de los hijos extramatrimoniales se concibe como correspondiente exclusivamente a la paternidad natural. Aún más, en buena lógica, el reconocimiento paterno no debería probar la filiación absoluta, porque al confesar su paternidad, el hombre afirma en definitiva la existencia de un hecho del cual no está absolutamente seguro, toda vez de que él únicamente puede presumir que el hijo que ha nacido de determinada mujer es suyo, porque acepta haber tenido relaciones carnales con ella, más no es la misma certeza que existe sobre la maternidad puesto que el hecho del parto (perceptible por los sentidos) y la identidad del hijo, son base para determinarla.

I. FILIACION

1.1 Concepto de Filiación

La fuente primordial de la familia es la filiación, que es el parentesco más cercano y más importante, por ser el que existe entre los padres y los hijos. Por su particular relevancia ese vínculo biológico toma el nombre de filiación, a la vez que es el punto de partida para establecer los derechos y deberes que corresponden a los miembros del grupo familiar.

Se le define como la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de otra. La norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación (filiación consanguínea) para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores por una parte y el hijo por la otra. Aunque es preciso señalar que las relaciones de paternidad, maternidad y filiación, pueden derivar también de una ficción legal, es decir a través de la adopción.

Se debe considerar que ese nexo biológico existe respecto de la persona, se es siempre hijo de un padre y de una madre y el derecho necesita partir del fenómeno de la procreación para atribuir la paternidad o maternidad a quienes han engendrado y concebido a una persona y considerarlo su hijo.

En un sentido amplio la filiación comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, es decir, se entiende a todos aquellos vínculos que van ligando a una persona con su estirpe, sin embargo, en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido más restringido

comprende la relación de derecho que existe entre el padre, la madre y el hijo, para atribuir un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas que toman su origen de la filiación matrimonial o extramatrimonial.

" El tema de la filiación se encuentra en el Derecho Romano al considerar los efectos del matrimonio con relación a los hijos, a quienes calificaba *liberi iusti*; es decir los hijos nacidos *ex iustis nuptis*. Estos hijos estaban bajo la autoridad de su padre o de su abuelo paterno, cuando el padre era *alieni iuris*. Forman parte de la familia civil del padre a título de agnados y de él toman también su nombre y condición social.

En estos casos, entre los hijos y la madre existe un lazo de parentesco natural de cognación, en el primer grado. Solo la *manus* podía modificar esta relación, siendo entonces los hijos agnados de su madre en el segundo grado, in *manu*, entonces es para ellos *loco sororis* " 2.

En cambio en los otros casos en los que los hijos provienen de una unión no matrimonial, pero no prohibida por la ley, como el concubinato, la filiación era natural y los hijos tenían la calidad de *liberi naturalis*.

En el sistema romano, la filiación legítima en relación con la madre era objetiva y se comprobaba por el hecho mismo del embarazo y del parto, que constituyen hechos materiales. En cambio la paternidad como carece de esos datos directos, solo podía determinarse presuntivamente, en cuanto se consideraba desde entonces que el padre del hijo nacido de la esposa, es su marido, fundándose en esa presunción de fidelidad conyugal: *pater is est nuptia demonstrat*.

² RIPERT, Georges, con su colaboración. *TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL*, Editorial José Ma. Cajica Jr. Puebla, México, 1946. Págs. 110 y 111.

Sin embargo esta presunción no puede ser impuesta de una manera absoluta, por ejemplo no tiene efectos cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si, por ausencia o enfermedad del marido ha sido imposible la cohabitación con la mujer durante el periodo de concepción.

Se ha hecho referencia a dos clases de hijos, porque evidentemente su origen genera diversas situaciones de hecho y de derecho, sin embargo la ley los ha igualado acertadamente y les reconoció a los hijos extramatrimoniales su dignidad humana, siendo nuestra legislación de las primeras en haber dado este importante y trascendental paso. Sus orígenes son diversos y estos hechos son los que crean situaciones distintas y problemas diferentes que pueden afectar adversamente a los hijos extramatrimoniales, quienes pueden encontrarse en una situación crítica e injusta respecto de los hijos nacidos dentro de matrimonio, al no ser reconocidos por sus padres, o al menos por el padre, toda vez que la filiación de la madre es un hecho natural fácilmente comprobable por el parto, aunque en la vida cotidiana se dan también casos de desconocimiento de la madre, tal es el caso de abandono de infante, o cuando se pretende confundir a la sociedad atribuyéndole la maternidad biológica a una persona completamente diferente, por lo que no se descarta la posibilidad de una falta de reconocimiento también por parte de la madre.

Así pues las podemos resumir que la filiación consagra tres importantes grupos que, además son los que nuestra legislación vigente y aplicable contempla:

a).- Filiación matrimonial

- b).- Filiación extramatrimonial, que es el tema propio de este trabajo y por lo tanto al que le dedicaremos mayor atención, y
- c).- Filiación adoptiva.

Haciendo notar que las dos primeras, se refieren a la filiación biológica (paterna, materna) y la tercera de ellas a la relación de paternidad respecto de un extraño en donde la paternidad no ha sido establecida por la naturaleza pero que la ley le atribuye consecuencias de derecho.

1.2 Función de la Filiación

Los derechos y deberes que se relacionan con el estado de familia interesan a toda la sociedad, puesto que es menester fijar públicamente el estado de las personas; investir a éstas de su estado de familia, en forma tal, que puedan hacerlo valer frente a todos y en forma que todos tengamos que considerarlo como existente para respetarlo, se trata del status familiae. El acta de nacimiento en materia de filiación es un título de estado.

La procedencia de los hijos respecto de los padres es un hecho natural que nadie puede negar, de tal manera que la filiación existe en todas las personas puesto que se es siempre hijo de un padre y de una madre determinados.

El Estado cuida de preconstituir prueba; atribuye tal misión a un funcionario público, el Juez del estado civil, ante quien debe declararse el nacimiento del hijo, bajo ciertas formalidades y cubriendo los requisitos que la ley de la materia

establece, lo cual revela la existencia de un interés público que trasciende el interés de los particulares y compromete el interés social y el de la familia, es decir se refiere a un interés superior.

En México, por las ideas que sustentó Venustiano Carranza como jefe del ejército constitucionalista y del movimiento revolucionario a través de algunos jurisconsultos, se sostuvo por primera vez la idea de equiparar al hijo natural con el legítimo, para atribuirles el mismo estado jurídico y para darle un estado integrado con un conjunto de derechos, no solo para heredar, exigir alimentos y llevar el apellido del padre o de la madre, sino también para que goce de la protección jurídica que otorga la patria potestad, limitando solo sus consecuencias, en la misma forma que se hace con los hijos nacidos de matrimonio." Es decir que a falta de los padres, corresponderá esa gran responsabilidad a los abuelos, primero paternos y después maternos, porque se piensa que dentro de una idea de justicia, el hijo o el nieto no debe quedar desamparado por la forma en que fue procreado, sino que se está ante el problema de que hay un ser humano que debe ser protegido, que merece toda la protección del Estado para que no se le deje abandonado a su suerte en el trágico caso de que muriesen sus padres pero viviesen sus abuelos " ³.

Como hechos jurídicos relacionados con la filiación tenemos la concepción, la gestación y el nacimiento, que producen consecuencias de derecho al establecer la filiación que da origen a un estado jurídico, el estado de familia.

³ ROJINA Villegas, Rafael. *COMPENDIO DE DERECHO CIVIL*. Introducción, personas y familia Vol. primero, vigésimo primera edición. Editorial Porrúa. México, D.F., 1986. Pág. 456.

El momento de la concepción como hemos dicho, es la referencia que en el derecho se toma para determinar la maternidad y para presumir la paternidad, ya que se atribuye a una determinada mujer y a un determinado varón el hijo concebido, y en caso de que el niño naciera muerto o no viable habría una condición resolutoria negativa, (artículos 22 y 337 del Código Civil) toda vez de que si bien es cierto el artículo 22 considera nacido al individuo concebido, el artículo 337 establece que si no se presenta vivo ante el Registro Civil o vive veinticuatro horas no se considera nacido y nunca nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

De aquí que el derecho protege tanto el embarazo, la gestación y obviamente el nacimiento, creando a este respecto la figura del aborto y su tipificación como delito salvo determinados casos y circunstancias.

Con el nacimiento se inicia la relación jurídica de la filiación, que debe combinarse con el hecho jurídico del parto y la identificación del hijo con relación a la madre y con la presunción de que lo es del marido o del concubino. También se inicia la filiación con el reconocimiento y la posesión de estado de hijo.

Antonio Cicu dice al respecto: " El hecho de la procreación interesa al derecho solamente en cuanto da lugar a una relación social especial. Por la procreación se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado, pero se origina también una relación especial entre procreantes y procreado, lo cual significa que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad, que hay deberes y derechos que se derivan de ella. Si ya por naturaleza el simple hecho de la crianza es obra materna, en la vida social esta

misión se eleva y se extiende también al campo espiritual y pasa a ser crianza y educación a un tiempo, y como actividad del espíritu, hace estable y duradera la relación creada, originando un vínculo perpetuo que sobrepasa la vida individual.

El derecho en su función de garantía, hace de su intervención en esta esfera un verdadero deber público, pero como este deber se origina en la existencia de aquel vínculo a que antes hemos aludido, tiene que asegurarse primeramente de la realidad del mismo.

Precisamente por esto ha de comprobar no el simple hecho de la procreación, sino el vínculo estable y duradero que de ella deriva, no se trata aquí de averiguar como se ha formado históricamente el núcleo familiar, ni porque se nos presenta tan vario en su composición y en su ordenamiento. Interesa hacer notar solamente como, dada la misión materna y el consiguiente vínculo espiritual, una vez que sean sentidos aquélla y éste, no solo por la madre sino también por el padre, surge como consecuencia un vínculo estable entre el padre y la madre, que transforma la unión sexual en unión de vidas en matrimonio⁴.

La filiación deriva de la familia y se relaciona con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo que, ya sea en línea recta o en la colateral, queda establecido respecto de las personas que descienden de un tronco común; es decir de una pareja de progenitores, un varón y una mujer, que son los ancestros del grupo de parientes.

⁴ LA FILIACION. Traducción de Faustino Jiménez de Arnao y José Sanlucruz Tejero. Primera Edición. Madrid 1930. Págs. 16 y 18.

De lo expuesto se deriva que este estado jurídico se origina de la filiación de hijo de matrimonio, de la filiación de hijos nacidos fuera de matrimonio o bien de la filiación adoptiva.

1.3 Elementos Constitutivos de la filiación

De la definición de filiación que hemos dado en el apartado 1.1, se deduce que la filiación tiene elementos constitutivos de distinta forma ya sea que se trate de establecerla respecto del padre o bien respecto de la madre, esto es:

Para dejar definida y establecida la filiación materna hay que probar: El parto o alumbramiento de quien pretende ser madre de algún hijo y la identidad de quien pretende establecer su filiación ya que como lo hemos manifestado, el parto es el hecho susceptible de prueba directa y por consiguiente perfectamente conocido que determina la filiación de una persona.

En virtud de lo anterior el artículo 360 de nuestro Código Civil, se refiere a la filiación natural, pero con aplicación a todo tipo de filiación materna, nos dice en su parte conducente: " La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento..."

Por lo que se refiere a la paternidad, en principio si la maternidad es desconocida, no se puede investigar la paternidad, porque es a través de la madre como se puede llegar, con ciertas presunciones, hasta el padre.

" El hecho constitutivo de la filiación paterna, es decir la fecundación de la madre, sólo puede ser conocido a través de una presunción que el derecho

establece, partiendo de ciertos indicios que verosímilmente permiten concluir que tal varón es el autor del embarazo de la madre " 5.

Por lo que se refiere a la identidad, es preciso comprobar que la persona que ha dado a luz aquella mujer y que ha engendrado determinado varón, es aquella cuya filiación se está tratando de conocer.

Ante la prueba del parto, por testigos o por el acta de nacimiento, si consta el nombre de la madre, ya el hijo solo tiene que demostrar su identidad. Es decir tendrá que comprobar que aquel sujeto al cual se refiere el acta de nacimiento o al que aluden los testigos, es el mismo que está pretendiendo su calidad de hijo para los efectos legales consiguientes.

En la filiación de hijos nacidos de matrimonio, el acta de nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres es la prueba normal que la establece, según se desprende del texto del artículo 340 del Código Civil, sin embargo, no podemos decir que efectivamente el atestado del Registro Civil constituya una prueba de la identidad, ya que nada establece que la persona que se ostenta con un acta de nacimiento en donde consten los nombres del padre y de la madre o de alguno de ellos sea la misma que nació en virtud de las relaciones sexuales que tuvieron ese padre y esa madre cuyo nacimiento quedó registrado en el acta, me refiero a que no siempre los nombres de las personas que se asientan como padres de determinado hijo, sean los mismos que lo concibieron, es decir, sus padres biológicos.

⁵ GALINDO Garfias, Ignacio. DERECHO CIVIL. Editorial Porrúa, Séptima Edición, México, D.F., 1985. Pág. 619.

1.4 Especies de Filiación

La filiación puede derivar de una relación de descendencia o de la voluntad declarada por la que una persona adquiere los derechos y las obligaciones que nacen de la paternidad o la maternidad respecto del hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima como en la extramatrimonial, un estado jurídico. Es decir una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre del hijo, y que se refiere propiamente a la filiación consanguínea.

Sin embargo existe un tercer tipo de filiación que nada tiene que ver con la concepción y la procreación, sino que es una relación de paternidad ajena a la naturaleza y que la Ley le atribuye consecuencias de derecho. Hablamos entonces de tres especies o clases de filiación que la ley reconoce: legítima, extramatrimonial y la adoptiva.

Filiación legítima.- Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. En nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya hablan celebrado el matrimonio o bien el hijo puede nacer cuando el matrimonio de los padres estaba ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio o por nulidad y en todos estos casos su legitimidad se determina por virtud de su concepción, nunca del nacimiento.

Se presumen hijos del marido salvo prueba en contrario, los que ha dado a luz la mujer casada dentro del matrimonio. Son hijos de matrimonio los nacidos

después de ciento ochenta días de celebrado éste. En este caso se refiere a un hijo concebido antes del matrimonio, pero nacido después de ciento ochenta días siguientes a la celebración del mismo, (plazo mínimo de la gestación). En principio, este hijo debería ser considerado como nacido fuera de matrimonio, en virtud de que al momento de su concepción no estaban unidos sus padres en matrimonio, pero la ley permite que se le acepte dentro del matrimonio en condición de hijo legítimo, siempre que ocurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 328 del Código Civil, tales como:

a).- Haber sabido el marido antes de contraer matrimonio del embarazo de su mujer, circunstancia que presupone que si el marido sabía del embarazo, desde el momento que acepta contraer matrimonio, es porque implícitamente admite que este es el autor de aquél. Se exige que este conocimiento se pruebe para lo cual se requiere un principio de prueba por escrito.

b).- Que el marido ocurra al levantamiento del acta de nacimiento y esta sea firmada por él, o contenga su declaración de no saber firmar. En este supuesto no podrá desconocer que es el padre de ese hijo.

c).- El reconocimiento expreso por medio de alguno de los modos previstos por la ley.

d).- En ningún caso podrá plantearse una cuestión de legitimidad del hijo que aún cuando fue concebido dentro de matrimonio, no nació capaz de vivir.

Por otra parte el artículo 327 del Código Civil señala que el marido podrá desconocer a los hijos nacidos después de trescientos días,

contados desde que tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad. Se hace mención únicamente a los casos de divorcio y nulidad y no al caso de defunción, porque obviamente solo en esos casos pudo darse la posibilidad de que después de la separación provisional hubiera relaciones sexuales entre los que todavía son consortes. En este caso se puede sostener que el marido es el padre del hijo que ha dado a luz su esposa, lo cual deberá probarse con alguna de las pruebas admitidas en derecho. No se considerara hijo del marido, si éste prueba que se le ocultó el embarazo como principio de prueba para el adulterio o que le fue físicamente imposible tener cópula carnal con su esposa en los primeros ciento veinte días de los trescientos que le precedieron al nacimiento.

La filiación adoptiva.- la define Federico Puig y Peña como " 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 " ⁶, crea una familia, proviene del latín adoptivo, y adoptar de adoptare, de ad a y optare, desear. Es recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. Se trata consecuentemente de una creación técnica del Derecho apta para las funciones más diversas, su finalidad ha variado en el devenir histórico, desde el robustecimiento y continuidad de la familia del adoptante, hasta la protección de menores desvalidos.

" La adopción crea una relación de paternidad respecto de un extraño, el vínculo que une al adoptante con el adoptado es tan real como el que une al padre

⁶ PUIG Y PEÑA, Federico. *TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL*. E. Tomo II Derecho de Familia, Vol. II. Paternidad y Filiación editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 170.

con su hijo de sangre y los efectos que del primero emergen son tan reales como los que emergen del segundo " 7.

Comparto esta opinión pues efectivamente la relación que se va a establecer no será fingida, será de hecho y tendrá los mismos efectos que una relación biológica, la Ley no puede permitir que se finja un estado jurídico de parentesco, la adopción es una relación de filiación real.

La Filiación extramatrimonial.- Corresponde al hijo que fue concebido cuando sus padres no estaban unidos en matrimonio. Vuelve a tomarse nuevamente en cuenta el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo y máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando los padres no estaban unidos en matrimonio.

En el Derecho Romano, era hijo natural el nacido de concubina que fuese única, sola y habitase en calidad de tal en la misma casa del padre, siendo ambos libres o solteros y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio. El hijo de virgen o viuda honesta, las cuales no podían ser concubinas, no se decía natural, sino bastardo; en la vida de mujer pública se denominaba, máncer.

" Según el derecho de las Partidas que en esta parte sigue la disposición del derecho Romano, se entiende igualmente por hijo natural el procreado de barragana o concubina libre o soltera, que sea una sola, no virgen ni viuda honesta, por hombre también soltero que, al tiempo de la concepción pudiera casarse con ella; ley 2, Ti. 14, Part. 4; Ley 1, Ti. 15; ley 1, Part. 4, y ley 8, Ti. 13, Part. 6. Solo

⁷ COLL, Jorge Eduardo y ESTIVILL, Luis Alberto. LA ADOPCION E INSTITUCIONES ANALOGAS, Buenos Aires, Argentina, 1947, número 147. Pág. 196.

hay una diferencia entre el Derecho Romano y el de las Partidas, la cual consiste en que la circunstancia que el primero exige de que la concubina haya de habitar en la casa del que la tiene, no se encuentra expresamente señalada en el segundo " 8.

" La ley 11 del Toro (ley 1, Ti. 5, Lib. 10, Nov. Rec.), dispone que el hijo se diga natural cuando al tiempo que naciere o fuere concebido podía casarse su padre con su madre justamente sin dispensa, con tal de que el padre lo reconozca por su hijo; aunque no haya tenido la mujer de quien lo engendró en su casa, ni sea una sola " 9.

En la evolución sobre los derechos según el origen de los hijos, observamos que al principio se diferenciaron entre legítimos e ilegítimos como caracteres amplios y rudos de la época antigua, donde se trataba a los hijos naturales con un rigor excesivo, se les sometía a la esclavitud, se les privaba de toda clase de derechos, y había pueblos en los cuales se llegaba a un extremo de crueldad inusitada, pues se les sacrificaba apenas nacieran y muchas veces, junto con sus madres. En Grecia se les prohibía heredar y tomar parte en los sacrificios, y en las leyes del pueblo judío se les negaba todo derecho de ciudadanía.

Napoleón, inclusive consideró que la sociedad debía desinteresarse de los hijos naturales, por lo que sus derechos se redujeron y si bien no se volvió a la severidad del derecho antiguo, el deseo iusnaturalista de la equiparación desapareció de modo definitivo 10.

⁸ ESCRICHE, Joaquín, DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Librería Garnie hermanos. París 1876. Pág. 793.

⁹ Idem.

¹⁰ PUJIG Y Peña, Federico. TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. Tomo II. Parentalidad y Filiación. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1971. Pág. 18.

Así las cosas irrumpen en el campo doctrinal en Europa a principios del siglo XVIII, la filosofía del iluminismo y la escuela del derecho natural, precursora de la revolución, y sus doctrinas tienden a resolver el problema de una manera simplista, concediendo a los hijos ilegítimos iguales derechos que a los legítimos.

Veamos que sucede en otros países respecto de la filiación extramatrimonial:

Colombia.- El Código civil conserva la calificación de naturales para los hijos habidos fuera de matrimonio. " El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley ", previene la ley de 45 de 1936. De lo que se deduce que, no será hijo natural el no reconocido, poniéndolo en evidente situación de desventaja.

Además de la calificación, el artículo 28 de la citada ley previene que los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales, además uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria en la concurrencia con hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos y sin perjuicio de la porción conyugal. La desigualdad continúa.

En Perú.- La legislación civil en su artículo 348 dice " Son hijos ilegítimos, los nacidos fuera de matrimonio ". El Código de 1936 mantiene la diferencia entre hijos legítimos y los hijos ilegítimos, acordando a los primeros un régimen privilegiado. Empero mejora las condiciones del hijo ilegítimo permitiendo en varios casos la investigación judicial de la paternidad, establece la posibilidad de legitimar

a los adúlteros e incestuosos, da a cada ilegítimo la mitad de la cuota hereditaria que corresponde a los legítimos cuando concurren con éstos, extiende a los abuelos la obligación alimentaria, etc.

" En cuanto a las subdivisiones de los hijos ilegítimos el Código de 1936 las ha virtualmente suprimido, y solo en forma incidental señala entre ellos a los adúlteros e incestuosos para colocarlos en situación de inferioridad " ¹¹.

En Ecuador.- En el artículo 261 se establece que " Los hijos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos ".

En el capítulo relativo a la sucesión intestada solo se habla de hijos sin calificarlos. " Son llamados a la sucesión intestada los hijos del difunto, sus ascendientes, sus padres, sus hermanos, el cónyuge que sobreviva y el Estado ".

Argentina.- La antigua clasificación de hijos legítimos e ilegítimos, se eliminó en el Derecho Argentino por virtud de la Ley 14367, del 30 de septiembre de 1954, que estableció que debían suprimirse " las discriminaciones públicas y oficiales entre hijos nacidos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio ". Sin embargo la misma Ley establece, que los hijos nacidos fuera de matrimonio tendrán en la sucesión del progenitor un derecho igual a la mitad del que asigna la ley a los hijos nacidos dentro de matrimonio, aquí también la desigualdad continúa.

Estados Unidos de Norteamérica.- No existe una forma federal expresa pero el Tribunal Superior Federal se ha servido del principio de igualdad para

¹¹ CORNEJO, Chávez Héctor. *DERECHO FAMILIAR PERUANO*. Sociedad Paterno Filial, Tomo II. Librería Studium Editores, Lima, Perú. 1982. Pág. 119.

declarar inconstitucionales diversas leyes de los estados, principalmente la de Louisiana, que establecía discriminaciones hacia los hijos ilegítimos.

En México.-

a).- Época indígena.- El concepto de igualdad o legitimidad que se emplearon en Europa en la época de la conquista española no es aplicable a la situación familiar existente en la época indígena. " No hay duda de que en un principio solo los hijos de la mujer principal sucedían a su padre; pero en los libros que tratan el tema abundan ejemplos de lo contrario y tal es el caso del Emperador Izcoatl, ilustre, fue hijo de una concubina de origen humilde. En todo caso los hijos de las esposas secundarias se consideraron pilli y podían llegar, si eran dignos de ello a desempeñar funciones más altas " ¹².

" Entre los mexicanos era ilícita y muy frecuente la poligamia; principalmente entre los reyes y señores, pero entre las esposas había diferentes rangos, la primera se llamaba cihuatlani, las otras cihuapilli o damas distinguidas; de éstas las había que habían sido dadas por sus padres, cihuanemaxtli, y otras que habían sido robadas las tlacihuasantin que eran las más en el harem " ¹³.

" El hombre, casado o soltero, no sacerdote, podía tomar cuantas mancebas quisiera, con tal de que fueran libres de matrimonio o de religión. Los padres daban mancebas a sus hijos mientras llegaba la edad de casarse. Para tal fin pedían las muchachas a sus padres, sin que éstos consideraran deshonoroso darlas, y sin que en este caso ni en matrimonio se exigiera igualdad de rango social,

¹² SOUSTELLE., Jacques. LA VIDA COTIDIANA DE LOS AZTECAS. Fondo de Cultura Económica, México, 1980. Pág. 181.

¹³ ESQUIVEL Obregón, Toribio. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO. Tomo I. Los Orígenes. Editorial Polis. México, D.F.. Pág. 363.

la unión accidental o transitoria entre hombres casados o solteros y mujer soltera no tenia pena " 14.

b).-Época Colonial.- La llegada de los Españoles y la conquista del imperio Azteca trunca la evolución natural de los indígenas. Se implantan las concepciones religiosas, que influyen definitivamente en la doctrina sobre la legitimidad e ilegitimidad de los hijos según nacieran dentro o fuera de matrimonio, señalando una diferencia no solo en cuanto al calificativo, sino teniendo consecuencias patrimoniales en perjuicio de los ilegítimos.

Debido a una situación peculiar, se emiten disposiciones legales o especiales para las Indias. Importancia fundamental tuvo en esta materia la labor de los misioneros. Se esforzaron por ministrar frecuentemente el bautismo, tan necesario para la vida social este sacramento como el del matrimonio, donde los misioneros tropezaron con más inconvenientes. Una vez que los indios ante la exigencia de los misioneros, dejaban a sus mujeres y sólo conservaban una, con tal facilidad que aquellos la consideraban como milagrosa; otras veces oponían resistencia inquebrantable a abandonar la poligamia y ése era el obstáculo para aceptar la fe. El concepto de poligamia era más complejo de lo que parecía a simple vista, pues el indio veía a sus mujeres no solamente como un medio de satisfacer necesidades carnales, sino como un número de servidoras obligadas a los trabajos que se les imponían, y renunciar a ellas era perder las ventajas económicas de sus servicios. Por otra parte, en virtud de la poca diferencia que existía para los indios entre mujer legítima y concubina, el hecho de aceptar una sola mujer como legítima no representaba ningún problema para sostener relaciones con otras mujeres.

¹⁴ Idem. Pág. 365.

De allí que se originó que en la Leyes de Burgos se dictara la ordenanza XVI, a través de la cual se ordenaba a los misioneros que los Indios habían de ampliar su fe en el sentido de que se les debía hacer entender que no debían tener más de una mujer y para el caso de que tuvieran más, debían de casarse con la que mejor les estuviere, en cumplimiento a lo ordenado por la Santa Madre Iglesia.

También en las "Leyes de Indias relativas exclusivamente a los Indios de América", se estipularon normas a través de las cuales los indios se podían casar libremente sin que ninguna disposición lo prohibiera, pero para el caso de que algún indio ya cristiano, estuviese casado con una mujer y se casa con otra serían apartados y sancionados, y si por segunda vez no se separan y vuelve a la cohabitación con su legítima esposa, entonces serían castigados para enmienda y ejemplo de los demás.

c).- México Independiente.- Se aprecia referencia a la filiación en forma más clara en los códigos civiles de 1870 y 1884, de ahí que en el Código Civil de 1870 se establecía que cuando un hijo no fuera legítimo sólo se asentara el nombre del padre o de la madre si estos lo pidiesen, en caso contrario se asentara como de padres desconocidos, decía en sus artículos 30 y 82 que en caso de ser hijo de padres incestuosos sólo podría asentarse el nombre de alguno de los padres, de la misma forma que nuestra legislación vigente lo contempla.

En el capítulo de reconocimiento se señaló que los hijos naturales eran aquellos cuyos padres o uno de ellos hubieran estado libres para contraer matrimonio, ciento veinte días antes del nacimiento.

Por otra parte consideraba espurios a los hijos que nacían de padres que no podían casarse al momento de la concepción o del nacimiento. El artículo 384 disponía que si de una sentencia resultare que el hijo es adulterino o incestuoso por causa no dispensable, no tendría más derechos que los que se le atribuyen a los espurios.

En materia de sucesiones se hacía la distinción entre los hijos legítimos o legitimados y los naturales y espurios, quedando estos últimos en desventaja con los primeros.

En el Código Civil de 1884 se mantiene la división hecha en el Código de 1870, haciendo referencia también a los hijos adulterinos e incestuosos, en el capítulo relativo a las actas de nacimiento se incluye la "designación" como figura para el reconocimiento de hijos espurios. Continúan las diferencias entre los hijos naturales y espurios en cuanto a las sucesiones.

En la Ley de Relaciones familiares, en la exposición de motivos en materia de paternidad y filiación se suprime la clasificación de hijos espurios, por considerarlo injusto para los hijos, porque en realidad la falta la han cometido los padres, más aún considerando al matrimonio como un contrato, las faltas a este contrato sólo son imputables a las partes que celebraron el mismo. Aunado a lo anterior la disolubilidad del vínculo matrimonial facilitaba ya no sólo reconocer sino legitimar a los hijos que antes sólo podían designarse, como consecuencia de esto, también se facilitó la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo el derecho de los hijos a únicamente llevar el apellido de su progenitor a fin de darles una posición definida en la sociedad, pero siempre teniendo presente los derechos y obligaciones de la mujer, que en caso de matrimonio ella no puede

reconocer a sus hijos naturales sino es con el consentimiento del marido y éste a su vez, aún reconociendo a sus hijos no tiene la facultad de llevarlos a vivir al domicilio conyugal, sino es con la autorización de la esposa.

En nuestro derecho vigente la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, en relación a la madre, resulta del sólo hecho del nacimiento, según lo establece el artículo 360 del Código Civil, en esto se aplica también lo que ya ha quedado establecido para la filiación legítima; La prueba de la maternidad se acredita con el parto, pero por lo que se refiere al padre, no cabe más prueba que la presuncional, si tomamos en cuenta que ésta consiste en imputar como hijo del marido, al habido con su esposa, esta presunción sólo opera en cuanto a los hijos nacidos de los concubinos(art. 380 Código Civil). Fuera de este caso sólo es posible establecer la paternidad por el reconocimiento voluntario de parte del padre o de la madre, o por la investigación de la paternidad o de la maternidad.

Acertadamente el Código Civil actual, suprime todos los adjetivos con los que se denominaba a los hijos, y les atribuye a todos por igual los mismos derechos, independientemente de que hubieren nacido de matrimonio o fuera de el, de tal forma que la clasificación de hijos, *naturales, espurios, adulterinos, incestuosos, nefarios, sacrilegos y mánceres*, ha desaparecido de nuestra legislación. Aun con esto existe contradicción, ya que en los artículos 62,64 y 164 del código de la materia, aun se hace referencia al hijo adulterino, e Incestuoso, acepciones que deben cambiarse por la de hijos nacidos fuera de matrimonio simplemente, o bien la de hijos nacidos de matrimonio prohibido por la ley en virtud de parentesco no dispensable.

Estas fórmulas a las que nos hemos referido, integran las tres clases de filiación que contempla nuestro derecho vigente.

II. LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

2.1 Objeto de la prueba

A pesar de la existencia de la institución del matrimonio y de que una cantidad considerable de elementos de la población la respetan y la acatan, también existen gran cantidad de individuos que no lo han hecho y lo han pasado inadvertido ejerciendo su libertad en materia sexual, los hijos nacidos de ellos, no traen a su favor certeza de paternidad puesto que su madre no tiene un marido legal a quien se le pueda atribuir el papel de padre, y de allí la importancia de la filiación, para establecer la filiación extramatrimonial, el derecho provee los medios necesarios ya sea mediante el reconocimiento que uno o ambos progenitores realicen con respecto a su hijo, o a través de una sentencia a través de la cual se atribuya forzosamente la paternidad a determinado varón, después del estudio minucioso que el Juez haga de las pruebas ofrecidas dentro del juicio de investigación de la paternidad.

La procreación que surge de una pareja que une sus vidas sin sujetarse al vínculo matrimonial es una realidad a la que se ha enfrentado siempre cualquier sistema impositivo de normas, llámese moral, religioso, costumbres o derecho, asumiendo frente a los hijos extramatrimoniales, diversas actitudes, que van desde su completa aceptación sin distinción de los hijos nacidos de matrimonio y hasta el rechazo total y condenatorio haciéndolos víctimas de la negación de todo tipo de derechos y asignándoles denominaciones infames.

Los regímenes jurídicos revolucionarios y liberales, las culturas con mayor humanismo y recto sentido de la justicia, extienden a todos los individuos la igualdad de derechos, sin importar su origen, tal es el caso de nuestro código civil vigente para el Distrito Federal de 1932.

Sin embargo, esto no siempre fue así, "al inicio de la vida independiente de México, y durante todo el siglo XIX impero el criterio conservador. Sintomáticas son al respecto las palabras de Florentino García Goyena al decir: 'La suerte de los hijos ilegítimos, ha sido siempre menor en los Estados más estragados y en los momentos de mayor delirio...¿Qué Papa ni que Rey Casado se atrevería hoy a reconocer y hacer Cardenales e Infantes a sus hijos sacrílegos o adúlteros? '.

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

Calixto Valverde inicia las consideraciones doctrinales acerca de la situación de los hijos extramatrimoniales reprobando el calificativo de hijos ilegítimos, pues razona: 'como quiera que en la generación y el nacimiento el hijo no interviene, y por lo mismo no es culpable y no ha infringido la ley, podrá ser propia y adecuada la frase de padres ilegítimos, pero la expresión de filiación legítima, es impropia'. Sin embargo, de inmediato opina: 'Los hijos ilegítimos no deben gozar de iguales derechos y tener idéntica consideración jurídica, pues si a todos les une el vínculo de la sangre, a los legítimos les enlaza con sus padres el vínculo del matrimonio, base de la familia y, como decía Portalis, ésta es el santuario de las

costumbres y, por tanto, igualar la situación de todos los hijos, equivale a sancionar una tremenda y monstruosa injusticia' " ¹⁵.

La situación de los hijos ilegítimos presenta además otra cuestión fuertemente debatida: no todos los hijos habidos fuera de matrimonio tienen la misma calidad frente al derecho.

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

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

En las Siete Partidas, la Cuarta en el título XV, habla " De los hijos que non son legítimos ", la primera distinción que esta legislación establece entre los hijos, es la de legítimos y naturales. Los legítimos son los que nacen de padre y de madre que son casados verdaderamente según manda la iglesia. Son naturales los que no nacen de casamiento según ley: adulterinos, incestuosos, sacrílegos, mánceres, espurios, estos últimos son aquellos que, aún cuando nacieron de matrimonio, éste fue declarado nulo o ilícito, estos hijos no podían ser legitimados, aún cuando

¹⁵ MONTERO, Duhalde Sara. *DERECHO DE FAMILIA*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1992 Quinta edición. Pág. 284.

muriese la esposa del hombre que se había casado sin extinguir su primer matrimonio.

Para la legislación de Las Partidas, con excepción de los hijos simplemente naturales, los otros llamados ilegítimos en sus diversas designaciones, no podían tener honores ni dignidades y si las lograban, una vez descubierto su origen, las perdían. No tenían tampoco, derecho a heredar ni de sus padres ni de sus parientes.

" En la primera etapa del México independiente, en todo lo relativo a las relaciones familiares, se aplicaba paralelamente a las Leyes de Partida, el derecho canónico. Se señalan someramente algunas disposiciones de este particular fuero.

a)Decretales. Lib. 4,Tit. 17.

'El hijo natural de soltero y soltera, se hace legítimo por el matrimonio siguiente, y se legitima en cuanto a la herencia.' (Cap. i, Alejandro III, año 1180).

'Es ilegítimo el hijo que tuvo de adulterio la muger viviendo el marido, tanto si habita con éste, como con el adúltero'(Cap. 4, el mismo al obispo Exoniense).

'Los hijos naturales se legitiman por el siguiente matrimonio: pero no los espurios.' (Cap. 6. El mismo al dicho, año de 1172).

'Son ilegítimos los hijos de matrimonio celebrado contra justicia de pública honestidad, y deberán ser excluidos de la herencia de sus padres.' (Cap. 10, Celestino III, al Arzobispo de Evora, año de 1192).

'El Papa puede legitimar libremente los ilegítimos en los dominios de la Iglesia; pero no en tierras ajenas, sino por causas muy arduas, o por lo concerniente a lo espiritual; con todo se entenderán entonces que legitima también en cuanto a lo temporal como indirectamente y por consecuencia cierta' (Cap. 13, Inocencio III al noble Barón de Monte Pesulano, año de 1213).

'Los hijos de clérigos que sean nacidos de legítimo matrimonio, no pueden obtener beneficio ninguno en las iglesias donde tienen, ó tuvieron sus padres algún beneficio Eclesiástico, ni pueden servir en las mismas Iglesias, ni gozar pensiones sobre los beneficios de sus padres'. (Concilio Tridentino, lib. 25, de refr. dec. 2, cap. 13) " 16.

En nuestro país, cuando el gobierno republicano se restableció, Don Benito Juárez ordenó de inmediato la constitución de una comisión codificadora, misma que formó el Código Civil de 1870, que mostró mano dura con los hijos extramatrimoniales, puesto que estipulaba que, aún cuando hubiesen sido reconocidos con anterioridad por sus padres, sin hacer manifestación de que se tratasen de hijos adulterinos o incestuosos, perderían todos los derechos obtenidos, una vez declarada su calidad por sentencia y por lo tanto, sólo podrá tener los derechos que la ley le concede a los hijos espurios, argumentándose que aún cuando fuera desagradable esta situación, era necesaria para la conservación del orden social, la paz de las familias y la moral.

En este código, también se regula la legitimación, en favor de los hijos naturales por el subsiguiente matrimonio de los padres, y si este se anula, la legitimación subsiste cuando ha sido de buena fe, pues no debe equipararse el error

¹⁶ Op. cit. Págs. 289 y 290.

con el crimen. El reconocimiento del hijo natural es necesario para la legitimación; porque de otra manera no descansaría ésta en un fundamento tan sólido como la confesión de los padres.

El código civil del Distrito Federal y territorios Federales de 1884, es casi una copia del de 1870, excepto porque estableció la libre testamentación, extinguió la legitimación forzosa, no obstante en la regulación de la simple legítima, mantiene una exigente distribución del Código derogado, asignando porciones diferentes a los hijos en razón de su origen y calidad de legítimos, naturales o espurios. También presenta una innovación en cuanto al reconocimiento de los hijos pues incluye dentro de la misma a los hijos espurios, manifestando que la designación de los hijos cuando fueren espurios se hará en el acta de nacimiento y se tendrán por su padre o madre, para efectos legales, a aquellos que hayan hecho constar su nombre en la forma debida. De esta manera este código corregía la omisión del código de 1870 en el que no se señalaba en que forma podían identificarse como hijos los que tenían esa calidad, pues estaba prohibido reconocerlos, y en sus actas de nacimiento no podía ponerse el nombre del progenitor adúltero.

Por lo que hace a la Ley de Relaciones Familiares de 1917, tiene el acierto de eliminar la calificación de los hijos espurios, sin embargo fue muy estricta en los derechos que otorgaba a los hijos extramatrimoniales, pues únicamente les concede el derecho de llevar el apellido de la persona que los reconoce, como si eso fuera suficiente para su subsistencia, de esta manera les quitaba a los hijos el derecho a percibir alimentos de parte de sus progenitores y el derecho a entrar a la

sucesión legítima de sus padres. El legislador da como fundamento, que la medida tiene por objeto desanimar las uniones ilícitas.

Finalmente el código civil de 1928, vigente para el Distrito Federal, desde el primero de octubre de 1932, no distingue en los derechos de los hijos en razón de su origen. Una vez establecida la filiación (por matrimonio, por reconocimiento o por imputación de paternidad), los derechos entre padres e hijos son idénticos.

Como ya se ha manifestado anteriormente, uno de los fines primordiales del Estado, es la protección de la familia, lo cual implica su interés en establecer legislativamente las relaciones de parentesco, para atribuir derechos y establecer obligaciones.

La sociedad es la primera interesada en que la filiación quede establecida, toda vez que el ejercicio del derecho de un padre y de una madre determinados de establecer los lazos de filiación conocidos, ya sea que se trate de filiación matrimonial, extramatrimonial o adoptiva, recordando que nuestro tema se enfoca a la filiación extramatrimonial, contemplaremos específicamente esta, haciendo mención a las otras clases en forma comparativa cuando así se requiera.

2.2 Los Medios Probatorios

La filiación extramatrimonial, está sometida a la prueba de la consanguinidad, a la existencia de una genética paterno-filial, pues es de donde nacen los vínculos jurídicos que constituyen el sistema jurídico denominado, filiación.

Nos dice el artículo 360 del código civil, que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta: a).- Con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. El parto puede acreditarse por cualquiera de los medios ordinarios de prueba que establece nuestra legislación; confesional, testimonial, documentales etc., sin embargo, tratándose de la prueba testimonial y aplicando por analogía el artículo 341 del código civil, únicamente podrá aplicarse sola cuando exista un principio de prueba por escrito, cuyo contenido sea lo bastante grave o fuerte para poder determinar siquiera su admisión. El Dr. Ignacio Galindo Garfias, nos menciona como elementos probatorios que podrían servir para admitir la prueba testimonial los siguientes:

*a).- El examen comparativo de los caracteres morfológicos externos del padre y del hijo (talla, forma de la cabeza, facciones, impresiones digitales);

b).- El examen de los caracteres antroponegéticos o funcionales externos (actitudes, forma de la letra, gesticulaciones, timbre de voz, etc.);

c).- Examen de los signos semiológicos o patológicos transmisibles hereditariamente (predisposiciones especiales para determinadas enfermedades, enfermedades de la sangre, lunares, etc.);

d).- Caracteres psicológicos y

e).- Finalmente, el examen de los caracteres de la **biología sanguínea**".¹⁷

Frente a estos principios, indicios o presunciones, se presenta el conflicto del valor probatorio por sí solo que deberá atribuirse al análisis hematológico como elemento para demostrar la paternidad o la maternidad, que nuestro diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define como: " F. Estudio de la estructura biológica, la composición química y las propiedades físicas de la sangre" ¹⁸.

Esta prueba puede ser positiva, es decir, afirmar una determinada relación biológica de filiación, o bien a contrario sensu que una persona no puede ser padre o madre de otra. En el campo del derecho, solo un resultado negativo tendría valor probatorio pleno y decisivo, ya que comprobada la imposibilidad de la relación sexual, la prueba hematológica debe ser rechazada y solo aceptarse cuando esté vinculada a otras pruebas de carácter pericial, que, por sí solas cada una de ellas no serían suficientes para formar una opinión en el Juez, pero que en razonable armonía podrían calificarse como indicios y por lo tanto admitirse.

Por lo que se refiere a la paternidad natural, existen tres medios reconocidos en nuestro derecho para su establecimiento, mismos que de conformidad con el artículo 360 son:

a).- El reconocimiento voluntario.- Considerada como la vía normal para establecer la filiación natural, tanto de la madre como respecto del padre.

¹⁷ GALINDO Garfias, Ignacio. *DERECHO CIVIL*. Editorial Porrúa, Décimo primera edición. México, 1991.. Pág. 630.

¹⁸ GARCIA-PELAYO y Gross, Ramón. *DICCIONARIO BASICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*. Ediciones Larousse. México, D.F., Primera Edición, 1979. Pág. 278.

b).- Por sentencia judicial que declare la paternidad (previa la investigación de la paternidad en los casos permitidos por el artículo 382 del código civil).

c).- El tercer medio está considerado en el artículo 383 del Código Civil pues manifiesta que, se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I, los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato, y

II, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina, situación por demás idéntica a la que establece el artículo 324 del código civil, para la filiación legítima.

Hay un cuarto elemento que puede ser considerado como medio probatorio y este es, la posesión de estado, es cierto que nuestro código civil en su artículo 341 la acepta para probar el estado de hijo de matrimonio, que procede cuando las actas son falsas, incompletas o defectuosas, sin embargo cabe la posibilidad de pensar que toda vez de que en el juicio de reclamación de estado se deben acreditar el trato de hijo, no solo del padre sino también del hijo y de la sociedad, el uso del apellido de la persona de quien reclama la paternidad y que el padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio más la edad del hijo cuya filiación se trata de establecer. Puede servir este medio probatorio, aparejado de otro, como el principio de prueba a que se refiere la fracción IV del artículo 382 del código civil.

Nos dice el citado artículo 360 del código civil, que respecto del padre, la filiación solo se establece por reconocimiento voluntario del padre, o por una sentencia que declare la paternidad; cabe hacer aquí el comentario de que el reconocimiento es simplemente reconocimiento, pues siempre será voluntario, de otra manera estamos hablando de una sentencia que declare la paternidad y ésta no es un reconocimiento sino que es una imposición legal al padre que le atribuye el hijo nacido fuera de matrimonio, porque de las constancias de autos en el juicio de investigación de la paternidad se desprende que es así, de ninguna manera es un reconocimiento voluntario.

La posesión de estado de hijo extramatrimonial constituye una situación por la cual surge el deber del padre de reconocer a su hijo y resulta de una serie de hechos que en conjunto concurren a demostrar la relación de filiación y parentesco entre un individuo y su familia a la cual él pretende pertenecer, la posesión de estado es, por naturaleza, una prueba más perentoria, que la escritura pública, que los actos auténticos; es la evidencia misma, es la prueba viva y animada.

La relación jurídica paterno filial, sólo puede establecerse cuando exista en favor del hijo un principio de prueba, como puede ser el que hubiere escritos, testigos o comportamiento del padre, respecto de quien pretende ser su hijo, lo que genera la posibilidad de investigar la paternidad como derecho del hijo en términos de la fracción IV del artículo 382 del Código Civil.

Nuestra legislación hace referencia a cualquier prueba que detecte la posible relación paterno filial, necesariamente tiene que ser un escrito indubitado y no solamente se pruebe una marcada voluntad de reconocer.

Sobre este aspecto, el maestro José de Jesús López Monroy, estudia la posibilidad de que con los adelantos científicos y el avance jurídico que ahora tenemos, podamos incluir la prueba genética como un medio probatorio para establecer la filiación, principalmente paterna, considerando la prueba pericial hematológica a que se refiere el maestro Barroso Figueroa, en el estudio al que a continuación me refiero, como uno de los principios de prueba que la ley exige para la investigación de la paternidad.

Con motivo del homenaje que el Colegio de profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México, hiciera al maestro Antonio de Ibarrola Aznar, el Lic. José Barroso Figueroa, publicó un estudio jurídico respecto a la maternidad, paternidad y genética, a través del cual, manifiesta que las figuras jurídicas de paternidad y maternidad, "son al fin y al cabo las dos caras de una misma moneda; en ambos casos se trata de determinar si existe o no la procreación de un cierto individuo por otro determinado" ¹⁹.

"En lo que se refiere al hijo, si bien el Código Civil no dice expresamente que pueda emplear todos los medios ordinarios de prueba, es claro que tiene esta posibilidad, sobre todo si se considera que respecto de la investigación de la maternidad, el ordenamiento citado explícitamente lo autoriza. La analogía entre los casos de investigación de la paternidad y de investigación de la maternidad es inocua y debe operar en cuanto a ellos el principio de Alicato: *Ubi eadem ratio, ubique eadem legis dispositio*.

¹⁹ ESTUOSIOS JURIDICOS QUE EN HOMENAJE A ANTONIO DE IBARROLA AZNAR, PRESENTA EL COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, Estudio correspondiente a BARROSO, Figueroa José MATERIDAD, PATERNIDAD Y GENETICA. Facultad de Derecho de la UNAM, primera coedición, México, 1996. Pág. 39.

Por otro lado, en tanto que el artículo 289 del código de procedimientos civiles admite como medio de prueba todo aquello que es capaz de generar convicción en el juez, no parece haber dificultad para que la prueba pericial hematológica sea admitida por los tribunales..."²⁰.

2.3 Reconocimiento

Concepto

El reconocimiento es un acto jurídico, unilateral, solemne e irrevocable por virtud del cual una persona manifiesta ser padre o madre de otra, en cualquiera de las formas prescritas por la ley, por lo que se asumen por aquél que reconoce y en favor del reconocido, todos los deberes, derechos y obligaciones que atribuye la relación paterno filial.

Sobre el reconocimiento existen diversas teorías mismas que pueden ser clasificadas dentro de las siguientes: Como confesión, como acto de poder familiar, acto jurídico de admisión, declaración o cumplimiento de una obligación natural o bien como confesión de doble naturaleza.

" El reconocimiento hace referencia a la realidad biológica por la cual el reconocido es hijo del reconocedor. Es decir, el reconocimiento presume el nexo biológico que existe entre ambos, por el cual se genera la relación de filiación con sus consecuencias jurídicas. por lo tanto el reconocimiento es una presunción de

²⁰ Op cit. Pág. 40.

que existe un vínculo biológico; que de no ser cierto, puede ser impugnado o contradicho " 21.

El contenido y la naturaleza jurídica del reconocimiento han sido siempre temas muy debatidos; Albadalejo mantiene la tesis, de que el reconocimiento " es un acto por medio del cual el que lo realiza se declara padre o madre del hijo de que se trata. Consiste pues, en una pura y simple afirmación de paternidad o maternidad biológica. las consecuencias jurídicas de esa afirmación se establecen ex lege, omisión hecha del propósito de su autor, de lo cual se deduce que el reconocimiento no es un negocio jurídico " 22.

Lacruz y Sancho, afirman que " el reconocimiento puede definirse como el acto jurídico de Derecho de Familia, en cuya virtud se declara o admite el hecho de la paternidad o maternidad y se asumen o admiten las consecuencias legales inherentes a la misma " 23.

Por su parte Diez-Picazo, lo define como " la creación de una nueva situación jurídica que se produce en virtud de un hecho natural, la procreación, y hay suficientemente una relación jurídica entre el progenitor y el hijo " 24.

En nuestro derecho observamos que de una o de otra manera es un acto jurídico y a pesar de la diversidad de teorías en todas ellas está presente la voluntad del que reconoce.

²¹ CHAVEZ, Asencio. Manuel F. *LA FAMILIA EN EL DERECHO*. Editorial Porrúa. primera edición. México, 1987. Pág. 131.

²² ALBADALEJO, García. M. *CURSO DE DERECHO CIVIL*. Tomo IV: Derecho de Familia, Barcelona 1982. Págs. 227 y 228.

²³ LACRUZ, Berdejo y SANCHO, Rebudilla. F. *ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL*. Tomo IV Derecho da Familia, Barcelona, 1982. Págs. 647 y 648.

²⁴ DIEZ-PICAZO, L. y GUILLON A. *SISTEMAS DE DERECHO CIVIL*. Vol. IV 2a. Edición, Madrid 1982. Pág. 332.

El artículo 369 del Código Civil no enumera los medios legales por lo que se puede hacer el reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio y son los siguientes:

I.- En el acta de nacimiento levantada ante el C. Juez del Registro Civil,

II.- El que se realiza en acta especial levantada en los mismos términos que la anterior.

III.- ya sea por escritura pública,

IV.- por testamento o

V.- por confesión judicial directa y expresa.

Así tenemos que, los modos de reconocimiento se dividen en dos grupos: los que se realizan ante la autoridad administrativa que comprende las fracciones I y II, facultada para tal efecto y cuyos testimonios hacen prueba plena, dándoles el carácter de un documento erga omnes y, los que se realizan ante autoridad distinta de la administrativa, como son el juez de lo familiar o el notario, que comprenden las tres últimas fracciones que requieren para que constituya prueba plena y que sea oponible a todo el mundo (erga omnes) que dentro del término de quince días, después de haberse hecho el reconocimiento, se exhiba ante el juez del Registro Civil original o copia certificada del documento que acredite el reconocimiento, tal y como lo establece el artículo 80 del Código Civil sin embargo la omisión ante el Registro Civil, no quita los efectos legales del reconocimiento (artículo 81 del código civil), haciendo la pertinente aclaración de que este tipo de reconocimiento solo

genera efectos entre el reconocedor y el reconocido, ya que faltaría la prueba indubitable que le otorga el registro civil.

De lo expuesto, tanto en el concepto como en la naturaleza jurídica, podemos especificar las características del reconocimiento:

-Acto de voluntad.- Fundado en una exigencia ética, para cumplir con el deber jurídico que el progenitor tiene de reconocer y generar la relación jurídica paterno-filial, lo que no lo desvirtúa de ser un acto jurídico.

-Unilateral.- Hay legislaciones que lo consideran como acto unilateral y otras que le dan la característica de bilateralidad, como pudiera desprenderse de nuestro código civil, al estipularse en el artículo 375, que el hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor sin el de su tutor si lo tuviere o del que le nombre el juez especialmente para el caso, ahora bien también existe otra doctrina que califica al reconocimiento distinguiendo entre reconocimiento unilateral y reconocimiento bilateral, dependiendo de que sea realizado por uno o por ambos progenitores, es decir, será unilateral cuando es realizado por uno solo de los progenitores y será bilateral cuando concurren en un mismo acto las declaraciones del padre y de la madre.

Sin embargo, considero que " es un acto jurídico siempre unilateral. En el reconocimiento bipersonal conjunto, la unidad formal implica dos actos distintos. Por otra parte, la preceptiva aprobación del reconocido mayor de edad tampoco le confiere bilateralidad: es una *conditio iures* de eficacia " ²⁵.

²⁵ LACRUZ, Berdejo. José Luis y SANCHO Rebullida, Francisco de Asís. *DERECHO DE FAMILIA*. Librería Boch. Barcelona 1974. Pág. 67.

En el derecho argentino se trata de un acto unilateral, pues así está considerado en el artículo 332 del código civil.

En España, donde existe una redacción semejante a nuestro artículo 375 del código civil; se previene que el hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento y que el hijo menor de edad requiere simplemente la aprobación judicial.

-Solemne.- Se dice que el reconocimiento es un acto solemne porque sólo puede ser verificado por alguno de los modos expuestos en la ley.

Rojina Villegas considera que es un acto solemne porque " La solemnidad como ya hemos explicado, es una forma especial de la cual depende la existencia del acto jurídico, los actos jurídicos solemnes como el matrimonio, el reconocimiento de un hijo, la adopción, no existen si no se observa la forma requerida por la ley, por lo tanto no están afectados de una nulidad que pueda desaparecer por una confirmación expresa o tácita " ²⁶.

-Declarativo.- Es declarativo de la filiación porque crea un lazo jurídico amén de la relación biológica entre el que hace el reconocimiento y el hijo reconocido.

-Personalísimo.- "Por su misma naturaleza y por la función que ejerce el reconocimiento en el estado de las personas, es un acto personalísimo del padre o de la madre. Ninguna otra persona puede sustituir a aquellos en la confesión que el reconocimiento supone. En este sentido ni el tutor en caso de incapacidad; ni los parientes en caso de fallecimiento; ni los acreedores en el supuesto de intentar

²⁶ ROJINA Villegas. Rafael. *COMPENDIO DE DERECHO CIVIL*. Tomo I. Editorial Porrúa. Pág. 460.

cobrar al hijo reconocido, pueden llevar a cabo este acto de voluntad que el reconocimiento supone" ²⁷. Sin embargo esto no quiere decir que no pueda hacerse otorgando mandato en los términos del artículo 44 del código civil, en cuyo caso se dará en escritura pública o extenderse en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificado ante notario público, juez de lo familiar, menor o de paz, debiéndose expresar con claridad el nombre de la persona a quien debe reconocerse.

-Individual.- Esto es, que cualquiera de los padres, pueden hacerlo en forma independiente, pues la ley no requiere que el reconocimiento se haga en forma conjunta como requisito, y por lo tanto puede hacerse conjunta o separadamente, haciendo la aclaración de que el reconocimiento que se haga ya sea por el padre o por la madre, únicamente producirá efectos respecto de aquél que lo haya hecho, tal y como lo prevé el artículo 366 del código civil; quedando prohibido además que cuando alguno de los padres haga el reconocimiento, no podrá revelar el nombre de la persona con quien haya sido habido el hijo como tampoco se acepta que se asiente ninguna de las circunstancias por las que esa persona pudiese ser identificada.

Aún más el artículo 371 del mismo ordenamiento establece las sanciones tanto para el notario como para el Juez del Registro civil, que den su consentimiento para poner estas anotaciones.

-Irrevocable.- Es irrevocable, ya que una vez hecho el reconocimiento y establecido el estado civil de la persona de cuya filiación se trata, no puede por

²⁷ PUIG Y PEÑA, Federico. TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. Tomo II. Paternidad y Filiación. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid 1971. Pág. 88.

ningún otro medio, ni por otra declaración, cambiar esa situación jurídica que ha sido creada por el reconocimiento, tan es así que no se revoca, y cuando se haya hecho por testamento si éste se revoca, el reconocimiento no puede ser revocado, artículo 367 del código civil. " La parte final de este artículo es difícil de aplicarse, dadas las distintas formas que pueden tener los testamentos. Si el testamento en el que se asentó el reconocimiento de un hijo es público abierto, existe la constancia del reconocimiento ante el Notario Público; en este caso, revocado el testamento, quedará firme el reconocimiento. Pero si el testamento es público cerrado u ológrafo y el testador lo revoca y recoge los pliegos respectivos, el reconocimiento que hubiere efectuado a través del mismo se revocará junto con el testamento, por su propia naturaleza de ser una expresión de voluntad conocida únicamente por el propio testador " ²⁸. Por lo que considero que debiera especificarse que se refiere únicamente cuando se haya hecho el reconocimiento en testamento público abierto, o tal vez el legislador omitió hacer esta aclaración en obvio de las circunstancias.

Sin embargo esto no impide que el reconocimiento pueda impugnarse en ciertos casos, el carácter de irrevocable se refiere en cuando a la persona a quien reconoce.

Es un acto además que no puede someterse a modalidad, término o condición alguna. La relación paterno filial se retrotrae al momento del nacimiento, aunque el reconocimiento tenga lugar mucho después, produce los efectos que la filiación preexistente debería haber producido en el pasado.

Como elementos del acto jurídico en el reconocimiento, tenemos en relación a la voluntad que es un acto unilateral que surte efectos con el sólo

²⁸ MONTERO, Duhal. Sara. DERECHO DE FAMILIA. Pág. 21.

consentimiento del reconociente pero que requiere del consentimiento del reconocido o de su tutor si es menor. Tomando en cuenta que éste puede (como lo establece el artículo 376 del código civil), reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayoría de edad, (el término para hacer valer esta acción es de cuatro años el cual comenzará a contar a partir de la mayoría de edad del hijo, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, o si no la tenía desde la fecha en que la adquirió) considero que al existir esta acción, está claro que no es necesaria la intervención del reconocido al momento del reconocimiento.

Podemos señalar como su objeto el crear una relación jurídica con deberes, derechos y obligaciones, paterno-filiales.

Hemos visto que la norma jurídica acepta que se haga el reconocimiento de hijos a través de los modos previamente establecidos, esto es, que no es suficiente con la simple voluntad de reconocer, sino que debe ser en cualquiera de las formas establecidas para tal efecto.

Para que el acto jurídico sea válido, debe reunir también los elementos necesarios que marca la ley: Capacidad y ejercicio, ausencia de vicios de voluntad, licitud en el objeto, y motivo o fin del acto.

Por lo que hace a la capacidad se debe dar el requisito que marca el código civil en el artículo 361, al establecer que, pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del que va a ser reconocido.

En cuanto a los menores de edad, sucede algo curioso, no pueden reconocer a un hijo, sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la

patria potestad o de la persona bajo cuya tutela se encuentren o a falta de ésta con la autorización judicial correspondiente, como lo establece el artículo 362 del código civil y tampoco puede ser reconocido el menor de edad sin el consentimiento de su tutor, o aún más de acuerdo a la tesis jurisprudencial que se transcribe a continuación el menor de edad si puede ser reconocido, aún sin el consentimiento de su tutor. El legislador lo puso así supongo que para evitar que el menor de edad fuera engañado, sin embargo dado el caso, también se le dieron acciones que puede ejercer, tal es el caso de la anulación del reconocimiento hecho por error o engaño o bien la impugnación del reconocimiento cuando se adquiriera la mayoría de edad, de acuerdo al artículo 376 del código civil.

RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL MENOR DE EDAD. ES VALIDO EL QUE SE HACE AUN CUANDO NO SE EXPRESE EL CONSENTIMIENTO DEL TUTOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Aun cuando es cierto que el artículo 303 del Código Civil del estado de Veracruz dispone que el menor de edad no puede ser reconocido sin el consentimiento de su tutor, si lo tiene, o del tutor que el Juez le nombre especialmente para el caso, la omisión de hacer tal designación no priva a los menores de su calidad de hijos naturales reconocidos, aun cuando se haya manifestado que se trataba de hijos legítimos, pues tal circunstancia al no serles imputable no puede pararles perjuicio, la comparecencia del tutor sólo exige para proteger los intereses del menor, de suerte que la omisión del tal requisito no puede invalidar el reconocimiento en cuanto le beneficia y sólo podrá impugnarlo si le perjudica.

Amparo directo 5356/72.- Sergio Torres Bonilla.- 15 de abril de 1974.- 5 votos, ponente : J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: José Rojas Aja.

Boletín. Año 1. Abril y mayo, 1974. Nums. 4 y 5. tercera Sala, pág. 74.

El reconociente debe además tener capacidad para concebir, factor fundamental, pues se debe tener la capacidad biológica para engendrar, de ahí que el artículo del 361 código civil exija que se deba tener la edad necesaria para contraer matrimonio, 16 años en el varón y 14 años en la mujer, edad que se basa en el desarrollo biológico y actitud para la procreación. Respecto de este punto, Chávez Ascencio nos plantea un problema que considero de gran interés, nos dice que al parecer son contradictorios los artículos 361 y el 156 fracción I, ambos del código civil, en perjuicio de los hijos extramatrimoniales al decir:

" Por un lado, aún cuando es un impedimento que produce la nulidad del matrimonio el hecho de que los contrayentes no tengan la edad requerida para contraer matrimonio (Art.C.C. 156 Frac. I), deja de ser causa de nulidad cuando hubiere hijos o cuando, sin haberlos, el menor llegue a los dieciocho años y ni él, ni el otro cónyuge hubieran intentado la nulidad (Art. 237 C.C.) y por el otro, en el caso del reconocimiento, la falta de edad requerida produce la nulidad absoluta al no haber posible convalidación. Es decir para el caso del matrimonio se encuentra una solución para los que violan el precepto y se casan en edad menor a la legalmente permitida. Sin embargo en el reconocimiento no sucede algo semejante, pues el artículo 361 C.C. claramente señala un límite y previene que sólo pueden reconocer 'los que tenga edad exigida para contraer matrimonio', con lo que excluyen cualquier posible reconocimiento por parte de un menor que hubiere engendrado a su propio hijo, teniendo menos de catorce años la mujer o dieciséis el varón " 29.

²⁹ CHAVEZ, Ascencio Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa, S.A., México, 1987, primera edición. Págs. 146 y 147.

Efectivamente al parecer es una omisión que por una parte abre la posibilidad de contemplar legalmente los casos en que se violen las disposiciones consagradas en el Código Civil, respecto a contraer matrimonio antes de la edad permitida, pero no se contempla la posibilidad de la procreación de hijos también antes de la edad exigida para contraer matrimonio, pues en el caso de que un varón y una mujer de 15 y 13 años respectivamente con capacidad biológica para engendrar un hijo, lo conciban, la ley no permite que el propio padre biológico siendo menor de edad pueda reconocer a su hijo, por no tener el requisito de tener la edad exigida para contraer matrimonio. Lo que deja a los hijos de menores de edad, en completa desprotección. Por lo que considero que lo que se debe hacer, es precisamente otorgarles protección y dar las facilidades para el reconocimiento de los hijos, no como un derecho de los padres a reconocerlo, sino como un derecho del hijo a ser reconocido por sus padres no importando la edad de estos, pues es uno de los principios básicos del derecho civil y de la sociedad, el establecer, fijar y determinar la filiación de una persona, para atribuir derechos y obligaciones.

Los dementes cuya incapacidad natural y legal para obrar es absoluta, como lo previene el artículo 450 del código civil, no pueden celebrar un acto de reconocimiento, podría pensarse en principio, que los dementes con intervalos lúcidos a quienes se les permite hacer testamento de acuerdo con lo que establece el artículo 1307 siguiendo los requisitos establecidos en el artículo 1308 ambos del código civil, tengan esa posibilidad, sin embargo esto no es así, pues para el acto de reconocer se necesita plena capacidad jurídica y mental, situación que me parece lógica.

Vicios del consentimiento.- Respecto de un menor de edad, puede alegarse nulidad si en el reconocimiento ha habido dolo o engaño, de conformidad con lo establecido en el artículo 363 del código civil, este artículo se refiere expresamente a los menores de edad, sin embargo debiera también ser aplicado a mayores de edad, y en ambos casos, contemplar la posibilidad de alegar nulidad para el caso de que se ejerza violencia, tanto física como moral sobre una persona para consentir en el reconocimiento del hijo de una mujer.

Licitud en el objeto.- En principio todo reconocimiento es lícito. Las personas físicas son las únicas que pueden reconocer.

Los menores de edad, no pueden reconocer a un hijo, sino es precisamente con la autorización y consentimiento de las personas que ejerzan sobre él la patria potestad, del tutor bajo cuya tutela se encuentre o, a falta de estas por autorización judicial, (manifiesta el artículo 362 c.c.), en virtud de los problemas y del peligro que representa para el menor hacer el reconocimiento si sufrió error o engaño, pero fija la ley en su artículo 361, que sólo podrán reconocer los menores de edad que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, esto es, el hombre 16 y la mujer 14, lo cual nos parece contradictorio con la autorización para contraer matrimonio por lo puntos que analizamos en párrafos anteriores.

Como lo establece el artículo 3o. de nuestra carta magna, el varón y la mujer son iguales ante la ley, y en este sentido el artículo 2o. del código civil manifiesta " 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. Por lo tanto, la madre puede reconocer conjunta o separadamente del padre, cuando éste se niegue a

reconocerlo. La madre puede comparecer sola al reconocimiento, aún cuando el artículo 360 de nuestra legislación civil manifiesta que " La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre del sólo hecho del nacimiento ", de esta manera, la filiación está relacionada con el artículo 60 del mismo ordenamiento en el cual se niega a la madre la posibilidad de desconocer a su hijo. Efectivamente, no puede dejar de reconocer a su hijo y tiene obligación de que su apellido figure en el acta de nacimiento sin embargo, tampoco se especifica una sanción para el caso de que dejare de hacerlo y pese a que la filiación resulta del sólo hecho del nacimiento, existe la posibilidad jurídica del reconocimiento, respecto de la madre.

Si la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo, podría pensarse que el padre si tiene derecho a dejar de hacerlo, lo que es completamente vago, pues se presta a diversas interpretaciones, siempre en favor de dejar de reconocer a un hijo por parte del padre, lo que debe establecerse es una obligación para ambos padres de reconocer a su hijo habido fuera de matrimonio e imponerles una sanción para el caso de incumplimiento y no dejar al libre arbitrio la interpretación del varón o en el cabal cumplimiento o no de una obligación que ya por naturaleza le corresponde cumplir.

Los hijos habidos dentro del matrimonio se presuponen hijos del marido, por lo tanto " el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo ", establece el artículo 374 del código civil, a efecto de proteger la integridad familiar.

El hombre, puede reconocer libremente a su hijo, siempre observando lo dispuesto en el artículo 379 del código civil, en el sentido de que la madre puede contradecir el reconocimiento si éste se ha hecho sin su consentimiento, el que se requiere siempre que ya exista una seguridad sobre quien es la madre del hijo que ha nacido fuera de matrimonio; en caso de que no se hiciera de esta manera el reconocimiento automáticamente quedara sin efecto y se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente.

Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren o no se pusieren de acuerdo, el Juez de lo familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor. Art. 380 del código civil.

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

2.4 Investigación de la maternidad

Pasemos ahora al tema de la investigación de la maternidad la cual no ha dado lugar a controversia ni ha desatado tanta polémica como la investigación de la paternidad, ya que en ella no se trata de penetrar en los misterios de la naturaleza, y si la investigación de la paternidad está limitada a cuatro casos, la investigación de la maternidad es en principio libre y se puede acreditar por todos los medios

ordinarios de prueba, pues el parto y la identidad del hijo como elementos constitutivos de la filiación materna, son hechos objetivos perceptibles por los sentidos y además encuentran su prueba evidente en las leyes naturales y en las sociales. Excepcionalmente surgirá la incertidumbre de la maternidad cuando el parto tenga lugar sin testigos, y el recién nacido sea abandonado por su madre." Sin embargo aun aceptado este principio en la investigación de la maternidad deben admitirse restricciones. Ha de tener precaución la Ley con la clase de pruebas que puedan ser admitidas, y así como debe proteger al hijo que pretende gozar de los derechos que le concede la naturaleza, debe igualmente garantizar a la madre las investigaciones que puedan herir su reputación"³⁰.

Se impone una limitación para investigar la maternidad en nuestro derecho, y esta es cuando se pretende imputar el hijo a una mujer casada, salvo que el marido hubiese desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoriada que así lo declare, según lo dispuesto por el artículo 374 del código civil, en este caso sí podrá investigarse la maternidad respecto de la mujer casada, porque debido a la impugnación que llevo a cabo el marido, quedo desconocida la presunción que establece que los hijos de la mujer casada, salvo prueba en contrario, se consideran hijos de su marido.

En virtud de lo anterior nos podemos dar cuenta de que dos principios regulan la materia en nuestro código civil y son a saber:

a).- "Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por

³⁰ IBARROLA, Antonio De. *DERECHO DE FAMILIA*. Editorial Porrúa, Tercera Edición. México, D.F., 1984. Pág. 426.

cualesquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (art. 385 código civil).

b).- "No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la paternidad si esta se deduce de una sentencia civil o criminal " (art. 386 código civil).

Los principios " mater semper certa est (la madre es siempre cierta, conocida) y pater is est quem justae nuptiae demonstrant " (el padre es el marido de la madre) funcionan eficazmente cuando los acontecimientos se desarrollan de modo normal. La mujer alumbró y el infante parido es, sin duda, su hijo; el marido de la mujer fiel está cierto en cuanto a su paternidad, salvo que los esposos hubiesen estado separados durante el tiempo de la concepción y se pruebe fehacientemente que así fue de conformidad con la siguiente tesis jurisprudencial:

HIJOS ADULTERINOS, RECONOCIMIENTO DE LOS.- Es indudable que el artículo 374 del código civil, que establece que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo, contiene una disposición de orden público, pero no en términos tan amplios y absolutos que no admita excepción, pues es evidente que si el fundamento filosófico, la ratio legis, de tal artículo, no puede ser otro que el muy loable de evitar el desquiciamiento de la familia, frente a este fin de orden superior nuestro legislador no puede pasar por alto la circunstancia impuesta por la realidad de que una mujer casada que no vive con su marido puede procrear un hijo con un hombre distinto y a cuyo hijo no podrá negársele el derecho de ser reconocido por su verdadero padre, siendo precisamente por ello que el artículo 63 del código civil

dispone que " cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido (cuando no viva con él, si podrá ser reconocido el hijo por su verdadero padre), en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el oficial del Registro Civil asentar como padre a otro que no sea el marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoriada que así lo declare ". Por tal motivo, armonizando los comentados preceptos con el artículo 62 del mismo Código, el hijo de una mujer casada si podrá ser reconocido por otro hombre distinto del marido, cuando aquélla no viva con éste, pues el temor al escándalo que el reconocimiento podría entrañar y que es la razón de la prohibición, ya no puede existir, si se tiene en cuenta que en todo caso el escándalo se produjo con la separación misma de los cónyuges.

Sexta época. Cuarta parte:

Vol. XXI, pág. 97. A.D. 7168/57.- Amalia Escalona Vda. de Romero.- 5 votos.- Vol. CXXXIV, pág. 45. A.D. 8954/66.- Antonio Chávez Ávalos.- Unanimidad de 4 votos.

Séptima Época, Cuarta parte:

Vol. I, pág. 57. A.D. 9197/67.- Ángel González Gutiérrez.- 5 votos.

Sin embargo el maestro Barroso Figueroa, nos plantea una problemática cuando el hijo no es alumbrado tras un proceso biológico normal, al grado de que asegura que los principios antes mencionados, han cumplido su función histórica y han encontrado límites que no alcanzaron a superar, por lo que requieren de reemplazo o complemento, se refiere al hecho de que un hijo nazca fuera del procedimiento biológico normal o bien, cuando resulta dudosa la identidad del

producto, además de que la paternidad del marido se contradice o se crea la incertidumbre que de plano la haga imposible. El maestro Barroso Figueroa dice " con el adelanto científico y el avance jurídico que ahora poseemos, a la idea de que en las situaciones anómalas o de conflicto, debemos desechar las presunciones tradicionales y partir de estos tres nuevos principios:

- La madre no siempre es biológica y jurídicamente cierta.
- El marido, haya cohabitado o no con la madre, no es necesariamente el padre del hijo concebido por su esposa.
- El padre del hijo extramatrimonial, jurídica y biológicamente es siempre susceptible de resultar cierto (ya sea que reconozca al hijo o le imponga la paternidad una sentencia)" ³¹.

Estos principios encuentran su base en dos situaciones que contempla el maestro Barroso, la primera fundado en la fecundación artificial in vitro, el arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, la congelación de espermatozoides para su posterior uso, la congelación de embriones, la histotipificación, el registro genético de espermatozoides, el establecimiento cierto de compatibilidad o incompatibilidad inmunogenética entre un individuo y su presunto hijo, etc. y la segunda la aplicación de la prueba de incompatibilidad inmunogenética para la investigación de la maternidad y paternidad, prueba en la que basa prácticamente toda su teoría.

³¹ ESTUDIOS JURIDICOS QUE EN HOMENAJE A ANTONIO DE IBARROLA AZNAR PRESENTA EL COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO. Primera co-edición, México, 1996. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 26.

" La prueba de compatibilidad inmunogenética es muy completa y consta de cuatro partes: determinación de los grupos sanguíneos eritrocitarios y los subgrupos; de los antígenos humanos leucocitarios o antígenos del sistema HLA; de las proteínas de suero sanguíneo o proteínas séricas, y de los alelos de las enzimas también ubicadas en el suero sanguíneo..."³². Esta prueba, dicen Verruno y Haas es productora de una convicción total, con una certeza aproximada del 100%, para llegar a un diagnóstico de asignación de filiación.

Si se llegase a aceptar esta prueba por nuestra legislación, tiene la ventaja de ofrecer resultados al 100%, pero como para poder practicarla se requiere de una muestra de sangre del presunto padre o madre, ¿puede obligarse a una persona a someterse a ese análisis?, ¿se le puede apereibir con algunas de las medidas de apremio con las que se faculta al Juez para hacer cumplir sus determinaciones?, ¿no sería esto violatorio de garantías?, estaría bien para el caso de que la persona en cuestión, accediera voluntariamente a someterse a ella siendo así, considero que sería un excelente medio probatorio aunque dudo que, salvo honradas excepciones, alguien desee voluntariamente someterse a la prueba que de entrada sabe que su efectividad es del 100%. Debo decir que no me parece procedente proteger la vida íntima de una persona cuando con ello se favorece la falta de responsabilidad del padre que engendró al hijo inocente y que necesita mayor protección.

Al respecto, me parece más viable la postura del maestro López Monroy, en el sentido de que, como ya lo hemos señalado en el apartado 2.2, esta prueba

³² Op cit. Pág. 39.

hematológica pueda tomarse como el principio de prueba a que se refiere la fracción IV del artículo 382 del código civil.

La importancia y cuestiones que en el derecho moderno ha suscitado la investigación de la paternidad, no se conocieron en los derechos romano y germánico, pues la existencia legal del concubinato hacía cierta la filiación extramatrimonial y el hijo era considerado dentro de la familia de la madre. El derecho canónico admitió todo medio de prueba de la paternidad y se sancionó el principio de que el hijo extramatrimonial, podía obligar al padre a que lo reconociera recurriendo a la fama pública y esto, aun cuando la madre declarase lo contrario. Hacía prueba plena de paternidad en algunos lugares el juramento de la madre hecho en el momento del parto, pero esta presunción no producía otro efecto que el de condenar a los gastos del parto y los primeros alimentos del niño, al hombre que la parturienta aseguraba ser el autor de su preñez, pero no es suficiente para establecer la paternidad del demandado.

Los hijos extramatrimoniales por el solo hecho de serlo, sufren de la discriminación que la sociedad moderna ejerce sobre ellos, muy a pesar de que estos hijos están privados de una atmósfera familiar natural, pueden pretender todos los derechos que se derivan de su estado civil, derechos que deben serles garantizados por el Estado quien, aunque no puede obligar a los padres a reparar su falta respecto de los hijos por un matrimonio subsiguiente, dado que esta unión debe ser libre siempre que sea posible, ha de asegurar al hijo el derecho de exigir el reconocimiento de sus padres. El Estado no puede sancionar ningún medio para destruir ese derecho, por el contrario debe abrir al hijo y a su madre o padre, todas

las vías legales para obtener del otro progenitor el reconocimiento de su estado, pues el hijo tiene derecho a gozar de un estado civil.

Cabe hacer notar que en nuestro derecho, " Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubiesen fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen estos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad ", establece el artículo 388 del código civil.

2.5 Investigación de la paternidad

Establecer la relación paterno-filial entre dos personas, no es tarea fácil, es siempre una presunción jurídica *iuris tantum*, admite prueba en contrario. Surge con certeza relativa dentro del matrimonio. En el antiguo Derecho existió la posibilidad de que las mujeres solteras que tenían hijos, pudieran imputar, generalmente la paternidad al varón con el cual habían tenido relaciones, unas veces simplemente amorosas sin llegar a ser sexuales, y otras siendo sexuales, al hombre que mejor les conviniera para padre de su hijo. Esto ocasionó que hubiera miles de demandas de madres solteras que pretendían atribuir sus hijos a hombres poderosos y acaudalados, inclusive se llegó al extremo de aceptar que si se trataba del primer hijo, por existir la presunción de que la mujer era virgen cuando tuvo relaciones con el hombre a quien se le imputaba la paternidad, bastaba su dicho para condenarlo provisionalmente al pago de todos los gastos que ocasionaba el embarazo y el nacimiento, pero debía rendir pruebas suficientes respecto a la paternidad, para obtener una sentencia favorable.

Dada esta circunstancia, el código civil francés consideró conveniente suprimir estas demandas escandalosas y sólo en el caso de raptó se permitió la investigación de la paternidad.

Como la paternidad es un hecho que no puede probarse objetivamente como la maternidad con el parto y la identidad del hijo, (art. 360 código civil) se tendrá que presumir cuando se trata de hijo de matrimonio, situación normal de la vida humana. Cuando no existe matrimonio, generalmente no hay base objetiva para poder inferir la paternidad. Por esto en principio la prueba de la paternidad solo podría lograrse a través del reconocimiento voluntario que hiciera el padre.

En el código francés en principio se prohibió la investigación de la paternidad, aunque hubiere ciertas circunstancias que como en el concubinato, la violación, el estupro o la posesión de estado de hijo, permitiesen presumir que cierto hombre engendró al hijo de una mujer soltera.

La única excepción que admitió ese ordenamiento fue el raptó, pero tuvo escasas aplicaciones, por razones que se consideraron de moralidad social, para evitar escándalos, a su vez que chantajes, pruebas falsas etc. y se prohibió la investigación de la paternidad.

En los códigos modernos, y así lo admite nuestro Código Civil vigente en su artículo 382 fracción IV, la paternidad si puede investigarse en los casos en que haya elementos para poder sospechar que determinado hombre es el padre, como ocurre en el concubinato.

En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la fecha de esos delitos coincida con la fecha probable de la concepción hay un hecho que permite la

posibilidad humana de que el responsable sea el padre y surge el deber de reconocer a los hijos nacidos con motivo de esas relaciones sexuales que generan una presunción fundada en favor del hijo para investigar la paternidad (art. 382 fracc. I código civil).

Nuestro derecho sólo permite la investigación de la paternidad otorgando el derecho correspondiente al hijo, en tal virtud, si el hijo tiene el derecho de investigar la paternidad, el padre tiene, presuntivamente el deber de reconocer la paternidad, independientemente de la obligación de reparar el daño causado y la obligación alimentaria en favor de la madre y del hijo.

Otro caso en que se permite la investigación de la paternidad es cuando exista la posesión a través del trato que de el presunto padre, considerando al hijo de una manera expresa o tácita como suyo, (art. 384 del código civil) por cuanto que permita que lleve su apellido. Lo considere en su familia como su hijo, (art. 382 fracc. II código civil) provea a su subsistencia, educación y establecimiento, es decir, en este caso se requiere probar, la fama y el trato, sin necesidad de tomar en consideración los otros dos elementos que pueden hacerse valer en la filiación legítima y que son: el nombre y la edad.

En este punto el artículo 387 del código civil manifiesta que " el hecho de dar alimentos no constituye por sí solo, prueba ni aún presunción de paternidad o maternidad, tampoco puede alegarse como razón para investigar estas ".

También está permitida la investigación de la paternidad de acuerdo a la fracción III del artículo 382 del código civil, " cuando el hijo haya sido concebido

durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.

Por último, cuando haya un principio de prueba, por escrito, para deducir la paternidad. (art. 382 fracc. IV código civil) ”.

En ciertos casos, es posible que exista una prueba escrita y expresa, reconociendo al hijo, pero puede ser indirecta, por ejemplo sugerir el aborto, lo cual determinaría que esa persona tuvo algo que ver con aquella mujer por lo que desea que desaparezca el producto.

La prueba indirecta que se desprende de afrontar los gastos durante el embarazo y el nacimiento, o los subsecuentes para el cuidado del hijo, también es un elemento que hace probable la paternidad. Cabe hacer mención sobre la posibilidad de considerar la prueba genética o de incompatibilidad inmunogenética, de la que hablamos en el apartado correspondiente a la investigación de la maternidad, también como un principio de prueba.

Finalmente ” el incumplimiento de los padres de sus deberes, faculta a los hijos para la investigación de la paternidad, en los casos permitidos por el artículo 382 del código civil y la investigación de la maternidad, con la excepción, de que no será permitida esta investigación cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (art. 385 del código civil) ”³³.

³³ CHAVEZ, Asencio, Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1987. Pág. 126.

2.6 Procedimiento judicial de la investigación de la maternidad y la paternidad

Tiene por objeto conocer y fijar la filiación de una persona respecto de su padre o de su madre, el resultado de esta investigación, a través del juicio correspondiente, puede atribuir el hijo a determinada persona, previa la aportación de las pruebas necesarias valoradas a juicio del juzgador. La acción de investigación de la maternidad o de la paternidad, se ejercerá en vida del presunto padre o la presunta madre, pero no podrán ejercerla los presuntos herederos, una vez que se haya abierto la sucesión de aquellos, sin embargo si habiendo iniciado el procedimiento de investigación el padre o la madre mueren, su sucesión si podrá continuar con el procedimiento hasta terminarlo. (art. 388 código civil).

Por otra parte dice el citado artículo 388 que "...si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen estos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad".

En la actualidad, la mayoría de las legislaciones europeas admiten la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas y sin ninguna limitación, aunque en lo referente a este último punto debemos exceptuar al Derecho Francés, que aún después de la reforma de 1972, sigue limitando la investigación de la paternidad a una serie de supuestos concretos que, en realidad, siguen siendo los ya tradicionales: documentos indubitados, posesión de estado concubinato o la relación estable o continua de la madre. El código recoge diversas causas de inadmisibilidad de la acción de investigación de la paternidad, de acuerdo con los artículos 340 y 340-I del código civil francés. Por su parte el código civil español, también se sitúa en la misma línea que los modernos

códigos civiles, acomodando su legislación a la realidad social española, que con tanta insistencia había pedido que se derogara el sistema legal que prohibía la libre investigación de la paternidad.

En la actualidad representa un serio elemento de estudio la prueba de la filiación a través de los modernos avances científicos que se han hecho en el campo de la biología, misma que se hace cada vez más necesaria para que en los pleitos sobre filiación se haga presente el principio de verdad biológica y hacer en cuanto ello sea posible, una correcta determinación de la filiación.

Tradicionalmente las pruebas biológicas más utilizadas son las heredobiológicas y la de los grupos sanguíneos que encuentran su fundamento en la facultad hereditaria de determinados caracteres que el hijo tiene y que deben provenir de sus progenitores por intermedio de sus genes. La herencia de los caracteres ligados a un par de genes está regido por las Leyes de la división y libre combinación de los genes, enunciada en 1865 por Mendel, tal es el caso de la prueba de compatibilidad inmunogenética a la que nos hemos referido en el apartado 2.4 al estudiar el tema de la investigación de la maternidad, y en el cual ya hemos dado nuestro punto de vista con respecto a las pruebas biológicas sanguíneas.

También es utilizada la llamada prueba de grado de madurez del recién nacido, cuyo fundamento científico es de origen obstétrico.

En los últimos tiempos está obteniendo un gran auge el método antropobiológico y prueba antropobioétrica que son estudios estadísticos de

pruebas hereditarias aplicados a diversas poblaciones pero que tienen como punto en común una homogeneidad étnica.

Los últimos avances científicos, que incluyen la utilización de los enzimas genéticamente determinantes de las células rojas y de las proteínas del plasma, han permitido obtener resultados de exclusión o inclusión de la paternidad hasta con un 99.9 por ciento de certidumbre.

Visto el desarrollo y el estado actual de las pruebas biológicas desde el punto de vista técnico, debemos abordar los problemas que plantea, desde el punto de vista jurídico y la admisión de dichas pruebas por nuestro actual ordenamiento. En primer lugar, como lo manifestamos anteriormente, el problema principal que suscitan las pruebas biológicas es el sometimiento a su práctica ya que, sería preciso fijar de un modo taxativo, detallado y obligatorio lo referente a la técnica de tomar sangre, haciendo obligatoria esta muestra no sólo para el demandado, sino para la madre y el hijo que representa, y asegurar que de ninguna manera representa una agresión tanto a la integridad física como moral de la persona.

Algunos autores como el español Martínez Calcerrada consideran que " en los supuestos en que haya negativa del interesado a la extracción de sangre, ésta será doblegable por mandato judicial, cuando se considere necesaria para intentar acreditar la paternidad controvertida frente a lo que no debe permitirse ni escrúpulos de conciencia o de religión ni otra cualquier excusa " ³⁴.

Las legislaciones europeas no mantienen un criterio unánime a la hora de resolver estos problemas. las soluciones son variadas, así " en Alemania, debido a

³⁴ MARTINEZ Calcerrada L. *EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA*. Tomo II, Régimen sobre Filiación y Sociedad de Gananciales, teoría, norma y práctica. Madrid 1981. Pág. 17.

que los procesos de declaración de paternidad y en oposición del reconocimiento de paternidad escapan en gran medida a la autonomía de las partes, rige el principio de la investigación de oficio. Consecuentemente con este planteamiento, está obligado a hacer que se proceda a los exámenes periciales científicos, y, con este objetivo, puede, en caso necesario, sobreeser el juicio " 35.

En Bélgica, " Los tribunales fueron facultados para disponer, de oficio, el examen sanguíneo o cualquiera otra indagación de acuerdo a los métodos científicos probados, por el artículo 313-C del proyecto Balga de 1978; lo anterior no implica la obligación para alguien de someterse a la extracción de sangre, pero queda al arbitrio del juez la valoración de tal negativa.

En Dinamarca. La legislación procesal admite que los tribunales exijan la práctica de la prueba de la hematología; la negativa de los presuntos progenitores a que se efectúe, se considera indicio que debe ser valorado por el juez. La prueba deberá practicarse por el Instituto Médico-Legal de la Universidad de Copenhague.

Por lo que hace a España, el Código Civil Español, dispone: 'En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas...etc. ' " 36.

" Las legislaciones francesa e italiana no establecieron ninguna medida coactiva para obligar a practicar la prueba biológica a aquellas personas que se nieguen a someterse a las mismas. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que esta negativa deberá valorarse en relación a las circunstancias del

³⁵ BEITZKE, G. LA CONDICION JURIDICA DEL HIJO NATURAL EN LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA. en Cuadernos de Derecho Comparado, I. La Reforma del Derecho de Familia. Salamanca 1977. Pág. 19.

³⁶ ESTUDIOS JURIDICOS QUE EN HOMENAJE A ANTONIO DE IBARROLA AZNAR PRESENTA EL COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO. Primera co-edición, 1996, México. Pág. 40 y 41.

caso , pudiendo suponer un indicio en contra de la parte que dolosamente se niega a la práctica de la citada prueba, que oportunamente valorará el juez, e incluso un sector más radical cree que el juez deberá valorar la negativa como si la prueba hubiere sido desfavorable a quien rehusó someterse a la misma " ³⁷. Situación que me parece extrema si tomamos en consideración las pruebas deben ser valoradas en conjunto y las biológicas pueden determinar la paternidad incluso en un 100%.

De lo expuesto hasta ahora, se desprende que en aquellos países donde el legislador no ha adoptado ningún criterio para dar solución a este problema, la doctrina no llega a ponerse de acuerdo acerca de la posición a seguir pero, en todo caso, lo que es evidente es que ante esta situación el juez tiene un amplio margen de actuación.

Otro tema importante y de gran trascendencia que plantean las pruebas biológicas, es su valoración, dentro del sistema de medios de prueba que establece nuestro ordenamiento jurídico, la prueba biológica estaría contemplada en la categoría de la prueba pericial. Prueba, interpretación y decisión, están fusionados en el mismo proceso lógico, como actos de la aplicación del Derecho y búsqueda de la verdad material para el establecimiento de la paternidad o la maternidad.

³⁷ GARCÍA, Sánchez, I. LA JURISPRUDENCIA ANTE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD EN EL DERECHO CIVIL. 1982. Pág. 52.

III.- ESTABLECIMIENTO DE LA PATERNIDAD

3.1 Modos de reconocimiento

El artículo 369 del código civil, establece los modos en que se debe hacer el reconocimiento de los hijos habidos fuera de matrimonio ordenando que deberá hacerse en alguno de los modos siguientes:

I. En la Partida de nacimiento ante el Juez del registro civil.- Es posible hacerlo de este modo, toda vez de que el Juez del registro civil, es la autoridad encargada de todo lo relativo al estado civil de las personas. Puig y Peña señalan al respecto que " al practicarse la inscripción que informa la personalidad, es el momento más oportuno para realizar un acto de tanta trascendencia " ³⁸.

El artículo 77 del código civil nos indica cuales son los efectos del reconocimiento hecho en los términos del párrafo anterior, al señalar que: Si el padre o la madre de un hijo natural, o ambos, lo presentaren para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos los efectos del reconocimiento legal, respecto del progenitor correspondiente.

II. Por acta especial ante el mismo Juez.- Si el reconocimiento del hijo natural se hiciere después de haber sido registrado su nacimiento, se formara acta separada de acuerdo con el artículo 78 del código civil y será necesario el

³⁸ PUIG Y PEÑA, Federico. *TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. TOMO II*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971, Pág. 103.

consentimiento expreso de la persona que va a ser reconocida, si éste es mayor de edad o de la de su tutor si es menor, según se desprende de lo ordenado por los artículos 79 y 375 respectivamente del código civil, en este caso considero que el reconocimiento crea una relación recíproca entre el padre o madre que van a reconocer al hijo y éste, porque tanto el padre o la madre manifiestan su voluntad de reconocer al hijo como el hijo otorga su consentimiento aceptando aquél o a aquélla como su padre o su madre.

Cuando el reconocimiento se realice de este modo, en el acta de nacimiento se hará mención del acta especial que se levantara, asentando en ella la anotación correspondiente (artículo 82 del código civil).

III. Por escritura pública.- Se refiere a que el reconocimiento puede hacerse ante notario público; pero sin dejar de observar que se requiere del consentimiento del mayor de edad, o del tutor si es menor, para su anotación en el acta que se levante en el Registro Civil. A este respecto conviene aclarar que pese a ésta disposición que se contempla en el artículo 375 del código civil, ya vimos al estudiar el capítulo relativo al reconocimiento y al momento de transcribir la tesis jurisprudencial correspondiente, que el reconocimiento hecho sin el consentimiento del tutor del menor de edad, no lo priva de su calidad de hijo natural reconocido, al no serle causa imputable esa circunstancia, pues la omisión de tal requisito no lo puede invalidar y solo podrá impugnarlo si ese reconocimiento le perjudica.

IV. Por testamento.- Nuestro código civil en su artículo 1295 define al testamento como: " el acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte ", es decir, la función normal del testamento es la de establecer

herederos y legatarios, pero, el código civil establece la posibilidad de hacer el reconocimiento a través de aquél, sin establecer limitación por el tipo de testamento; sin embargo aún cuando de la definición resulta que el testamento es un acto revocable, revocado el testamento, el reconocimiento no se revoca de conformidad con lo que establece el artículo 367 del código civil. Pero si el testamento se declara nulo, será nulo también el reconocimiento, esto en atención a que pudo estar viciado en la voluntad del testador o por falta de capacidad para testar.

V.- Por confesión judicial directa y expresa.- La confesión deberá hacerse necesariamente ante un juez en cualquier clase de juicio, siendo en forma directa porque esa confesión va dirigida a que se efectuó el reconocimiento, expresando claramente su voluntad de reconocer al hijo habido fuera de matrimonio. Se puede hacer a través de la promoción de diligencias de jurisdicción voluntaria que promueva la persona que vaya a hacer el reconocimiento.

Hecho el reconocimiento en cualesquiera de las formas establecidas por el citado artículo 369 del código civil en sus fracciones II a V, deberá enviarse el documento al encargado del Registro Civil dentro de los quince días siguientes, para que se levante el acta en la que se insertará la parte relativa a dicho reconocimiento, en cumplimiento a lo que establece el artículo 80 del código civil, aclarando que la omisión de este requisito, no le quita los efectos legales al reconocimiento hecho conforme a las disposiciones señaladas anteriormente y que se enumeran en el artículo 369 del ordenamiento legal invocado.

Si el reconocimiento se hiciere ante el juez del Registro civil, pero en oficina distinta de aquélla en la que se levantó el acta de nacimiento, el juez del Registro Civil que autorice el acta de reconocimiento remitirá copia de ésta al encargado de

la oficina que haya registrado el nacimiento, para que haga la anotación en el acta respectiva (artículo 83 del código civil).

3.2 Filiación por declaración judicial

La filiación extramatrimonial, como hemos señalado en capítulos anteriores, solamente puede probarse, respecto de la madre por el hecho del nacimiento y respecto del padre por un acto de voluntad, el reconocimiento, o a través de un juicio de investigación de la paternidad. Se ha hecho mención de este apartado en este capítulo por ser una de las formas de establecer la paternidad, junto con el reconocimiento que acabamos de estudiar, sin embargo, este punto ha sido tratado plenamente en el capítulo correspondiente al objeto de la prueba de la filiación extramatrimonial, como objetivo primordial, por lo tanto remitimos al lector al capítulo correspondiente.

3.3 Filiación aceptada de hecho

Es evidente que en la consanguinidad general, el deber con cargo a los progenitores de establecer la relación jurídica paterno filial, que se hace posible por el reconocimiento de los hijos tanto por la madre como por el padre en especial cuando existan algunos elementos de prueba, no privan al reconocimiento de ser un acto jurídico, pues es posible el nacimiento de un acto jurídico como consecuencia del cumplimiento de una obligación, por ejemplo la promesa como contrato

preparatorio. Asimismo, en ciertos casos en los cuales exista una seria presunción humana de la relación biológica existe el deber jurídico de reconocer.

3.4 Reconocimiento del hijo habido con persona distinta del cónyuge

Para el caso de que los padres deseen reconocer a su hijo habido antes del matrimonio, nos dice el artículo 372 del código civil que, podrán hacerlo libremente, sin que se requiera la autorización o consentimiento del cónyuge, excepto que no podrán llevarlo a vivir al domicilio conyugal sino es mediante anuencia expresa de su cónyuge.

El artículo 301 del código civil de Veracruz, si establece como requisito al marido para el reconocimiento del hijo habido con una mujer diferente durante su matrimonio, que haya consentimiento por escrito por parte de la esposa, quien siendo una persona ajena a la relación paterno-filial considero que es una situación injusta puesto que no sólo por falta del consentimiento escrito de la esposa, se le va a privar del derecho que tiene el hijo al reconocimiento de su padre, con las subsecuentes consecuencias que trae aparejado el reconocimiento, así como tampoco se podría nulificar la confesión del padre que ha reconocido a su hijo, simplemente por falta de este requisito, afortunadamente, existe jurisprudencia al respecto, por virtud de la cual, la falta del consentimiento escrito por parte de la esposa para que el marido pueda reconocer a su hijo habido con otra persona fuera de su matrimonio no nulifica el reconocimiento hecho por el padre:

**RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL, HABIDO DURANTE SU MATRIMONIO,
CON PERSONA DISTINTA DE SU ESPOSA, NO ES NULO AUNQUE FALTE EL**

CONSENTIMIENTO ESCRITO DE SU ESPOSA PARA DICHO RECONOCIMIENTO (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).- La falta de consentimiento escrito de la esposa para que el marido reconozca un hijo habido durante su matrimonio con persona distinta de su cónyuge, solamente constituye una omisión al cumplimiento de lo que preceptúa al respecto el artículo 301 del Código Civil vigente en el Estado de Veracruz, que lo hace aparecer como un hecho ilícito, por contrario a dicha ley, pero no nulo, puesto que la ilicitud no afecta el objeto ni el fin del reconocimiento, que es un acto de carácter personalísimo equivalente a la confesión de un hecho propio, cuya validez no puede depender de una persona extraña. Si la filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio se prueba por el reconocimiento voluntario, y cuando éste existe, el hijo reconocido tiene el derecho de llevar el apellido del padre que lo reconoce, a ser alimentado por éste y a percibir la porción hereditaria que fija la ley para los descendientes, en la sucesión legítima, es obvio que una correcta interpretación jurídica de la ley impone considerar que de tales derechos, no puede ser privado el hijo reconocido por su padre, como habido durante su matrimonio, pero en persona distinta de su esposa, sólo por falta de consentimiento escrito de esta.

Amparo directo 4870/71.- Normal Lucila Carolina de Brenin.- 26 de abril de 1973.- Unanidad de 4 votos.- Ponente J. Ramón Palacios Vargas.

Precedentes:

Sexta época, volumen LXII, Cuarta Parte, pág. 114

Sexta época, volumen LXXX, cuarta parte, pág. 53

Séptima época, volumen 18, cuarta parte, pág. 51

Séptima época. volumen 21, cuarta parte pág. 43

Séptima época, volumen 28 cuarta parte pág. 69

Informe, 1973, Tercera sala pág. 19.

Insisto en que, si bien es cierto que el padre o la madre tienen derecho a reconocer a su hijo, también lo es y considero que en mayor importancia, el derecho que tiene el hijo a ser reconocido por sus padres.

En todos los casos, solamente podrán ser reconocidos los hijos que tengan la condición de ser habidos fuera de matrimonio y que anteriormente no hubieren sido reconocidos, en cuyo caso, quien hubiere reconocido primero al hijo, tendría que ejercitar la acción contradictoria, en los términos del artículo 368 del código civil.

Pueden ser reconocidos los menores de edad, observando siempre lo establecido en el artículo 375 del código civil, que requiere del consentimiento del tutor o bien si no lo tuviere, del que le designe el juez para el caso concreto, en el entendido de que aún con la falta de ese consentimiento, el reconocimiento surtirá sus efectos. Tratándose del reconocimiento de una persona mayor de edad, debe asentarse en el acta ante el Registro Civil, el consentimiento de la persona que va a ser reconocida (artículos 79 y 375 primera parte del código civil).

En los casos del hijo muerto, se suscitaron varias cuestiones " El problema surgió porque por regla general, estos reconocimientos tardíos se hacían con el único fin de proteger la herencia del fallecido; pero como podían intervenir móviles

buenos, la doctrina se fue inclinando hacia la admisibilidad. También surgió una postura intermedia, partidaria de un reconocimiento limitado, ya que sólo negaba a los padres el derecho de suceder a un hijo tardíamente reconocido " 39.

En nuestro derecho únicamente es posible el reconocimiento de un hijo muerto, sólo en el caso de que hubiere dejado descendencia (artículos 364 del código civil.)

En el reconocimiento de los hijos concebidos, respecto de la madre no hay conflicto, pero respecto al reconocimiento anticipado del padre, si la madre ha ocultado su embarazo, la pregunta es ¿Cómo podría el padre hacer un reconocimiento anticipado del ser concebido, sin mencionar a la madre, por la prohibición expresa del artículo 370 del código civil?, Chávez Ascencio, nos resuelve el problema de la siguiente manera: " Para resolver esta situación, creo debe aplicarse en sus términos lo dispuesto por el artículo 60 C.C., que previene que la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo, si tal situación está establecida en nuestra legislación, el hecho del reconocimiento del concebido no genera oposición con el artículo 370 C.C., que debe aplicarse sólo para los casos de los hijos ya nacidos.

El segundo aspecto es el de la inscripción del reconocimiento en el Registro Civil. Existe un obstáculo toda vez de que los actos del Registro Civil, empiezan con el nacimiento. es imposible hacer alguna anotación de la concepción, por lo tanto, este reconocimiento estaría sujeto a una condición suspensiva consistente en el nacimiento del reconocido, en cuyo caso, llegado este evento

³⁹ CHAVEZ, Ascencio Manuel F. *LA FAMILIA EN EL DERECHO*. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa México, 1987. Primera edición. Pág. 154.

podría inscribirse el nombre del padre reconociente junto con el de la madre, quien necesariamente debe aparecer en el acta de nacimiento de su hijo ¹⁴⁰.

3.5 Efectos del Reconocimiento

Al igual que el acta de nacimiento de hijo habido en matrimonio es prueba aceptada de la identidad de quien la presenta, el acta de reconocimiento prueba, ya sea el parto en relación a la madre, o bien la concepción con relación al padre; 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 del que lo reconoce, en calidad de hijo, con todos los deberes, derecho y obligaciones. El reconocimiento surte efectos frente a todas las demás personas, incluyendo a la familia del padre que ha reconocido y no sólo entre el que reconoce a un hijo y éste, los efectos del reconocimiento operan también sobre el pasado, por lo tanto se inicia una relación jurídica que no existía al desconocerse los sujetos de ella, como podemos apreciar, los derechos que adquiere el hijo son muy amplios y sobre todo varían de lo que anteriormente contemplaba el artículo 210 de la Ley de Relaciones Familiares, y era a saber, el derecho a llevar el apellido de la persona que lo reconoce, como si eso le fuera a cubrir sus necesidades alimenticias.

Veamos ahora cuales son los efectos del reconocimiento y hasta donde se extienden:

⁴⁰ CHAVEZ, Asencio Manuel F. Op cit. Págs. 153 y 154.

a).- Efectos del reconocimiento en el hijo

De acuerdo con el artículo 389 del código civil, con el reconocimiento se establecen los siguientes derechos del hijo;

1.- Apellido.- El reconocido tiene derecho a llevar el apellido de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca.

2.- Alimentos.- Tiene derecho a ser alimentado por las personas que lo reconozcan.

3.- Herencia.- Tiene derecho a recibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley. Aún cuando el citado artículo no la menciona, considero que podemos incluir a la patria potestad como un derecho más del hijo reconocido no sólo respecto del padre o de los padres que lo hayan reconocido, sino que también se extiende a los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414 del código civil, en relación con el 415, 416, 417 y 418 del mismo ordenamiento.

En armonía con lo anterior, " el reconocimiento puede dar lugar a la tutela legítima en los menores reconocidos, cuando ésta tenga que ser constituida lo serán los padres, hermanos y a falta de unos u otros los abuelos ", como claramente lo establecen los artículos 483, 487, 488, 490 y 491 de nuestro código civil vigente.

Quiero agregar un sexto derecho del hijo reconocido que considero también de importancia y es el que se deriva del subsecuente matrimonio de los padres, mismo que al celebrarse extingue los efectos del reconocimiento y da al hijo

el derecho de transformarlo de hijo natural a hijo de matrimonio, cumpliendo con los requisitos que marca el artículo 355 del código civil correspondiente a la legitimación, la que se refiere a que los padres deben reconocer al hijo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante el, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres junta o separadamente.

b).- Efectos del reconocimiento en la familia y en la sociedad

Estudiamos estos apartados juntos, dada la íntima relación que presentan, pues los efectos que el hijo adquiere para con su nueva familia, son y deberán ser respetados por todos los individuos que conforman la sociedad, ante la cual el hijo deberá ostentar su estado de familia y se conocerá como hijo de tal padre y de tal madre y desempeñará el rol que le corresponda. Como lo señalamos en el inciso anterior, como consecuencia del reconocimiento, el hijo reconocido tiene derecho a llevar el apellido del padre que lo reconozca, entra a ser parte de la familia del que lo reconoció, y por lo tanto debe ser tratado como hijo, primo, sobrino, nieto etc. y asimismo debe cumplir con sus obligaciones que le impone el reconocimiento con su familia, en el entendido de que el parentesco consanguíneo entraña incapacidades, crea obligaciones y atribuye derechos.

Tiene derecho también a heredar en la sucesión legítima (cuando no hay testamento válido o cuando el testador no dispone legalmente de todos sus bienes), según los artículos 1599, 1601 y 1602 del código civil. De ellos se advierte que la

capacidad para heredar respecto del parentesco por consanguinidad comprende sólo a los parientes dentro del cuarto grado.

El artículo 1623 del código civil previene que si el reconocimiento se hace después de que el descendiente haya adquirido bienes cuya cuantía, teniendo en cuenta las circunstancias personales del que reconoce, haga suponer fundamentalmente que motivó el reconocimiento, ni el que reconoce ni sus descendientes tienen derecho a la herencia del reconocido. El que reconoce tiene derecho a alimentos en el caso de que el reconocimiento lo haya hecho cuando el reconocido tuvo también derecho a percibir alimentos.

El parentesco que se obtiene por el reconocimiento también da derecho a exigir alimentos, a los parientes que se hallen dentro del cuarto grado (artículo 305 del código civil).

Nacen también obligaciones de diversa índole, la principal es la de dar alimentos a las personas frente a las cuales tiene el derecho de exigirlos, porque la obligación alimentista es recíproca; el que está obligado a darlos tiene a su vez el derecho de obtenerlos (artículo 301 del código civil).

Además de la obligación alimentista, tiene la obligación de desempeñar el cargo de tutor legítimo, pues los hermanos mayores de edad y a falta de éstos los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, deben desempeñar la tutela de los menores (artículo 483 del código civil), cuando no hay tutor testamentario ni personas que con arreglo a los artículos 486 a 489 del citado ordenamiento, deban desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente;

los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás parientes a colaterales que se refiere el artículo 483 invocado.

Los padres son, por derecho, tutores de sus hijos solteros o viudos cuando han salido de la patria potestad, si a su vez estos no tienen hijos que puedan desempeñar la tutela.

" El parentesco constituye un impedimento para el matrimonio, así el parentesco por consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta ascendente o descendente, en la línea colateral igual, entre hermanos y medios hermanos y en desigual entre tío y sobrino, si estos últimos no han obtenido dispensa (artículo 156 fracción III del código civil) " 41.

c).- Protección constitucional a los hijos

La otorga el Estado al establecer el artículo 4o. de nuestra carta magna: " es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas ".

" El Estado tiene sometida a su alta inspección y tutela la educación y los intereses de los menores, y llega a privar del ejercicio de su autoridad a aquellos padres que abusen de la misma o no estén en condiciones morales de desempeñarla satisfactoriamente " 42.

⁴¹ GALINDO, Garfias Ignacio. *DERECHO CIVIL*, Editorial Porrúa, México, séptima edición 1985. Pág. 450.

⁴² CASTAN Tobeñas, José. *DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORAL*, Madrid 1941. Tomo III. Pág. 443.

La justificación de la intervención estatal está en la necesidad de proteger a los menores, es frecuente conocer noticias sobre maltrato de los menores, golpes, abandonos que no es posible que la sociedad los tolere, razón por la cual la autoridad tiene que estar presente, para que el ejercicio de la patria potestad se haga en beneficio del hijo.

El Estado tiene intervención en la organización jurídica de la familia, por múltiples razones: Porque de la solidaridad familiar depende en gran medida la solidaridad política, de tal manera que peligraría la existencia misma del Estado si ocurriera la disolución de la familia o si estuviese organizada de manera deficiente o incompleta por el derecho. Porque debe tutelar un conjunto de intereses de orden público que existen en el seno de la familia, algunos autores inclusive han considerado que el régimen jurídico de la familia tiene características tanto de derecho privado como de derecho público, dado que en las instituciones familiares prevalece el interés social.

El Estado tiene la facultad además, de intervenir a través de sus órganos a fin de que se celebren determinados actos jurídicos del derecho familiar, tales como el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, etc., con el objeto de darles autenticidad y proteger los derechos de las partes. Controla además la actividad de los que ejercen la patria potestad y la tutela, mediante la intervención del juez para impedir que se realicen actos perjudiciales a los intereses de los menores o incapacitados.

3.6 Impugnación del Reconocimiento

La acción va dirigida a dar eficacia a la facultad de poder cambiar la filiación, ya sea mediante la reclamación de la misma o por medio de la contradicción de la ya existente.

" Se entiende por impugnación del reconocimiento el recurso que las leyes conceden a determinadas personas para destruir el reconocimiento de un hijo natural, en virtud de determinadas circunstancias previstas en las mismas. Si el orden jurídico debe arbitrar recursos para que el acto paterno de voluntad encuentre cauce apropiado para legalizar una situación oscura, también debe prestarlos a fin de que no se constituyan estados jurídicos aparentemente legales, cuando en el fondo llevan vicios fundamentales de nulidad. Unos y otros responden al mismo fin: asegurar la estabilidad de la familia, determinar el estado cierto y verdadero de las personas y, en definitiva, garantizar la paz social " ⁴³.

Eduardo Zannoni por su parte, nos da la siguiente definición: " Es la acción de estado de desplazamiento por el cual se niega al reconociente ser el padre o madre del reconocido y, que de prosperar, deja sin efecto el título de estado que, mediante reconocimiento se obtuvo, o en su caso, impide su inscripción en el Registro Civil y capacidad de las personas " ⁴⁴.

En nuestro Código Civil se especifican dos acciones diversas tratándose de impugnación dependiendo del sujeto que pueda ejercerla, una es la acción que puede intentar el reconocido, y estamos hablando de acción de reclamación, la otra

⁴³ PUIG Y PEÑA, Federico. *TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL TOMO II*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, España. 1971, Pág.112.

⁴⁴ ZANNONI A. Eduardo. *DERECHO DE FAMILIA*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1978. Pág. 445.

es cuando la ejercita una persona distinta, en cuyo caso se refiere a la acción contradictoria del reconocimiento.

Veamos primero la acción contradictoria; procede cuando se niega al reconociente ser padre o madre del reconocido, o cuando el reconocimiento de un menor de edad se hubiere efectuado en su perjuicio, esta acción se encuentra prevista en los artículos 368, 378 y 379 del código civil y está limitada para su ejercicio al ministerio público, al progenitor que estime tener mejor derecho que el que hubiere reconocido, a la mujer que hubiere cuidado de la lactancia del menor, a la madre que lo hubiere reconocido antes del padre, así como al afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado, quien solo puede alegarlo en vía de excepción; este reconocimiento ilegal se refiere a aquél que hubiere hecho el hombre o la mujer que no fueren verdaderamente los progenitores, y también al que se efectúe en perjuicio del menor.

Por lo que respecta a la acción que tiene el progenitor que reclama para sí tal carácter, con excepción de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente o para el sólo efecto de la exclusión que consagra el párrafo segundo del artículo 368 del código civil; se pueden presentar casos en que el hombre reconozca, sin ser suyo, al hijo de la mujer con quien se casa con el fin de legitimarlo.

Como posible titular de esta acción está incluida también la madre del hijo reconocido, a quien se considerará como tal, ya sea por el hecho del parto o porque hubiere reconocido al hijo antes que el padre, teniendo derecho a contradecir el reconocimiento hecho sin su consentimiento, por el varón de conformidad con el artículo 379 del código civil. No aparece en nuestra legislación un plazo para la

caducidad de la acción, por lo que se pudiera entender que estamos frente a una acción imprescriptible o bien frente a una acción que no caduca, por el contrario, en el caso de la acción de reclamación que puede ejercer el hijo reconocido, si se señala término o plazo para ejercerla, por lo que considero que tratándose de la acción de contradicción, también se debe fijar término o plazo, pudiendo ser el mismo que se señala para ejercer acciones personales, o sea de diez años.

Hay autores que señalan su imprescriptibilidad, como Planiol que señala que la acción de impugnación del reconocimiento es imprescriptible. " La mentira no puede crear el estado de una persona y conceder, al cabo de treinta años, un hijo a quien nunca ha tenido. Sin embargo, cuando la acción de impugnación se funda en el interés patrimonial, solamente se concede en tanto cuanto no haya prescrito ese interés " ⁴⁵.

Por último está comprendida la mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia del niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia. " Reunidos los extremos señalados por el artículo 378 c.c., esta mujer puede contradecir el reconocimiento que se haya hecho de ese niño " ⁴⁶. En este caso no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta a entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será de sesenta días contados a partir de que tuvo conocimiento de él.

⁴⁵ PLANIOL, Marcel. *TRATADO DE DERECHO CIVIL*. Editorial Cajica, S.A., Puebla, Méx. Pág. 163.

⁴⁶ CHAVEZ Asencio, Manuel F. *LA FAMILIA EN EL DERECHO*. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa México, 1987. Pág. 158.

La acción debe entablarse contra quien pretenda oponer al impugnante su reconocimiento; es decir, en contra del supuesto padre o madre que hubiere reconocido al hijo.

La acción del Ministerio Público contenida en el artículo 368 del Código Civil, solo se puede ejercer mientras el reconocido sea menor de edad, ya que después de ésta él puede personalmente reclamar contra el reconocimiento, de conformidad con lo que establece el artículo 376 del Código Civil, en un plazo no mayor de dos años contados a partir de que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento: y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió.

El ministerio público ejercerá esta acción cuando el reconocimiento se efectúe en perjuicio del menor, sin embargo el citado artículo 368 no especifica lo que debemos entender por perjuicio; además, en una consideración tan amplia como ésta, debemos contemplar el caso de que el verdadero padre hubiere hecho el reconocimiento del menor, con el firme propósito de apoderarse de los bienes del hijo y con ello causarle un claro perjuicio económico, ¿procede la acción de contradicción del ministerio público?, esto significaría ejercitar la acción en contra del verdadero padre biológico del menor, y por lo tanto considero que sería erróneo otorgarle ese derecho puesto que sería contrario al espíritu del reconocimiento de los hijos habidos fuera de matrimonio, veamos porqué; refiero que debe entenderse por perjuicio, cualquiera sugestión o artificio que se emplee con el sólo propósito de causarle un daño moral o económico a una persona. Ahora bien toda vez de que el objetivo principal del reconocimiento de los hijos extramatrimoniales es establecer la relación biológica entre padres e hijos, el ejercicio de la acción de contradicción

otorgada al ministerio público debe limitarse exclusivamente a cuestionar el ejercicio de la patria potestad del reconociente sobre el reconocido para que en su oportunidad y según sea el caso, sancionar con la suspensión o pérdida de aquélla, observando para tal efecto lo dispuesto en los artículos 444 y 447 de nuestra legislación civil. Suponiendo que el propio padre biológico pretendiera causar un perjuicio a su menor hijo, calculo que éste sería directamente en proporción al beneficio que aquél pudiera recibir al administrar los bienes del menor abusando del derecho que le confiere el artículo 425 y demás relativos del código civil.

Sin embargo, el derecho que le da al ministerio público el ejercicio de la acción de contradicción de la paternidad, en ningún momento y por ningún motivo debe cuestionar la relación biológica paterno-filial, la que debe subsistir mientras no se presente alguna otra persona que ostente un mejor derecho y contradiga el reconocimiento. Para protección del hijo menor de edad se requiere que su tutor dé su consentimiento para poder ser reconocido y en caso de que no tenga tutor se le designará uno especialmente para el caso. Este tutor se encargará de representar los intereses del menor y será quien otorgue su consentimiento para que sea reconocido.

Estudemos a continuación la acción de reclamación.- que sólo puede ser invocada por el hijo reconocido. Si es menor de edad, puede reclamar contra el reconocimiento cuando adquiera la mayoría de edad, en términos de lo que establecen los artículos 376 y 377 del código civil. El término para deducir esta acción será de dos años, que comenzarán a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, y si no la tenía desde la fecha en que la adquirió.

3.7 Desconocimiento de la Paternidad

La situación de hijo nacido de matrimonio, puede quedar destruida por el marido mediante el ejercicio de la acción de contradicción o desconocimiento de la paternidad y por la mujer por medio de la impugnación de la maternidad legítima. Estas acciones tienen como objetivo demostrar que el hijo carece de las condiciones necesarias exigidas por la ley para considerarlo como hijo nacido de matrimonio.

Hay algunos autores que hablan sólo de la acción de desconocimiento, comprendiendo en ella las dos acciones a que nos referimos en el párrafo anterior y también hay algunos otros que hablan del desconocimiento y de la contradicción como una sola acción, sin embargo considero que la contradicción se refiere a la presunción establecida en el artículo 324 del código civil, por el contrario la acción de desconocimiento procede en contra de situaciones diversas y ajenas a dicha presunción y que más adelante estudiaremos.

Nuestro Derecho Civil emplea los dos conceptos: Desconocimiento.- Contenido en los artículos 326, 327 y 328, para los casos en que basta con que el marido niegue su paternidad y Contradicción, lo encontramos en los artículos 330, 332, 333, 336 del citado ordenamiento para los casos en que es necesaria la prueba del marido que pretende luchar contra la presunción *iuris tantum*, en este sentido aún cuando el mencionado artículo 326 habla de la posibilidad de desconocer, en realidad se refiere a una cuestión de contradicción.

" Nuestra legislación no menciona la acción de impugnación de maternidad legítima. Sin embargo estimo que no se puede impedir a la cónyuge negar que el

hijo que se le imputa sea suyo. El hecho de que no se encuentre reglamentado, no impide que si hay una violación que la perjudique pueda intentar la acción (innominada), que le permita aclarar una situación jurídica " 47. Reflexión que comparto con el maestro Chávez Asencio pues me parece lógica y apegada al principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.

Estas acciones se pueden clasificar por el sujeto activo que bien puede ser el hombre o la mujer. Por lo que respecta al hombre a quien se le imputa la paternidad, tiene dos acciones que cuestiona a los hijos que se supone nacieron de matrimonio; en cuanto a la mujer, a la quien se le imputa la maternidad, tiene la acción, aún cuando sea innominada para impugnar la misma y en consecuencia desvincular al supuesto hijo del matrimonio.

En el supuesto de que el niño nazca dentro del plazo de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio de los cónyuges, la acción será de desconocimiento, toda vez de que ese evento no se encuentra dentro de la presunción prevista por el artículo 324 del código civil, y si hace referencia a esa situación el artículo 328 del mismo ordenamiento, que establece a contrario sensu, la posibilidad de una legitimación por ministerio de ley. Porque de acuerdo con este último artículo el marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.- Si se probare que el marido supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte, para esto se requiere un principio de prueba por escrito, como puede ser una carta, un diario etc. tampoco podrá desconocerlo:

⁴⁷ CHAVEZ, Asencio Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa. México 1987. Pág. 82.

II:- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él o contiene su declaración de no saber firmar;

III:- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;

IV:- Si el hijo no nació capaz de vivir.

Para el caso de aquellos hijos que nacen después de los ciento ochenta días de contraído el matrimonio, la acción que debe intentarse es la de contradicción por encontrarse dentro de la presunción del artículo 324 del código civil y la carga de la prueba será del marido.

En relación a los hijos nacidos dentro de los trescientos días contados a partir de la disolución del vínculo matrimonial, estamos frente a un caso de contradicción de paternidad, por encontrarse dentro de la presunción del artículo 324 del código civil y deberán invocarse cualesquiera de las situaciones previstas en los artículos 325 y 326 de nuestra legislación civil.

Por el contrario, cuando el hijo nace después de los trescientos días contados desde la separación del marido y la mujer por resolución judicial o bien de la disolución del vínculo matrimonial, tiene lugar el desconocimiento a que se refieren los artículos 327 y 329 respectivamente del ordenamiento en cita.

Veamos ahora unos principios básicos relativos al desconocimiento:

a).- El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que durante los diez meses que

precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa, (artículo 326 código civil).

b).- El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de ésta pueden sostener en tales casos que el marido es el padre (artículo 327 código civil). Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación (artículo 329 código civil).

En estricto derecho, un hijo nacido más de trescientos días después de la disolución del matrimonio jamás puede llegar a ser considerado legítimo, puesto que en el momento de la concepción el matrimonio ya no existía pero si el marido no entabla duda alguna sobre la legitimidad y la mujer, el hijo o su tutor no hacen valer ese derecho, el niño será considerado como legítimo.

Como requisitos para ejercer cualesquiera de las acciones señaladas se necesita:

a).- El nacimiento de un hijo: La lógica consecuencia del artículo 324 es que el hijo nazca en los términos del artículo 337, es decir que, desprendido enteramente del seno materno el feto viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de esas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre paternidad; por lo tanto, si el hijo no nace viable o nace muerto, no procede contradicción o desconocimiento alguno. " El desconocimiento

sería un escándalo inútil y procedería como único resultado la deshonra de la madre" ⁴⁸.

b).- Acta de nacimiento: Toda acción de contradicción, de impugnación o desconocimiento de la maternidad, presume la existencia de un título que pruebe la legitimidad del hijo, es decir, que cuente con un acta de nacimiento que pruebe su filiación materna y paterna.

Cuando el hijo no tenga acta de nacimiento y quiera probar su vinculación con un hombre o una mujer determinados, tendrá que actuar mediante la investigación de paternidad o de la maternidad, en cuyo caso el padre o la madre serán una parte en el juicio y podrán negar o contradecir.

Fija la ley de la materia un plazo perentorio para que el marido impugne la paternidad, y se rige por los siguientes principios del código civil:

a).- " En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar si estuvo ausente; o desde el día que descubrió el fraude si se le ocultó el nacimiento ". (Artículo 330).

b).- " Si el marido está bajo tutela por cualquier causa de las señaladas en la fracción II del artículo 450, este derecho puede ser ejecutado por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela, pero siempre en el plazo antes designado, que se contará desde el día en que

⁴⁸ PLANIOL, Marcel. *TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL*. Editorial Cajica, S.A. Puebla, México. Pág 130.

legalmente se declare haber cesado el impedimento ". (Artículo 331).

c).- " Cuando el marido, teniendo o no tutor, ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre." (Artículo 332).

d).- Los herederos del marido, excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, cuando el esposo no haya comenzado esta demanda. En los demás casos, si el esposo ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán para proponer la demanda, sesenta días, contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia ". (Artículo 333). No deja de llamar la atención que el interés sea exclusivamente económico y de ahí que impugnen la paternidad.

Así pues, cuando el niño fue concebido durante el matrimonio, la presunción de paternidad no cede ante la acción de desconocimiento intentada por el marido, pero su fuerza respecto al marido es más o menos grande, según que la obligación de cohabitación hubiere existido o no entre los esposos y conforme a la fecha de la concepción. En el caso normal, aquél en que los cónyuges están obligados a cohabitar y en el que la concepción tiene lugar por virtud de esa cohabitación, es sumamente difícil que el marido haga caer la presunción de ser él el padre del hijo que ha dado a luz su consorte.

Compete únicamente al marido decidir si conviene o no en interés mismo de la familia, no revelar que el hijo que ha nacido de su mujer es fruto de un

adulterio, así pues, son criticables los sistemas jurídicos extranjeros que toleran en este aspecto la intrusión de terceros o al ministerio público para resolver sobre esta situación cualquiera que pueda ser el interés de una persona que lleve consigo la manifestación de la verdad y de la exactitud del estado, el que debe ceder ante el interés de la familia del niño, interés que el marido debe determinar en forma absoluta y soberana.

Pese a lo anterior, se han presentado casos en que el marido, a pesar de estar cerciorado de que su mujer tiene un amante, puede estar convencido de que a pesar de todo es él y no el amante el padre del niño. Aún para el caso de que el padre esté convencido de que el niño no es suyo, puede desear que tenga la calidad de su hijo legítimo, simplemente por evitar un escándalo.

Los artículos del código civil que hacen referencia a la acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad, otorgan al marido la titularidad de esas acciones y están planteadas en interés de aquél, sin embargo, no lo priva de poder otorgar mandato para que en su nombre se actúe judicialmente. La representación de estos actos está claramente determinada en el artículo 44 del código civil al decir que: " Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente, podrán hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos. En los casos de matrimonio o reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, juez de lo familiar, menor o de paz ". Puede también el marido estar representado por un tutor,

por causas de demencia, imbecilidad u otro motivo que lo prive de inteligencia, como ya lo hemos estudiado en este mismo apartado.

Nuestra legislación contempla la posibilidad de que toda persona a quien perjudique la filiación pueda intentar, en cualquier tiempo, la acción de contradecir la legitimidad de un hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio. (Artículo 329 código civil).

El desconocimiento de un hijo de parte del marido o de sus herederos se hará por demanda en forma ante el juez competente todo desconocimiento practicado de otra manera, es nulo advierte el artículo 335 del código civil considerando juez competente, de acuerdo con el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles en su fracción IX, el del domicilio de los menores o incapacitados, siendo partes en el juicio, el marido como parte actora y como demandados, la madre y el hijo, a quien si fuere menor de edad, se le proveerá de un tutor interino (artículo 336 del código civil) y la sentencia que se dicte cambiará su estado familiar, con todas las consecuencias legales a que haya lugar.

Otra serie de presunciones entra en juego por lo que hace a la paternidad, quedando establecidas en el artículo 334 del código civil que a la letra dice: "Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo contrajese nuevas nupcias dentro del período prohibido por el artículo 158, entonces la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes:

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

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

El que negare las dos presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se le atribuye.

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

En relación a la impugnación de la maternidad; como hemos manifestado al inicio de este apartado, la impugnación de la maternidad, no aparece enunciada en nuestra legislación, sin embargo, podemos considerar que existe, en correlación a la atribuida al varón, fundamentada en el artículo 4o. de nuestra carta magna, así como del artículo 2o. del código civil, que establecen la igualdad jurídica del hombre y la mujer, además del artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles que marca las acciones del estado civil, comprendiendo, entre otras, las relativas a la filiación, sin hacer referencia exclusiva al hombre.

Por si lo anterior, fuera poco el Código Penal en el artículo 277, considera algunos delitos contra el estado civil, haciendo una clara referencia a la filiación derivada de la mujer.

Así pues, se considera posible que la mujer intente la acción de impugnación de la maternidad que se le imputa. " Indudablemente puede impugnarla la misma madre pues es un derecho innato. Como la prueba de la maternidad legítima se deriva de la paternidad dentro de matrimonio, con base en la presunción tantas veces aludida y a que se refiere el artículo 324 del código civil, estimo que el marido también puede impugnar la paternidad legítima, con lo cual indirectamente destruirá la presunción de ser el padre del hijo que se le imputa dentro de matrimonio " ⁴⁹. Se requieren como pruebas las actas de nacimiento y de matrimonio, excluyendo la posesión de estado, porque si ésta se da, la mujer que ejerció la acción, ha aceptado públicamente la relación paterno-filial, y por lo tanto no procede la impugnación;

Como la maternidad tiene dos elementos, el parto y la identidad del hijo, la impugnación deberá versar sobre cualesquiera de estos supuestos, el primero se refiere a una suposición de parto, esto es, que a pesar de haberse hecho la declaración de alumbramiento, de exhibirse el certificado médico y haberse presentado los dos testigos, el parto no existió, porque el certificado médico fue falso y los testigos rindieron falso testimonio. Por lo que hace al segundo, se trata de un caso en el cual, si hubo parto pero el verdadero hijo se cambio por otro.

⁴⁹ CHAVEZ Asencio, Manuel F. *LA FAMILIA EN EL DERECHO*. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Editorial Porrúa, México, 1987. Pág. 98.

A semejanza de lo dicho en relación a las acciones que el marido puede intentar, también estimo que están legitimados el tutor en caso de interdicción de la mujer y los herederos en los mismos casos en que pueden impugnar la legitimidad al padre.

Cabe reiterar lo manifestado en apartados anteriores en el sentido de que los efectos de la sentencia dictada como consecuencia del desconocimiento, contradicción o impugnación, cambiarán el estado de hijo de familia, pues de obtenerse sentencia favorable, dejará de ser hijo de matrimonio y se le privará de todos los deberes, derecho y obligaciones que nacen de esa filiación, pasará a ser un hijo ilegítimo para todo el mundo, "...pues las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de las acciones del estado civil, perjudican aún a los que no litigaron...", reza el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles.

3.8 Legitimación

La legitimación es una institución civil que regula el cambio de situación jurídica de hijos nacidos fuera de matrimonio en virtud de la celebración posterior de éste por quienes los engendraron " 50", comparto esta definición que da Rafael de Pina, agregando que como consecuencia de esa legitimación, los hijos adquieren los derechos y obligaciones que la ley les otorga desde ese mismo momento. Se diferencia la legitimación del reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio,

⁵⁰ DE PINA, Rafael. *ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO*. Editorial Porrúa, S.A., México. 1980. Pág. 355.

en que por el reconocimiento, sólo se atribuye al hijo la calidad de tal, reconociéndose un hecho real y teniendo siempre el carácter de extramatrimoniales pero sin atribuirle la calidad de hijo legítimo. Por el contrario, la legitimación, hace que el hijo habido fuera de matrimonio se transforme en hijo legítimo, por el subsecuente matrimonio de sus padres.

Rojina Villegas considera que la legitimación " puede implicar una fusión de dos actos jurídicos consistentes en el reconocimiento que lleven a cabo los padres del hijo natural y del matrimonio que realicen después de haber nacido o sido concebidos los hijos naturales. Ésta es la forma normal en que opera la legitimación, de tal manera que no basta que los padres del hijo natural nacido o simplemente concebido celebren matrimonio, sino que se requiere además que reconozcan al hijo ya nacido o que está simplemente concebido " ⁵¹. Este mismo autor define la legitimación, " como aquella situación jurídica en virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos, con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad " ⁵².

La razón de la legitimación del hijo o hijos por subsiguiente matrimonio de sus padres ha de buscarse en la idea en una regularización o legalización de las relaciones extramatrimoniales, operada en virtud del matrimonio.

Nuestro Código civil, no define sino indirectamente la legitimación, al establecer en sus artículos 354 y 355 que " el matrimonio subsecuente de los

⁵¹ ROJINA Villegas, Rafael. *DERECHO DE FAMILIA*. Tomo II, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978. Pág. 388.

⁵² Op cit. Pág. 387.

padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración ". "Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente".

Sin embargo, puede haber legitimación sin reconocimiento, en el caso en que por sentencia se establezca la relación jurídica paterno-filial, con los progenitores que se casaron. Esto sucede si el hijo ejerce la acción de investigación de la paternidad o maternidad y obtiene sentencia favorable, que hará las veces de reconocimiento. Es necesario ante toda que el hijo tenga la condición legal de nacido fuera de matrimonio; dada esta condición, encontramos los diferentes casos que se pueden presentar desde la concepción hasta la muerte.

Los códigos de 1870 y 1884, señalaban que sólo podían ser legitimados los hijos naturales (artículos 352 y 325, considerando como hijos naturales a los concebidos fuera de matrimonio en tiempo en que el padre y la madre podrían casarse, aunque fuera con dispensa (artículo 355 y 328), por lo que se excluían de la posibilidad de legitimarse los hijos adulterinos y los incestuosos. Esta situación cambio con la Ley de Relaciones Familiares, al consagrar en su artículo 176, que " pueden ser legitimados todos los hijos habidos fuera de matrimonio ".

Por lo que respecta a los hijos incestuosos, debemos tomar en cuenta que la legitimación sólo es posible si los padres remueven el impedimento habido, lo que es procedente sólo en el parentesco de consaguinidad en la línea colateral desigual, que es la única que puede ser dispensada.

Pueden ser legitimados los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquella estuviera en cinta (artículo 359 código civil), estimo que también puede considerarse como legitimación el hecho de que el marido no objete la paternidad, en el caso de que el hijo nazca dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio si no se hizo el reconocimiento expreso a que se refiere el artículo 355 del código civil, y en virtud de los supuestos previstos en el artículo 328 del citado ordenamiento, debe considerarse un reconocimiento tácito y en consecuencia otorgarse la legitimación al hijo. Hay que considerar que el reconocimiento no es necesario cuando el niño hubiere sido presentado para registrar su nacimiento, pues su acta de nacimiento surte efectos de reconocimiento legal respecto del progenitor compareciente al constar en ésta el nombre de la madre, del padre o de ambos según los disponen los artículos 77 y 356 del código civil. Los hijos que hayan muerto antes de la celebración del matrimonio serán legitimados, sólo si dejaron descendientes vivos, puesto que al ser legitimados tienen la ventaja de establecer entre los descendientes y sus abuelos un derecho de parentesco con todos los efectos legales derivados del mismo artículo 358 del código civil.

Es condición indispensable que los dos esposos sean los padres del niño, la legitimación no tiene como fin permitir la filiación fuera de los lazos reales de la sangre, pues para ello existe la adopción.

La legitimación resulta de la combinación de dos actos jurídicos familiares, que son la comprobación de la filiación natural o reconocimiento, salvo los casos que hemos estudiado, dado aquél en cualquiera de las formas legales establecidas

para ese fin y el matrimonio de los padres, (artículo 355 código civil), el matrimonio nulo produce efectos a título de matrimonio putativo, pues los efectos en beneficio de los hijos perduran. El matrimonio putativo siempre produce efectos civiles respecto de los hijos. (artículo 256 código civil).

Los autores se muestran uniformes en que no es requisito el consentimiento del hijo. Puig y Peña dice que " no es necesario ningún requisito más, ni forma especial alguna, ni manifestación alguna por parte de los padres, ni siquiera el consentimiento del hijo " ⁵³. Lo mismo expresa Planiol al señalar que " es inútil que el hijo consienta la legitimación, cuando esté en edad de hacerlo; no puede negarse a ella y el único recurso que tiene para sustraerse a la misma, es contradecir el reconocimiento de que ha sido objeto " ⁵⁴. Zannoni por su parte señala que en el derecho argentino, la legitimación opera *ministerio legis*, " respecto del hijo reconocido, cuando los padres contraen matrimonio. Es decir, la legitimación no requiere ser aceptada por el hijo " ⁵⁵.

Por el matrimonio se producen automáticamente los efectos de la legitimación entre padres e hijos y son oponibles a todo el mundo. No tiene efectos retroactivos, esto significa que los hijos tendrán dos situaciones: serán hijos extramatrimoniales inevitablemente hasta que se celebre el matrimonio de sus padres, pero a partir de ese momento se consideran legítimos (artículo 357 código civil).

⁵³ PUIG Y PEÑA, Federico. *TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL*. Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, Pág. 130.

⁵⁴ PLANIOL, Marcel. *TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL*, Editorial Cajica, S.A. Puebla México, Pág. 501.

⁵⁵ ZANNONI A., Eduardo. *DERECHO DE FAMILIA*. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978. Pág. 445.

En nuestra legislación no se prevé la impugnación de la legitimación, pero se entiende que puede ser impugnada directamente atacando alguno de los elementos que la constituyen: el reconocimiento o el matrimonio, si falta alguno de ellos, la legitimación no se produce, si se objeta alguno, tampoco se produce, para el caso de objetar el matrimonio, tendría que ser por inexistencia, pues por nulidad, los efectos en los hijos continúan produciéndose.

**IV. CONVENIENCIA DE UNA REGLAMENTACION PARA LA
PROTECCION LEGAL DEL HIJO DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE
IMPUGNACION O CONTRADICCION DE LA PATERNIDAD**

4.1 El valor Fundamental de la vida

De las instituciones que constituye el Derecho de familia, la filiación tiene una relevante importancia. La responsabilidad que se genera con la procreación es única, sobre todo los primeros años que exigen una permanente atención al hijo hasta que alcanza su desarrollo que le permita integrarse a la comunidad. El amor es fundamental para la procreación y educación de los hijos. La relación humana debe estar impregnada de amor; consecuentemente también lo debe estar la relación jurídica entre Derecho y vida.

A lo largo de este trabajo, hemos visto que los diversos órdenes normativos han asumido frente a los hijos extramatrimoniales, diversas actitudes, que van desde la plena aceptación de los mismos sin ningún distingo con los nacidos de matrimonio, hasta el rechazo total y condenatorio, haciéndolos víctimas de la negación de todo tipo de derechos y marcándoles con denominaciones infamantes. Entre ambos criterios tan radicalmente opuestos, se dan variados matices de tolerancia y concesión de derechos.

En nuestra Carta Magna, se establece que los hijos gozarán de los mismos derechos y de igual dignidad independientemente de su origen, toda vez de que así y como se manifestó en el capítulo anterior, nuestra constitución previene que " es

deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas ". Es una garantía individual de la que gozan todos los menores, por lo que es responsabilidad de toda autoridad, no sólo respetarla sino promover a través de las instituciones públicas la satisfacción de las necesidades de los menores, pues el mandato constitucional no se limita a enunciar una garantía, sino establece una obligación con cargo a las instituciones públicas de apoyar y proteger a los menores para que éstos logren su óptimo desarrollo físico y mental.

El bien de los hijos debe ser el principio rector de todas las instituciones del derecho de familia como son la patria potestad, la filiación, la adopción, la tutela, etc. La protección que la ley garantiza es igual para los nacidos dentro o fuera de matrimonio y también para aquellos que no tienen relación biológica alguna, como en el caso de la adopción.

4.2 Conveniencia de plantear una reglamentación para la protección del hijo nacido fuera de matrimonio durante el procedimiento de impugnación o contradicción de la paternidad

" La vida tiene un valor más allá de toda medida y un propósito que sólo el tiempo revelará " ⁵⁶.

⁵⁶ REARDON, David C. EL ABORTO EN CASO DE VIOLACION. En *INQUIETUD NUEVA*. Revista Católica de Evangelización No. 71. sep-oct 1996, bimestral, año XII. México, D.F.. Pág. 36.

Partimos del hecho de que el modo de transmitir la vida es el acto sexual realizado por dos personas de sexo diverso en un contexto de amor. Así como al amor no hay que separarlo de la procreación, sino que debe quedar abierto a la vida, así el niño nace en un contexto de amor expresado por los padres.

En principio los hijos deben convivir, habitar y crecer al lado de sus padres en plena armonía y en plenitud de haber logrado el fin primordial de la familia.

Resulta lógico suponer que un niño ha sido concebido por el amor que se profesan sus padres, los que esperan con ansias el nacimiento de ese nuevo ser, fruto de sus entrañas y sangre de su sangre, para integrarlo a la familia. Sin embargo, desafortunadamente, no siempre es así, la realidad social que vivimos, no solo en nuestra ciudad o país sino que en todo el mundo es otra, hay hijos que vienen al mundo (cuando no son abortados) sin que hubiere mediado ese deseo ferviente de los padres de planearlo, concebirlo y tenerlo, estos niños han nacido producto de un simple deseo carnal de sus padres, o engendrados por la violencia del agresor hacia una mujer en los casos de violación en los que ni remotamente el violador se detiene a pensar en las consecuencias de sus actos, pues si ni siquiera piensa en que ese hecho pueda coartarle su libertad, menos piensa en el posible ser que, con su acto esté engendrando, no piensa en ningún momento que puede convertirse en el padre de una criatura que lo más seguro es que nunca la conozca.

Son hijos no deseados, rechazados regularmente, pues son para muchas mujeres, el recuerdo de un acto criminal cometido en su agravio, o en muchos otros casos, son la causa primordial del abandono de las madres por su pareja y padre del hijo. Hay claro también situaciones en que los hijos aún cuando no fueren

deseados en el momento de su concepción, son bien recibidos y motivo suficiente para establecer una familia uniendo a sus padres en matrimonio con la subsecuente legitimación del o de los hijos nacidos.

Lo normal sería que una pareja se casara, se estabilizara y se preparara tanto económica como moralmente para ser padres o madres y no que la paternidad y posteriormente el matrimonio, los tome por sorpresa, como ya parece ser el común denominador en nuestro país y en varias partes del mundo, la sociedad ha evolucionado, dicen para justificarse quienes practican esta forma de vida, pero, ¿en qué ha evolucionado?, ¿en la pérdida de principios morales?, ¿en que la libertad se ha convertido en un libertinaje desmedido?, es evidente que nuestra sociedad mexicana, llena de principios morales valiosos, se ha ido resquebrajando día a día, influenciada por nuestro vecino país del norte y por el mundo occidental.

Pero ¿qué pasa con aquellos niños hijos naturalmente de un padre o de una madre que simplemente no desean hacerse responsables del ser humano que han creado?, hace unos años conocí el caso de una bebé abandonada en una iglesia, esa madre pensó que con haber "soportado" el proceso de gestación hasta llegar al alumbramiento, en lugar de haber abortado, era suficiente, el padre la abandonó no bien se había enterado que estaba embarazada, esa niña fue entregada a una casa de cuna y lo más seguro es que nunca llegue a saber quienes son sus padres.

Hemos reiterado en varias ocasiones el derecho que tienen los hijos a ser reconocidos por sus padres biológicos, pero mientras eso sucede ¿quiénes cuidarán de los niños abandonados?, alguna de las instituciones privadas o del

gobierno creadas para ese fin, en el mejor de los casos sino es que se convierten en los hijos de nadie o hijos de la calle.

En estos casos ¿quién se encarga de iniciar un procedimiento de investigación de paternidad?, el menor de edad por conducto de su tutor si es que lo tiene o del que se le designe para ese caso, o bien a través del Ministerio Público pero, ¿realmente se llevan a cabo este tipo de juicios?, desafortunadamente no, ya que solo en algunos casos los hijos abandonados son recogidos y protegidos por alguna institución altruista privada, más que una gubernamental, pero difícilmente le proporcionan al niño los elementos para ejercitar las acciones que por derecho le corresponden, más bien estas instituciones se preocupan por buscarles un hogar a través de la adopción, tal es el caso del Instituto Cabañas en Guadalajara o la Casa Hogar de Ciudad Juárez, Chihuahua.

Soy de la idea de que en esas casa-hogar, se debieran proporcionar los medios al niño para que por conducto de su tutor se procediera a iniciar la investigación de la maternidad en principio y para que a través de ella y de presunciones se establezca la paternidad, con la ayuda del Ministerio Público, que se encargue de la investigación del delito de abandono de personas a que se refieren los artículos 335, a 343 del código penal. El objeto de esta acción sería, establecer la filiación biológica, aún cuando se presume que si el padre o la madre abandonaron a su hijo, fue porque no quisieron tenerlo a su lado y convivir con él, se podría obligar al progenitor al pago de los alimentos del menor suficientes para su subsistencia y durante su estancia en la casa-hogar, hasta el momento de su adopción; además de atribuirle al hijo todos y cada uno de los derechos a que se refiere el artículo 389 del código civil.

El pago de los alimentos debe asegurarse desde el momento en que exista cualquier indicio o principio de prueba contra el pretendido padre o madre responsables del abandono del hijo, hago extensiva la acción contra la madre, pues aún cuando el artículo 385 del código civil establece que la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuirle el hijo a una mujer casada, el artículo 386 del mismo ordenamiento establece que no obstante lo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal, hipótesis que se refiere precisamente a las investigaciones y en su caso la sentencia que se dicte como consecuencia del delito de abandono de persona prevista en los artículos 335, 336, 337 y 343 del código penal.

Esto es, considero que deben iniciarse simultáneamente y por intersección del tutor en representación del menor la investigación de la maternidad por un lado y el delito que ya de por sí se persigue de oficio de abandono de persona, en la modalidad de abandono de infante, en términos de lo establecido por el artículo 337 del código penal para que de la sentencia criminal que resulte se pueda estar en condiciones de atribuir el hijo a su madre, aún cuando ésta se encuentre casada. De esta manera se establece la filiación biológica respecto del padre o de la madre, con todas sus consecuencias legales y como la acción penal en el delito de abandono de hijos se extingue cuando el procesado cubra los alimentos vencidos y otorgue garantía suficiente a juicio del juez para su subsistencia, la madre o el padre podrán seguir al cuidado de su familia, para el caso de que fuera la madre la que apareciera con motivo de esta investigación por conducto de ésta o de las presunciones que pudiera aportar podría llegarse a la paternidad del hijo o quizá podría considerarse la declaración de la madre ante el Ministerio Público, como el

principio de prueba a que se refiere la fracción IV del código civil, siempre y cuando contenga o haga suponer la identidad del padre.

Por lo que se refiere al ejercicio de impugnación del reconocimiento, que como ya vimos se distingue entre reclamación y contradicción, según se trate de la persona que la ejerce, reclamación, cuando la efectúa el reconocido y contradicción cuando es una persona diferente pudiendo ser el ministerio público, el progenitor que estime tener mejor derecho que el que hubiere reconocido, la mujer que hubiere cuidado de la lactancia del menor, la madre que hubiere reconocido antes del padre, así como al afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento; debe establecerse una serie de ordenamientos que vayan encaminados a la protección del hijo con el objeto de cuidar que al momento de que se inicié el ejercicio de la acción de impugnación, el hijo no quede desamparado en cuanto a los alimentos que perciba del supuesto padre, ya que suponiendo que efectivamente el padre que ha reconocido al hijo no sea tal y que haya hecho el reconocimiento con el objeto de causarle perjuicio al menor, deje de suministrarlos tan pronto sea emplazado a juicio y se obligue al demandado a entregarlos hasta el momento en que se dicte una sentencia y se resuelva que la acción intentada es procedente y por lo tanto el reconocimiento es ilegal, nos referimos a los menores de edad, exclusivamente, pues siendo mayores de edad, el presunto padre ya no tiene la obligación alimenticia. Lo mismo podría estipularse cuando se inicie juicio de contradicción de la paternidad.

Si partimos del entendido de que en los juicios donde se debate la filiación se generan tensiones, se busca proteger al hijo de las posibles circunstancias que puedan perjudicarlo; para tal efecto considero conveniente facultar a los jueces de

lo familiar para que puedan adoptar una serie de medidas encaminadas a proteger los intereses del hijo mientras dure el procedimiento, porque más allá de las relaciones, situaciones y posiciones que tipifica, existen elementos de otro género como pueden ser afectivos, económicos o de otra índole que escapan en muchas ocasiones a la regulación abstracta de las normas y en el conflicto de intereses sólo pueden encontrar justa valoración en las facultades que se le otorguen al juez, quien a la hora de dictar estas medidas, deberá tener en cuenta la situación familiar o personal de los litigantes y del hijo pero no deberá olvidar los argumentos que para la admisión de la demanda le haya proporcionado el principio de prueba exigido, por otra parte se considera que en la mayoría de los casos serán medidas que las partes pidan en concreto y cuya oportunidad y concesión juzgará el juez, debiendo adoptar las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor, no se trata en general de adoptar medidas cautelares o medidas de protección en toda clase de juicios sobre filiación, sino que contemplar exclusivamente a aquellos en los que se discute la paternidad de una persona que ejerce sobre otra la patria potestad.

CONCLUSIONES

De conformidad con lo antes expuesto, considero que es conveniente una reglamentación para la protección del hijo extramatrimonial durante los procesos judiciales de impugnación y contradicción proponiendo para ello las siguientes bases:

PRIMERA.- Las medidas cautelares que debe dictar el juez tratándose de la investigación de la paternidad, deben tener un carácter facultativo dado que el estado de filiación no existe ya que en el caso lo que se pretende es declarar precisamente dicho estado en forma legal. Por ejemplo, se deben regular los alimentos provisionales en prevención a que pudieran ser pedidos desaprensivamente o, a contrario sensu, cuando el presunto padre se niegue a proporcionarlos mientras dura el juicio. Entonces el juez los concederá o denegará según crea conveniente, atendiendo no solo a la necesidad que acredite el demandante, sino también a la verosimilitud de los hechos invocados y evolución probatoria del proceso.

SEGUNDA.- La protección del hijo demandado frente al progenitor que contradice o desconoce la filiación y que ostenta la patria potestad se centra tanto en su persona como en sus bienes, respecto a las medidas que el juez puede tomar en atención a la persona del hijo algunos autores apuntan entre otras la posibilidad de apartar al progenitor de la patria potestad a fin de evitar la posible sevicia o dejación de deberes que tan ostensiblemente pretende con su acción judicial de apartarse de la relación paterno-filial, así como también confiar la guarda y custodia del hijo discutido aún sin necesidad de suspender o variar el ejercicio de la patria potestad a otra persona distinta de la que aparece como progenitor, ya sea el otro

progenitor, un tercero o inclusive una institución idónea si las circunstancias del caso lo aconsejaran. Con relación a los bienes del hijo, parece que la medida más aconsejable sería la de confiar su administración al otro progenitor cuya filiación no se discute; estas medidas cautelares se reducen a la limitación del ejercicio de la patria potestad de aquél que impugna la filiación.

TERCERA.- El juez de lo familiar, debe hacer uso de las facultades que se le confieren para que una vez que sea reclamada judicialmente la filiación, pueda acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y en su caso adoptar las medidas de protección a que se refiere la conclusión anterior, mismas que tienen su razón de ser, porque en los procesos judiciales de contradicción de la paternidad, el hijo goza de una filiación y lo que se intenta en el procedimiento es precisamente deshacer su estado.

CUARTA.- Como el objetivo principal del reconocimiento es establecer la relación biológica entre padres e hijos, el ejercicio de la acción de contradicción otorgada al Ministerio Público debe limitarse exclusivamente a cuestionar el ejercicio de la patria potestad del reconociente hacia el reconocido, por lo que de ninguna manera y por ningún motivo debe cuestionar la relación biológica paterno filial, la que debe subsistir hasta en tanto no se presente alguna otra persona que ostente un mejor derecho y contradiga el reconocimiento.

QUINTA.- El reconocimiento paterno no debería probar la filiación absoluta porque al confesar su paternidad, el hombre afirma en definitiva la existencia de un hecho del cual no está absolutamente seguro, toda vez de que él únicamente puede presumir que el hijo que ha nacido de determinada mujer es suyo porque acepta haber tenido relaciones carnales con ella, más nos es la misma certeza que

existe sobre la maternidad, puesto que el hecho del parto, perceptible por los sentidos y la identidad del hijo, son fundamentales para determinarla.

SEXTA.- Es cierto que la realidad está impregnada de innumerables casos de hijos naturales, hoy llamados hijos nacidos fuera de matrimonio, y para ellos procede ordenar y reglamentar la protección mientras dure el procedimiento ya sea de investigación, contradicción o desconocimiento de la paternidad, desde la orientación y asesoramiento para dar a conocer los derechos de los menores, ayudarlos a ejercitarlos, conseguir el reconocimiento del hijo nacido fuera de matrimonio, por su padre biológico y hasta el aseguramiento de una pensión alimenticia suficiente para cubrir sus necesidades mientras el niño pueda ser dado en adopción.

SÉPTIMA.- Más importante que el derecho de los padres de reconocer o convivir con sus hijos, está el derecho del hijo a ser reconocido por sus padres, con todas las consecuencias legales a que hubiere lugar. El Estado no puede sancionar ningún medio para destruir ese derecho y por el contrario debe abrir al hijo y a sus progenitores, todas las vías legales para obtener el reconocimiento de su estado, pues el hijo tiene derecho a gozar de un estado civil.

OCTAVA.- En este sentido es importante cambiar la mentalidad de muchas madres que, ya sea por orgullo o por pasión, muchas veces le ocultan su embarazo al padre biológico de la criatura, quien vive en un pleno desconocimiento de la existencia del ser humano que ha generado. En efecto, muchos niños sufren por la ignorancia de sus padres, porque estos anteponen sus deseos a los derechos de aquellos decidiendo toda la vida de los niños.

NOVENA.- Los hijos nacidos fuera de matrimonio, son quizá, los niños más tristes, pues nacen marcados y señalados por nuestra cruel sociedad que al mismo tiempo alienta las relaciones extramatrimoniales argumentando evolución de los principios morales, pero no constituyen auténtica evolución familiar, sino una terrible degeneración porque los principios morales siempre serán únicos y deben estar presentes como base de toda sociedad civilizada.

BIBLIOGRAFIA

ALBADALEJO García, M. *Curso de Derecho Civil*. Editorial Porrúa. Barcelona, 1982.

ANTONIO, Daniel Hugo De. *Derecho de menores*. Editorial Astrea. 1986 Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina.

BEITZKE, G. *La condición jurídica del hijo natural en la República Federal Alemana*. En Cuadernos de Derecho Comparado, I. La Reforma del Derecho de familia. Salamanca 1977.

CASTAN, Tobeñas José. *Derecho civil español común y foral*, Tomo Quinto Derecho de familia. Vol. Segundo. Novena edición Reus, S.A., Madrid 1985.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Argentina. 1945.

COLL, Jorge Eduardo y ESTIVILL, Luis Alberto. *La adopción e instituciones análogas*. Buenos Aires, Argentina. 1947, número 147.

CORNEJO, Chávez Héctor. *Derecho familiar peruano*. Sociedad paterno Filial. Tomo II. Librería Studium Editores, Lima, Perú, 1982.

CHAVEZ Asencio, Manuel F. *La familia en el derecho*. Editorial Porrúa. Primera Edición. México, 1987.

DE PINA, Rafael. *Elementos de derecho civil mexicano*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.

DIEZ-PICAZO, I y GUILLON A. *Sistemas de derecho civil*. Vol. IV Segunda edición. Madrid, España. 1982.

ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Librería Garbier Hermanos. París 1976.

ESQUIVEL, Obregón Toribio. *Apuntes para la historia del derecho en México*. Tomo I. Los Orígenes. Editorial Polis. México.

Estudios jurídicos que en homenaje a Antonio De Ibarrola Aznar, presenta el colegio de profesores de derecho civil de la Universidad Nacional Autónoma de México, Estudio correspondiente a BARROSO Figueroa, José. Maternidad, paternidad y genética. Facultad de derecho de la UNAM. Primera edición, México, 1996.

GALINDO, GARFIAS IGNACIO. *Derecho civil.* Editorial Porrúa, séptima edición. México, 1985.

GARCIA-PELAYO, Y GROSS, Ramón. *Diccionario básico de la lengua española.* Ediciones Larousse, México, 1990.

GARCIA, Sánchez I. *La jurisprudencia ante los medios de prueba en la investigación de la paternidad en el derecho civil.* 1982.

GONZÁLEZ Juan Antonio. *Elementos de derecho civil.* Editorial Trillas. Séptima edición. México, 1990.

IBARROLA, Antonio De. *Derecho de familia.* Editorial Porrúa. México, Tercera Edición. 1984.

LACRUZ, Berdejo y SANCHO, Rebudilla F. *Elementos de derecho civil.* Tomo IV. Derecho de familia, Barcelona, España, 1982.

Le filiación, Traducción de Faustino Jiménez de Arnau y José Santacruz Tejeiro. Primera edición. Madrid, España, 1930.

MARTINEZ, CALCERRADA L. *El nuevo derecho de familia.* Tomo II, Régimen sobre Filiación y Sociedad de gananciales, Teoría, Normas y Práctica. Madrid, España, 1981.

MÉNDEZ, Costa Ma. Josefa. *La filiación.* Santa Fe, Argentina. 1986.

MONTERO, Duhalt Sara. *Derecho de familia.* Editorial Porrúa S.A., Quinta Edición. México, 1992.

Notas del II. Congreso mundial vasco. La filiación a finales del siglo xx: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Madrid, España. Trivium.

PEÑA, BERNALDO DE QUIROS, Manuel. *Antecedentes del código civil vigente.* En A.D.C., 1965.

- *El anteproyecto del código civil español (1882-1888). Centenario de la ley del notariado. Sección 4a. Fuentes y Bibliografía. V. I,* Madrid, España, 1965.

PÉREZ Y CASTAN, *Notas al derecho de familia del tratado de Ennéccerus, kipp, Wolf, T. IV, Vol. 2o.*

PUIG Y PEÑA, Federico. *Tratado de derecho civil español. Tomo II, Derecho de Familia, Vol. II Paternidad y Filiación.* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España.

PLANIOL, Marcel. *Tratado de derecho civil.* Editorial Cajica S.A., Puebla, México.

QUIROGA, Cubillas Héctor. *Procesos y medidas cautelares,* okey impresores, S. A. Segunda edición, 1991.

ROJINA, Villegas Rafael. *Compendio de derecho civil. Introducción, Personas y familia.* Vol. primero, trigésima edición, Editorial Porrúa. México, 1995.

RUGGIERO, Roberto De. *Instituciones de derecho civil. tomo II VOL. Segundo.* Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A. Madrid. Traducción de la 4a. Edición italiana por Ramón SERRANO Suñer Y José SANTA-CRUZ Tejeiro.

RIPPERT, GEORGES. Con su colaboración *tratado elemental de derecho civil.* Editorial Cajica Jr. Puebla, México, 1946.

RUIZ, Lugo Y GUILLEN, Mandujano. *Compilación de jurisprudencias y ejecutorias importantes en materia de familia 1917-1988.* Editorial Porrúa. México 1992.

SERNA, Meroño Encarnación. *La reforma de la filiación.* Editorial Montecorvo, S.A., Madrid 1985.

SÁNCHEZ, Medal Ramón. *El derecho de familia en México.* Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición. México 1991.

Seminario de derecho civil. Escuela Libre de Derecho. Ponente CHAVEZ; Asencio Manuel F. y GALINDO, Garfias Ignacio. México 1992.

SERRA, Dominguez Manuel y RAMOS, Méndez Francisco. *Las medidas cautelares en el proceso civil.* Industrias Gráficas M. Pereja. Barcelona, España, 1974.

SOUSTELLE, Jacques. *La vida cotidiana de los aztecas.* Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

ZANONI A. Eduardo. *Derecho de familia.* Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1978.

LEGISLACION

Las siete partidas, Glosadas por Gregorio LÓPEZ, T. II, año 1831. partida Cuarta. Título Quinto. Reimpreso en Perpiñan por D.J. Alzine.

Ley sobre relaciones familiares de 1917, Ediciones Andrade, México, 1964.

Código civil para el Distrito Federal de 1928 (VIGENTE DESDE 1932), Editorial Porrúa, Editorial Porrúa, México, 1996.

Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México, 1996.

HEMEROGRAFÍA

REARDON, David C. "El aborto en caso de violacion ", en *Inquietud Nueva, Revista Católica de Evangelización.* No. 71, sep-oct, bimestral, año XII. México, 1993.