

LA FILIACIÓN Y LA PATERNIDAD 255

1. La filiación de la persona. Familia y parentesco.
2. Las fuentes de la filiación. El hecho y su prueba.
3. El interés particular y el orden público.
4. Filiación, familiar y sociedad.
5. La solidaridad de la familia.
6. La prueba de la filiación que nace de matrimonio.
7. La filiación como fuente de poderes, deberes y facultades que atribuye la ley.
8. La “ilegitimidad” de la paternidad en la legislación civil mexicana. Evolución.
9. La situación jurídica que nace de la filiación.
10. La “filiación adoptiva”.
11. El derecho de las costumbres en Francia. El Código Napoleón y la jurisprudencia francesa.
12. La reforma del derecho de familia en Francia.
13. Los hijos nacidos de mujer casada: la presunción de paternidad del marido.
14. La paternidad responsable. La revisión de la preceptiva legal sobre filiación.

LA FILIACIÓN Y LA PATERNIDAD

SUMARIO: 1. La filiación de la persona. Familia y parentesco. 2. Las fuentes de la filiación. El hecho y su prueba. 3. El interés particular y el orden público. 4. Filiación, familia y sociedad. 5. La solidaridad de la familia. 6. La prueba de la filiación que nace de matrimonio. 7. La filiación como fuente de poderes, deberes y facultades que atribuye la ley. 8. La "ilegitimidad" de la paternidad en la legislación civil mexicana. Evolución. 9. La situación jurídica que nace de la filiación. 10. La "filiación adoptiva". 11. El derecho de las costumbres en Francia. El Código Napoleón y la jurisprudencia francesa. 12. La reforma del derecho de familia en Francia. 13. Los hijos nacidos de mujer casada: la presunción de paternidad del marido. 14. La paternidad responsable. La revisión de la preceptiva legal sobre filiación.

1. *La fijación de la persona. Familia y parentesco.* Las relaciones jurídicas derivadas de la paternidad y maternidad nacen respecto de determinadas personas (el padre y la madre respecto de su hijo), cuando la filiación de éste es conocida, conforme a derecho. Es la filiación el *presupuesto* jurídico necesario, la *conditio sine qua non* para conocer la situación jurídica en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es también el elemento previo indispensable para determinar el estado civil o de la familia de esa persona.

En este sentido, la filiación llamada natural, es la manifestación jurídica del hecho biológico de la procreación. De ella deriva el parentesco consanguíneo, punto de referencia para fijar un complejo de relaciones jurídicas con los miembros de la familia, que en su estructura sociojurídica es un conjunto de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etcétera.¹

¹ "El hijo natural tiene un *estado civil*, que constituye una *situación* jurídica de carácter permanente, de la cual derivan derechos y obligaciones ajenos a la capacidad del sujeto...

El estado de hijo natural, tiene una exteriorización que es el *título de estado*, tal documento fehaciente que acredita legalmente ese estado civil (Gatti). También se ha estimado que el título de estado es el *fundamento jurídico*. En este sentido, el reconocimiento como acto jurídico que constituye el estado, es le título fundamento. Lo mismo que lo sería la generación por los cónyuges para el estado de hijo legítimo o el matrimonio para el estado de cónyuge", Fernando Fueyo Laneri, *Derecho civil*, Santiago de Chile, Imprenta y Litografía Uribe, S. A., 1959, t. VI, La Familia, vol. 1, p. 435.

La filiación es consubstancial al concepto de “persona” en el sentido de que, siendo el estado civil uno de los atributos de ésta, toda persona debe conocer su propia filiación, porque éste necesariamente existe. La filiación materna, dato que por lo general fácilmente puede determinarse, puede no ser conocida en ciertos casos y en otros puede ocurrir lo mismo, respecto de la filiación paterna. Existen, pues, dos cuestiones íntimamente relacionadas en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho de la procreación y su prueba. En la filiación natural se encuentran comprendidas estas dos cuestiones: el hecho jurídico de la generación y el acto jurídico de su prueba.

Partiendo de estas ideas, desde el punto de vista jurídico la filiación es aquella especial situación en que se encuentra una persona dentro del grupo de la familia como hijo de otra.²

2. *Las fuentes de filiación. El hecho y su prueba.* Es necesario, sin embargo, hacer algunas oportunas consideraciones desde el punto de vista del derecho, en cuanto a la denotación técnica del vocablo “filiación”. En efecto, el hecho biogénico de la concepción, por su propia naturaleza, presupone el fenómeno de la fecundación que escapa a la posibilidad de la comprobación por medio de la prueba directa, en cuanto al momento en que aquel fenómeno se produce y en lo que atañe al autor de la fecundación que va a producir el nacimiento. Ese hecho o mejor, de esa concatenación de hechos (cópula carnal entre un varón y una mujer, fecundación, concepción, gestación y nacimiento) es un fenómeno de la naturaleza por sí mismo complejo. En lo que se refiere a la prueba de la filiación materna, el nacimiento proporciona la prueba inmediata de la maternidad. El derecho, para poder establecer la situación jurídica derivada de la filiación, no puede, por lo que se refiere a la paternidad, sino recurrir a la prueba de presunciones y con no poca frecuencia a la prueba indiciaria.

Ahora bien, el concepto de “filiación”, punto de partida del parentesco consanguíneo en línea ascendente y base también del parentesco en la línea colateral, tiene en derecho una acepción restringida al vínculo jurídico que existe entre el padre o la madre y su hijo, para derivar en ella un conjunto de poderes, deberes, cargas, obligaciones y derechos entre los sujetos de esa relación. En otras palabras, se refiere concretamente al nexo jurídico de la paternidad y la maternidad.³

² *Op. cit.*, vol. III, núms. 697 y 698, pp. 303 y 304.

³ “Tomada en el sentido material del término, es la descendencia en línea directa; comprende toda la serie de intermediarios que vinculan a una persona con un antepasado, por más alejado que éste sea; pero en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estrecho y significa exclusivamente la *relación inmediata del padre o la madre con el hijo*. La relación de filiación toma los nombres de paternidad y maternidad según se la mire del lado del padre o de la madre.

Al respecto se distingue⁴ entre la filiación que surge del proceso natural de la concepción (y gestación de la vida humana en el seno de la madre, que transcurre entre el momento de la fecundación del óvulo y el nacimiento) y del concepto jurídico de la filiación que es una construcción del derecho, a través de la cual nos permite atribuir a los sujetos de la relación así creada, un conjunto de facultades, deberes, prohibiciones, obligaciones, etcétera.

En tanto el hecho jurídico de la procreación se impone necesariamente a la dogmática de la filiación, ésta denota exclusivamente una vinculación jurídica, que puede tomar su origen en la consanguinidad (filiación biológica) o en una declaración de voluntad (adopción), susceptible de adscribir o no al adoptado, a la familia del adoptante, según que un determinado ordenamiento acepte la adopción plena o la semiplena.

3. *El interés particular y el orden público.* Si bien la filiación, como se ha dicho, tiene como base un hecho de la naturaleza, su estructura jurídica lleva implícitas consecuencias de orden social que trascienden al interés de los sujetos de esa relación. Esto explica que las cuestiones relativas al estado civil (estado de familia) sean de orden público. No obstante, el derecho atribuye el ejercicio de las acciones de estado civil a los particulares para establecer la filiación de una persona; pero, por otra parte, la sistemática probatoria que consagra el Código Civil para establecer en forma cierta y segura la filiación, debe ser ponderada en su justa extensión, puesto que la sentencia que establezca la filiación incide directamente sobre su estado civil y produce efectos aun frente a aquellos que no fueron parte en el juicio correspondiente. Estas razones justifican la procedencia de la acción de investigación de la paternidad y de la maternidad con el menor número de restricciones posible dentro de los límites que impidan abuso y que pudiera distorsionar sus fines éticos y sociales.

4. *La filiación, familia y sociedad.* Si en la filiación existe un interés individual de la persona de cuya filiación se trata, hay también interés público que concurre con el interés individual o en concretar en determinadas personas (los padres) la posibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de los deberes, obligaciones y cargas que surgen a su cargo, luego de considerar la filiación.

Si tratáramos de expresar en forma esquemática de qué manera la

La filiación puede definirse entonces como la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra", Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil, Según el tratado de Planiol*, trad. al español de Deha Gorin Daireaux, La Ley, Buenos Aires, s/f., t. II, vol. I. (El estado de las personas), p. 465.

⁴ Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. del doctor Mario Díaz Cruz, La Habana, Cuba, 1946, t. II, La Familia, núm. 711, p. 559.

estructura y funcionamiento de la familia se encuentra vinculada a la filiación, podríamos decir que la institución de la familia descansa en el orden jurídico en el matrimonio (o en el concubinato), la filiación y la patria potestad.

En tanto estos tres factores sociojurídicos se desarrollan en cada grupo familiar y de manera coordinada, la familia adquiere estabilidad y solidez, y cumple en forma adecuada la función social que le corresponde: la ayuda recíproca, inmediata entre sus miembros.

En tanto estos tres factores sociojurídicos se desarrollan en cada grupo familiar y en manera coordinada, la familia adquiere estabilidad y solidez, y cumple en forma adecuada la función social que le corresponde: la ayuda recíproca, inmediata entre sus miembros.

Leclecq, al respecto, se expresa así:

La familia es una institución natural; nace espontáneamente donde quiera que haya hombres, no espera para aparecer a que el Estado le asigne un estado jurídico. En la mayoría de las sociedades la familia *existe sin intervención del Estado* y se rige por costumbres tradicionales. Sin embargo, la unión de los sexos y la procreación pueden darse en condiciones contrarias a las exigencias de la naturaleza humana. De allí la distinción entre el matrimonio, unión legítima conforme a las exigencias de la naturaleza y la unión ilegítima...

Viviendo el hombre en una sociedad, la distinción entre el matrimonio, base de la familia y la unión ilegítima, requiere la *intervención de la sociedad*...

Esta intervención de la colectividad no crea, sin embargo, el matrimonio ni la familia; se limita a reconocerlos. La familia es una institución natural que se impone a la colectividad, no sólo de hecho, sino también de *derecho*.⁵

5. *La solidaridad de la familia.* La convivencia humana encuentra en la familia el núcleo social primero que no se agota en sí mismo; proyecta sus efectos en el orden social y político. Empero, la familia proporciona a sus miembros la posibilidad de establecer entre sí una relación con fuerte contenido ético y afectivo que el derecho no puede desconocer y que se proyecta en lo social, como eficaz vínculo para propiciar una vinculación de solidaridad humana. Las relaciones jurídico-familiares se caracterizan por un sentido de aceptación espontánea de subordinación al interés colectivo del grupo. Tal subordinación obedece a la convicción que nace entre los miembros de la familia. Debe existir una coordinación entre el interés particular y el interés del grupo, para lograr los fines individuales de sus integrantes. De ahí que las normas jurídicas, que exigen una determinada conducta a sus miembros, sean propiamente deberes y no obligaciones, se entienden como facultades, mejor que como derechos subjetivos. Me parece que este aspecto sobre el fundamento de las relaciones jurídicas que se presentan en la familia explica por qué el estatuto de ella no es impuesto

⁵ Leclercq, Jacques, *La familia*, Barcelona, 1952, p. 32.

por el Estado, sino que se impone a él.⁶ No es la importancia: es presunción de paternidad del marido respecto de los hijos que ha dado a luz una mujer casada, dentro de cierto periodo que la ley establece.

Pero esta utilísima función probatoria, que desde luego debe seguir manteniéndose firmemente, no justifica que se regule en capítulos separados las consecuencias derivadas de un solo hecho jurídico, a saber: la procreación, que debe producir las mismas consecuencias jurídicas respecto de los hijos, aunque hayan sido concebidos fuera de matrimonio.

6. *La prueba de la filiación que nace de matrimonio.* En este respecto ya se dijo que el concepto jurídico filiación (como hecho natural) se relaciona primordialmente con el hecho biológico de la generación aunque, como construcción jurídica, el concepto de la filiación puede no encontrar una correspondencia puntual exacta con la paternidad biológica. Así ocurre en la filiación adoptiva de la que toma nacimiento el parentesco civil. De la misma manera, la inseminación artificial da lugar a la filiación de hijo de matrimonio, si tal procedimiento artificial se realizó con semen de quien no es el marido, pero con el consentimiento de éste. En ambos casos la relación biológica entre quienes son el padre y la madre verdaderos, y la relación de filiación, no existe, lo cual no impide que surja la filiación con todas sus consecuencias jurídicas.⁷

No obstante que pueden presentarse estas situaciones, que podríamos llamar actualmente de excepción, la normativa jurídica se ocupa del tratamiento de los casos que, por generalidad, sirven de base a sus disposiciones sin descuidar, claro está, a través de la técnica jurídica, la disciplina aplicable a los casos de excepción, siempre de una manera congruente con el principio en que descansa el tratamiento jurídico de la filiación.

⁶ Aunque la familia se haya iniciado como un fenómeno biológico, como una unidad reproductora de los primates, ha venido a ser un *fenómeno social* algo más comparable a unidades tales como una orden monástica o un gremio de artesanos, que a su propio antecesor remoto. Aunque los factores biológicos que dieron origen a la familia humana persisten en su funcionamiento, su influencia sobre las familias como instituciones sociales, está a la par con las que pueden tener las cualidades innatas de determinadas familias.

⁷ El problema jurídico de la inseminación artificial, en el caso del matrimonio, pone en cuestión, en nuestros días, el principio de otorgar la acción de desconocimiento de la paternidad del marido en el caso en que le haya sido físicamente imposible tener acceso carnal con su esposa dentro de los 120 días de los 300 que ha precedido al parto, aunque en verdad por otra parte que en las legislaciones modernas se ha mantenido incólume este principio, porque en todo caso la mujer casada que ha dado a luz a un hijo concebido en esta manera debe probar, para desaparecer la presunción de paternidad del marido, que éste ha dado su consentimiento para que la concepción haya tenido lugar en esa manera.

En efecto, las normas relativas a la filiación encuentran su razón de ser o mejor, tienen como finalidad atribuir un conjunto de deberes, facultades y responsabilidades inherentes a la patria potestad.

7. *La filiación como fuente de poderes, deberes y facultades que atribuye la ley.* De allí que la paternidad y la maternidad biológicas en el caso de la adopción plena y la paternidad conforme a *natura*, si se trata de la inseminación artificial, no constituye ciertamente un presupuesto necesario en el establecimiento de la filiación, que mira a la protección del ser humano en los primeros años de su vida, a través del ejercicio de la patria potestad. Estos deberes y facultades sólo pueden ser individualizados a través de la filiación.

Filiación, patria potestad y responsabilidad, son tres elementos en los que descansan los dispositivos jurídicos que establecen la disciplina aplicable a la filiación.

Dicho lo anterior, la filiación es el medio o instrumento jurídico de cuya existencia depende la atribución de la responsabilidad del padre y de la madre y que permite a la familia el cumplimiento de su función protectora de la prole. El derecho, en casos especiales, prescinde del fenómeno natural biogenético, para lograr las finalidades de seguridad y protección asignada de la persona que forma parte de ese grupo primario.

8. *La "ilegitimidad" de la paternidad en la legislación civil mexicana. Evolución.* La tendencia que ya apunta el Código Civil de 1928, prescindiendo de la distinción entre filiación legítima y filiación natural, no justifica la subsistencia de la de "legitimación" por subsecuente matrimonio que, sin embargo, subsiste en el Código Civil vigente.

Prescindir, en el orden legislativo de la legitimación, no es contrario al interés de la familia constituida por matrimonio, primero porque a la familia no puede atribuírsele interés alguno en la medida en que no lo tiene el grupo de parientes que la forma. En segundo lugar, porque el interés existe en el grupo social, es de interés público; que mientras los hijos sean menores de edad gocen de la protección y ayuda que exige el desarrollo de su persona en el seno de la familia a la que pertenecen por el solo hecho de su procedencia biológica atribuible, por medio de la filiación, a su padre y a su madre.

Y este deber social de protección y ayuda hacia la prole existe; es independiente de que el hijo se haya concebido por un hombre y una mujer unidos por matrimonio, que vivan en concubinato o de una relación carnal eventual.

Desde este punto de vista, la legitimación no debe influir o modificar la sujeción al cumplimiento de los deberes de la paternidad. Es decir, el matrimonio no es la prueba idónea de la paternidad del ma-

rido, respecto del hijo que la mujer ha concebido y ha nacido antes de la celebración de éste, sino el reconocimiento (tácito o expreso) que ha hecho el marido de la paternidad de aquel hijo. Parece repugnar al buen sentido el predicar “legitimidad” o “ilegitimidad” a un hecho de la naturaleza: el nacimiento de una persona.

Las normas jurídicas que estructuran y organizan a la familia presentan dos aspectos de naturaleza distinta: las que se refieren a los deberes entre los cónyuges (eventualmente entre concubinos) y las que atañen a los deberes entre los progenitores y los hijos. La distinción entre estos dos tipos de relaciones se manifiesta en el caso del divorcio en el cual pueden quedar subsistentes las obligaciones y derechos de la patria potestad aun después de que se ha disuelto el matrimonio y en el caso de la filiación extramatrimonial, en la que las relaciones paterno-filiales surgen y subsisten sin ninguna dependencia de la existencia del vínculo matrimonial entre el padre y la madre.

Por razón de esa misma complejidad, debe establecerse una separación entre las relaciones jurídicas conyugales y las relaciones jurídicas paterno-filiales; por lo que se refiere al aspecto jurídico a la naturaleza diversa de las normativas jurídicas que deben regir a una y otra relación, sin dejar de reconocer que la estabilidad de la familia y el sano funcionamiento de las relaciones conyugales y del ejercicio de la patria potestad se complementan en una interdependencia. Por ello, el derecho objetivo protege y propicia la concurrencia de esos dos elementos en la organización de la familia.

9. *La situación jurídica que nace de la filiación.* A la vez que el interés de los cónyuges se encuentra protegido por el derecho, el interés de los hijos lo requiere con mayor exigencia y con total independencia de que el grupo familiar se haya constituido por matrimonio o sin la celebración de ese acto jurídico. Una concepción de familia que se llama filocétrica, ha llegado a concebir en la legislación sólo un objeto: el bien de los hijos.⁸

Teniendo en cuenta esta doble perspectiva, fundamental en el derecho de familia, puede entenderse sin mayor dificultad que el estado de matrimonio se funda en la declaración de voluntad de los contrayentes que expresan su consentimiento en el *acto* de la celebración para constituir un modo permanente de vida en común (*consortium omnes vitae*) del que deriva un conjunto de deberes y facultades jurídicas recíprocos que surgen entre los cónyuges; mientras que la situación jurídica que nace de la filiación (en su aspecto natural) se funda en el *hecho jurídico* de la procreación, sin desconocer la posibilidad

⁸ Merla, Giovanni, “Biología e costituzioni nella famiglia”, en *Tema de diritto de famiglia*, Padova, 1967, p. 67.

de que surjan esas mismas relaciones del acto jurídico de la adopción, que puede o no producir los mismos efectos de la filiación, según se trate de adopción plena o semiplena.⁹

10. La “filiación adoptiva”. Haremos en seguida un comentario sobre la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio y particularmente en lo que atañe al ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, considerando la posición que ha adoptado el Código Civil vigente en el Distrito Federal.

En la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, se declara el propósito del legislador que para “borrar la ociosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio se procuró que unos y otros gozaran de los mismos derechos” y agrega que:

Es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres que sean privados de las seguridades y derecho únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo que ninguna culpa tienen... porque los hijos tienen derecho de saber quiénes los trajeron a la vida, de saber que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir... Se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución.

En aplicación de esas ideas, el Código Civil de 1928 modificó certeramente la posición adoptada por la Ley de Relaciones Familiares (artículo 187) y el Código Civil de 1884 (artículo 334), conforme a los cuales quedaba prohibida la investigación de la paternidad, excepto en el caso de raptó, si la época de la concepción coincidía con la del delito. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley de Relaciones Familiares:

El hijo que se encuentre en posesión de hijo de estado matrimonial de un hombre y una mujer, puede obtener el reconocimiento de aquél o de éste o de ambos, siempre que la persona cuya paternidad se reclama no esté ligada con vínculo matrimonial al tiempo en que se haga el reconocimiento, salvo el caso en que el padre o la madre se haya casado y el hijo quiera que se le reconozca para quedar legitimado.

Como puede observarse, en tanto que en el Código Civil de 1884 la prohibición de la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio era ciertamente absoluta, la Ley de Relaciones Familiares dio un paso adelante, permitiendo el ejercicio de la acción para obtener del presunto padre el reconocimiento que se decía “forzoso”, pero sólo en el caso de que se encontrare en posesión

⁹ Parece inadecuada, por lo tanto, la denominación de “filiación adoptiva” que se presta a identificar en todo caso una y otra figura jurídica. El vocablo “adopción” me parece claro y preciso para no requerir el uso de cualquier otro.

de estado de hijo del demandado. La ley confería también esta acción, para obtener la legitimación en el caso de subsiguiente matrimonio de la madre y del pretendido padre, que entonces no se operaba como efecto inmediato del ulterior matrimonio de sus padres. En ambos casos la sentencia se funda en el reconocimiento tácito del presunto padre.

Ciertamente, el legislador de 1928, inspirándose en la evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial francesa, decidió romper con aquella situación del hijo nacido fuera de matrimonio, quien quedaba sólo previsto de acción para obtener una sentencia judicial declarativa de su filiación si era el fruto del delito de raptó.

La posición del Código Civil del Distrito Federal introduce, al respecto, un cambio radical, permitiendo la investigación de la paternidad fuera del caso en que el hijo se encontrara en posesión de estado de hijo del presunto padre. El artículo 382 del Código Civil establece en favor del hijo nacido fuera del matrimonio la posibilidad de intentar una acción judicial de investigación de la paternidad a fin de obtener una sentencia que declare cuál es su filiación paterna, independientemente de que el padre quiera o no reconocerlo como hijo suyo.

Sin embargo, dicho precepto legal, que ha estado vigente durante cincuenta años, establece dicha acción en forma limitada, fijando taxativamente en las cuatro fracciones de que consta el artículo, los únicos casos en que procede el ejercicio de la indagación judicial de la paternidad, a saber: I. En la hipótesis de raptó, estupro o violación, si la época del delito coincide con la de la concepción; II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre; III. Cuando la concepción tuvo lugar cuando su madre hacía vida marital con quien se presume ser su padre, y IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Ciertamente, este precepto legal coloca a los hijos extramatrimoniales en una mejor posición que aquella en que se encontraba durante la vigencia de la Ley de Relaciones Familiares y, desde luego, de la que tenía bajo el régimen del Código Civil de 1884. Con ello, el legislador de 1928 siguió la corriente ya iniciada, como se dijo, en la Ley de Relaciones Familiares, para tratar de “borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio” procurando así la igualdad de derechos entre unos y otros.

Si este loable propósito fue logrado plenamente por el legislador de 1928, es una cuestión que ahora no parece cierta.

En efecto, restringir el ejercicio de la acción de investigación de paternidad a los cuatro casos señalados taxativamente en el precepto

que se comenta, resulta, hoy por hoy, inaceptable, porque no quedan comprendidas en este sistema otras hipótesis en que existiendo serias posibilidades, grave verosimilitud de la paternidad, el presunto hijo carece de la acción correspondiente para establecer su filiación; como ocurre, por ejemplo, en el caso de que el presunto padre obtenga por algún medio (seducción o engaño) el consentimiento de la madre para tener (aunque no vivan maritalmente) relaciones sexuales, si durante ellas se produjera la concepción. Si dicha mujer es mayor de 18 años no se tipificaría el delito de estupro y, por lo tanto, no procedería la investigación de la paternidad, a pesar de que hubiera sido engañada o seducida, como por ejemplo en el caso de la ruptura de una promesa de matrimonio o de abuso de autoridad. Consideremos también el caso en que aun no existiendo seducción o engaño se produjo la concepción por la libre voluntad del padre y de la madre. Desde el punto de vista de la protección del interés del hijo extramatrimonial ¿qué mejor que la concepción haya tenido lugar prestando libremente, en forma espontánea, su consentimiento ambos progenitores?

11. *El derecho de las costumbres en Francia. El Código Napoleón y la jurisprudencia francesa.* El cambio o modificación legislativa con respecto a la investigación de la paternidad, que se inicia en nuestro país con la Ley de Relaciones Familiares y posteriormente continúa en el texto del artículo 382 del Código Civil vigente, es una consecuencia de la evolución legislativa doctrinal y jurisprudencial sobre la protección de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Es por lo tanto conveniente analizar aun brevemente dicha corriente legislativa, particularmente en Francia.

La ley de 12 brumario, año II, excluyó la posibilidad de investigar judicialmente la filiación de los hijos naturales y admitió, como único medio para establecer filiación de ellos, el reconocimiento que hiciera un padre de un hijo por medio de un acto auténtico.

La jurisprudencia francesa en el siglo XIX y hasta la primera década del XX aplicó aquel principio restrictivo, excluyendo toda posibilidad de la investigación de la paternidad, excepto en los casos de seducción y de violación.

El derecho antiguo francés, sin embargo, de esta posición de extrema severidad, reconocía, de acuerdo con las costumbres, ciertos derechos a los hijos bastardos, que aunque no reconocidos formalmente, gozaran de una aceptación pública de su bastardía, en el grupo social y entre el círculo de parientes. Esto les permitía el derecho a participar en la herencia de quien los había engendrado. Eran efectos puramente económicos.

El artículo 340 del Código Napoleón proclamaba las sucesivas reformas introducidas: “queda prohibida la investigación de la paternidad. En el caso de raptó podrá ser declarada la paternidad del raptor, si la época de la concepción coincide con la del delito”. (El principio consignado en el Código Civil francés fue acogido en nuestro Código Civil de 1870 y 1884.)

Las razones por las cuales en el derecho francés de las costumbres y en la legislación revolucionaria se veía con disfavor la investigación de la paternidad, eran, como lo expresó el abogado general de Grenoble en 1770, en el dictamen que rindió, “el temor al escándalo y la dificultad para conocer con grandes posibilidades de certeza, la existencia real del vínculo de consanguinidad que pudiera haber entre el padre y su hijo”.¹⁰ No se debe en ninguna manera dejar pasar por alto que en la ley de 12 brumario y en la legislación revolucionaria se consideraba que, con el otorgamiento al hijo natural de ciertos derechos pecuniarios para participar en la herencia de su padre, si lo había aceptado públicamente como tal, quedaba satisfecho su interés particular.

Por otra parte, a partir del año de 1793, por un decreto de 16 de julio, la madre soltera y los hijos que había dado a luz, tenían derecho a percibir ciertos auxilios pecuniarios que otorgaba el poder público en su favor.¹¹

El artículo 340 del Código de los franceses en su redacción primitiva, durante el siglo XIX, mereció vivas críticas de la doctrina y la reforma de que fue objeto por decreto de 16 de noviembre de 1912; no hizo sino recoger en gran parte la posición de la jurisprudencia de los tribunales, mediante la aplicación extensiva de ese dispositivo legal para lograr una mejor protección de los hijos habidos fuera de matrimonio; contrariando así el texto prohibitivo expreso y terminante del mencionado precepto; pero atendiendo con un sentido de justicia a los requerimientos que fue imponiendo la realidad de la vida y acogiendo los precedentes consuetudinarios que contrariaba el Código Civil.

En efecto, la jurisprudencia francesa, acudiendo en auxilio de las madres solteras y de los hijos abandonados, invocó el artículo 1382 del Código Napoleón para conceder a éstas una acción de reparación de los daños que en su perjuicio le causaba el abandono del presunto padre, si éste se negaba a aceptar las consecuencias económicamente lesivas de su conducta ilícita, en perjuicio de la madre. Aun cuando

¹⁰ Morandiere León, Julliot de la, *Précis de droit civil*, París, Librerie Dalloz, 1947, p. 298.

¹¹ Carbonier, Jean, *Droit civil*, París, t. I, Presses Universitaires de France, 1955, p. 525 (hay traducción al español).

estas reclamaciones no tenían como finalidad directa el pronunciamiento de una sentencia declarativa de la filiación, los jueces encontraron el camino de la reparación del daño por culpa probada, para dictar sentencias condenatorias contra el autor de esa conducta ilícita.

Los tribunales franceses no se detuvieron allí para eludir la severidad de la norma prohibitiva contenida en el artículo 340. En otras sentencias recurren a la interpretación extensiva del propio artículo 340, cuando de la dolosa seducción o empleo de la violencia en el acto sexual, resulta el embarazo de la mujer. Amplía así la hipótesis expresamente establecida en esa disposición legal, para acoger la acción de investigación de la paternidad aunque no hubiera habido raptó. En algunos otros litigios, si había un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones graves derivadas de hechos ciertos, tales como el pago de los gastos de manutención del presunto hijo, la sentencia pronunciada sostuvo que un deber que originalmente nacía como un deber natural, se transformaba en una obligación civil, por razón de su ejecución espontánea y reiterada.

Las tesis sustentadas por los tribunales franceses en los casos de investigación de la paternidad durante la vigencia del artículo 340 en su redacción primitiva podría decirse revolucionaria, porque anticipó el derecho de 16 de noviembre de 1912 que reformó aquel precepto. En mi opinión, esas sentencias no tenían nada de revolucionario: a través de la técnica jurídica volvieron a la vista a principios de justicia y equidad que el derecho consuetudinario francés había establecido y que el Código Civil de 1804 trató de borrar legislativamente.

12. *La reforma del derecho de familia en Francia.* La ley de 16 de noviembre de 1912, recogiendo el criterio jurisprudencial, admitió la investigación de la paternidad en los casos: a) de raptó y violación; b) por ruptura de la promesa de matrimonio o de esponsales si se podía fundar en un principio de prueba por escrito; c) por confesión inequívoca de paternidad, en escrito privado; d) cuando el padre durante la época de la concepción vivía en concubinato notorio con la madre, y e) cuando el presunto padre hubiere proveído y participado en la educación del hijo ostentándose como padre del mismo.

Por lo demás, el Código Civil español de 1895 y el Código Civil alemán de 1900 ya permitían la investigación de la paternidad si el presunto padre y la presunta madre vivían maritalmente durante la época de la concepción. Disposiciones semejantes fueron promulgadas en Bélgica, Suiza y Holanda.¹²

¹² Josserand, Luis, *Derecho civil*, tomo I, vol. II, La Familia, Traducción al español de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Ed. Bosch y Cía. Editores, 1950, núm. 1217, p. 369.

La ley de 1912 no ha borrado completamente la situación anterior. No ha abolido la regla que prohíbe la investigación de la paternidad. Se ha limitado a introducir varias e importantes derogaciones al principio, pero la base no ha cambiado. La ley de 1912 es de interpretación restrictiva.¹³

La corriente extensiva para permitir cada vez en mayor número de casos la investigación de la paternidad, no se ha detenido. En efecto, por decreto de 16 de julio de 1955, se adicionó ese precepto legal con una fracción para permitir la investigación de la paternidad en el caso de seducción realizada por medio de maniobras dolosas o abuso de autoridad. Permitió la admisión del examen de sangre, ofrecido por el presunto padre demandado, para probar la no paternidad.

Nuevamente, por decreto de 8 de enero de 1972 y con el propósito de establecer la igualdad entre los hijos nacidos de matrimonio y los nacidos fuera de él, se ha iniciado una verdadera restructuración del título v del libro I del Código Civil, empezando por introducir un capítulo dedicado a las "disposiciones comunes a la filiación legítima y a la filiación natural", y los dos siguientes capítulos se dedican respectivamente a las disposiciones particulares, a estas dos especies de filiación, además de modificar algunos preceptos relativos a las donaciones.

No puede negarse la seriedad del esfuerzo que preside esta apreciable obra de revisión de la original estructura del Código Civil de Napoleón modificada varias veces en el curso de los años, aunque en forma fragmentaria, por la intervención legislativa y en parte prácticamente desautorizada (y a veces contradicha) por las decisiones jurisprudenciales, cada vez más liberales. Pero en todo caso, cediendo a las fuertes presiones morales ejercidas, esa jurisprudencia excedía en mucho al marco legislativo, lo cual provocó la reforma sobre filiación en Francia que tiene como finalidad indudable la afirmación y aplicación de los dos principios fundamentales que la inspiran: el de igualdad y el de veracidad.¹⁴

Aparte de abolir la distinción entre la filiación legítima y la filiación natural, la reforma concede al hijo natural en general los mismos derechos y los mismos deberes que el hijo legítimo tiene en sus relaciones con su padre y con su madre.

La distinción se explica únicamente por cuanto al régimen particular de la prueba de la filiación extramatrimonial. Se concede, sin embargo, una mejor situación del hijo adulterino en la sucesión del padre, si concurre con la cónyuge o con los hijos legítimos del *de cujus*.

La reforma al artículo 334 establece el ingreso del hijo natural en la familia de su padre, con una vocación sucesoria recíproca entre ascendientes, descendientes, colaterales (privilegiados y ordinarios) y parientes, tanto de la familia materna como de la familia legítima.

¹³ Aubry et Rau, 5ª ed. por Bartin, t. IX, núm. 569, nota 4.

¹⁴ Russo, Luigi, y Majillo, Ugo, "La riforma del regime della filiazione en el diritto francese", *Rivista di diritto civile*, anno XX, núm. 2, marzo-aprile, 1974, pp. 123 y ss.

Russo y Majillo comentan esta importante reforma en materia de filiación extramatrimonial, después de apuntar que la ley de 3 de enero de 1972 ha sufrido fuertes críticas de parte de quienes, como Mazeaud, han visto en ella una intolerable ofensa al derecho y a la moral. Dicen:

El permitir el ingreso al hijo natural a la familia del padre, responde a un cambio radical en el tradicional sistema francés que merece un detenido examen, no sólo por sus consecuencias patrimoniales sino, sobre todo, teniendo en cuenta consideraciones de carácter moral y social. No se ve sin embargo ningún válido motivo para continuar excluyendo al hijo natural del círculo de efectos familiares que particularmente cuando falta uno de los progenitores asume una importancia determinante en la formación espiritual del hijo.¹⁵

Estos autores concluyen reconociendo que la reforma francesa de 1972, además de que representa una trascendental evolución en el derecho de familia, es un insoslayable punto de comparación en todo intento de reforma legislativa en materia de filiación.

La explicación anterior tiene por objeto ofrecer una información, siquiera general, para ponderar la necesidad de una reforma al artículo 382 del Código Civil del Distrito Federal, atendiendo a la corriente del pensamiento jurídico y al régimen legislativo sobre esa materia, en la actualidad.

Debe reconocerse el mérito del legislador mexicano, no sólo por haber introducido la disposición contenida en el artículo 382 del Código Civil vigente, sino porque se adelantó en algunos aspectos a la situación que hace cincuenta años contemplaban la doctrina y la jurisprudencia francesas y los dispositivos del Código Civil alemán de 1900.

13. *Los hijos nacidos de mujer casada: la presunción de paternidad del marido.* En cuanto a los hijos nacidos de matrimonio, la doctrina y la jurisprudencia extranjera —y que por otra parte el Código Civil del Distrito Federal acoge— es en el sentido de equiparar a ellos, la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio. No se puede dejar de reconocer, por lo que se refiere a la prueba de la filiación de los hijos extramatrimoniales, que el principio *pater est quem nuptiae demonstrant* no tiene aplicación o, cuando menos, no la tiene en todos los casos.

Es sabido que este principio rige actualmente respecto de los hijos nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días contados a partir del momento en que se interrumpió la cohabitación entre los cónyuges. En cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, esta presunción sólo tiene fuerza en el caso de concubinato.

En mi opinión, el principio *pater est* también debería ser aplica-

¹⁵ *Op. cit.*, p. 127.

ble, respecto de los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio, independientemente de que hayan transcurrido ciento ochenta días posteriores a ese acto e independientemente, también, de que el marido de la madre concurra al levantamiento del acta de nacimiento del presunto hijo. Excepto el caso de que el embarazo de la madre le haya sido ocultado al marido, debe presumirse razonablemente el propósito de los contrayentes en obtener así la “legitimación” del hijo concebido antes de la celebración del matrimonio.

Por otra parte, si el nacimiento de ese hijo ocurre dentro de la existencia del matrimonio, aunque no hayan transcurrido ciento ochenta días de su celebración y tal hijo ha sido reconocido tácitamente por el marido al acogerlo en tal condición, no parece corresponder a la realidad exigir que el marido concurra al levantamiento del acta de nacimiento o lo reconozca expresamente, para declarar que ese hijo es de matrimonio.

La corriente acogida por la jurisprudencia francesa admite la posibilidad del ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, si de la conducta observada por el presunto padre respecto del hijo que se le atribuye, se desprende de manera inequívoca que es ciertamente su progenitor.

El marido a quien se atribuye la paternidad del hijo que nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio puede ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad, si se cumplen los supuestos establecidos en el artículo 326 *in fine*, o sea que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que dentro de los diez meses que precedieron al nacimiento fue físicamente imposible el acceso carnal con la madre de su presunto hijo.

14. *La paternidad responsable. La revisión de la preceptiva legal sobre filiación.* Tomando en cuenta lo expuesto, una revisión del Código Civil en materia de filiación podría presentarse así:

El título séptimo conservaría el rubro “De la paternidad y la filiación”. Un primer capítulo tendría el rubro “De la paternidad”. El capítulo segundo se denominaría “De la filiación consanguínea”. El capítulo tercero “De las acciones sobre paternidad”.

El capítulo primero que propongo comprende la preceptiva siguiente:

“Artículo . . .—La paternidad atribuye a los progenitores los mismos deberes y los poderes respecto de la persona y los bienes del hijo cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio.”

En esta manera se incluye en la legislación civil la declaración de enero de 1967 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organiza-

ción de las Naciones Unidas que dispone: “Que cada persona, establecida su filiación, goza del mismo *status* que las leyes confieren a los nacidos de matrimonio.” En el artículo siguiente se transcribe a la letra el segundo párrafo del artículo 162 del Código Civil vigente que encontrará debida ubicación en el título relativo a la filiación porque no parece adecuado que se incluya —como aparece en el Código vigente— en el capítulo tercero del título quinto, relativo a la disciplina jurídica del matrimonio.

Dicho precepto establecerá: “Artículo . . .—Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento del nacimiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido en común acuerdo por los cónyuges.”

El siguiente precepto legal se referirá a los deberes que impone la paternidad para precisar, en lo posible, desde el punto de vista legislativo, los derechos de los hijos en las relaciones paterno-filiales y el contenido y extensión de la responsabilidad que dentro de la familia y en el seno de la sociedad se origina la procreación. Responsabilidad que no debe circunscribirse a la sola decisión sobre el número y el espaciamiento del nacimiento de los hijos, sino en manera especial, a los deberes del padre y de la madre frente al hijo que han procreado.

Se sugiere la inclusión del siguiente dispositivo:

Artículo . . .—Los padres tienen el deber de proporcionar a los hijos: a) un ambiente familiar y social propicio para lograr en condiciones normales el desarrollo espiritual y físico de estos; b) una educación necesaria para que adquieran cabal integración en el medio social a fin de lograr una mejor convivencia humana, la dignidad de la persona y la integridad de la familia junto con la convicción del interés general de la sociedad en la estabilidad de ésta, así como la fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres para evitar los privilegios de sectas, razas, sexos o individuos; c) el ejemplo de una conducta en el seno de la familia y en la sociedad de que coadyuve a realizar las finalidades que persigue el cumplimiento de los deberes derivados de la paternidad; d) los alimentos que el hijo requiera y que deben proporcionar según dispone el capítulo . . . de este Código, y e) una familia estable y solidaria, en manera que constituya un medio adecuado para el desarrollo del afecto y atenciones que requiere el desenvolvimiento de la personalidad del hijo.

En este precepto, además de que se enuncian los deberes derivados de la paternidad, se pretende dar una connotación adecuada a lo que se ha venido llamando “paternidad responsable”, que comprende el cumplimiento de los deberes de los progenitores para educar y cuidar a los hijos. Así, se vincula a los padres con el cumplimiento de la función educativa que el artículo 3º de la Constitución Política de la República impone en el aspecto escolar; pero que en el Código Civil debe encomendarse también al núcleo familiar.

El capítulo segundo estará dedicado a ordenar y organizar la prueba de la filiación a través del reconocimiento, independientemente de aquellos otros medios probatorios que derivan de una sentencia judicial y forman parte del capítulo tercero de este título, para dedicar finalmente el cuarto capítulo a la adopción.

Lo expuesto en los párrafos anteriores nos lleva a considerar la cuestión de seguir conservando en el cuerpo del Código, el capítulo tercero que consta de sólo seis preceptos en los que se cifra la normativa jurídica que atañe a la "legitimación". En nuestro concepto, no encuentra cabida en un cuerpo legislativo que ha abandonado la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos o naturales.

En la revisión del Código Civil del Distrito Federal sobre esta materia debería incluirse un dispositivo del tenor siguiente:

Artículo ...—Se presumen hijos de los cónyuges: los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo por divorcio, nulidad o muerte de uno de los consortes. El marido podrá desconocer la paternidad, en los términos y bajo las condiciones que establecen los artículos siguientes.

En los casos de concubinato consideramos que debe mantenerse en su redacción el texto del artículo 383, en vista de que no se dispone, como en el matrimonio, de una prueba fehaciente y precisa que nos permita fijar con toda certeza, en la mayoría de los casos, la fecha en que empezó la vida marital entre la madre y el concubinario. Proceder de otra manera sería desconocer las reglas de aplicación y funcionamiento de esa prueba presuntiva, que requiere como punto de partida un dato cierto conocido.

Deberá meditarse convenientemente sobre la conveniencia de otorgar a los herederos del marido la acción de desconocimiento de la paternidad, cuando el tutor de la herencia ha muerto sin recobrar la razón, antes de que venza el plazo de sesenta días en que puede ejercer la acción; porque no podemos concluir *sic et simpliciter*, que si el marido hubiera estado en uso de sus facultades mentales, indefectiblemente habría ejercido la acción de desconocimiento de la paternidad, ya que se podría también válidamente suponer que no la habría ejercido, si gozando de cabal salud por no introducir una causa de perturbación en la familia o por cualquiera otra razón que sólo a él le compete. La duda pues, existe en uno y otro extremo, sólo que considero que en la solución no deben prevalecer los intereses particulares de los herederos, frente a los más altos valores de la integridad de la familia y respeto a la intimidad de las relaciones entre los consortes. Propongo, pues, negar la acción de desconocimiento a los here-

deros del marido, suprimiendo el artículo 332 del Código Civil que se revisa.

En otro aspecto, parece conveniente introducir en las disposiciones del Código en que se requiere el “principio de prueba por escrito” para el ejercicio de las acciones procesales sobre paternidad, disponiendo que “el principio de prueba por escrito se funde en documentos de familia, registros o cartas privadas del padre o de la madre, en actas públicas o privadas provenientes de una de las partes en el juicio o de otra persona que si estuviere viva, tendría interés en la controversia” (Código Civil italiano, artículo 242).

Por lo que toca a las pruebas sobre filiación, se sugiere la conveniencia de aceptar con valor solamente indiciario, la prueba pericial sobre las características heredobiológicas admisibles en el juicio de investigación de la paternidad, mediante el análisis de grupos sanguíneos, siempre administradas, con las características patológicas, morfológicas e intelectuales transmisibles. Bien advertidos de que por sí solos, es decir, aisladamente considerados, ninguno de estos elementos puede fundar legítimamente un pronunciamiento judicial declarativo de paternidad o maternidad.

Hay que insistir en que la prueba hematológica es insuficiente y que en el caso de ser admitida deberá completarse con otros elementos probatorios que la doctrina moderna acepta y la experiencia corrobora, a saber: el examen comparativo de los caracteres morfológicos externos del padre o de la madre (talla, forma de cabeza, facciones, impresiones digitales, etcétera), el examen de caracteres antropogenéticos (actitudes, tipo de letra, gesticulaciones, timbre de voz, etcétera), examen de los signos semiológicos o patológicos transmisibles hereditariamente (predisposiciones especiales para determinadas enfermedades, lunares, coloración del iris), caracteres psicológicos y, en fin, todos los elementos que el juez de lo familiar debe constatar directa y cuidadosamente, a través de la prueba de inspección de las personas de que se trata, para concluir en manera razonable y congruente lo que proceda en la sentencia que en su caso pronuncia.

No debe dejarse por alto un problema que es el relativo a la inseminación artificial, con el consentimiento aprobado del marido. Cuestión que requiere un tratamiento específico, pues a nadie escapa que en ese evento ni la cesación de la cohabitación de los consortes por larga que sea, ni las pruebas de grupos sanguíneos, ni la inspección judicial a la que hemos hecho alusión, tienen fuerza probatoria alguna. Habrá que concluir que el marido que ha prestado su consentimiento para practicar esa operación germinativa no tendrá acción

para desconocer la paternidad del hijo así concebido y que no procede en ese caso, la acción de investigación de la paternidad.

Como lo disponen los códigos civiles de los estados de Morelos y Sonora debe admitirse la posibilidad de probar la paternidad, en la sucesión intestada o en el juicio en que el hijo demanda la ministración de alimentos. La misma disposición legal podría introducirse en el proyecto que se elabora, para hacer efectiva la responsabilidad de los padres que descuidan o abandonan a los seres que han procreado.

El artículo 526 del Código de Sonora, cuya adopción en lo esencial se propone, dice a la letra:

Artículo ...—La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Para justificar este hecho son admisibles todos los medios de prueba, y en los juicios de intestado o de alimentos, se justificará la filiación respecto a la madre dentro del mismo procedimiento.

Respecto del padre, la filiación sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. En el juicio respectivo son admisibles todos los medios de prueba y bastará que se acredite debidamente la posesión de estado de hijo respecto al presunto padre, en los términos a que se refieren los artículos... y ... para que se declare debidamente comprobada la filiación. En el caso de concubinato, se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refiere el artículo ..., tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es transmisible por herencia y es imprescindible.

El capítulo cuarto, final, estaría dedicado a la adopción que comprendería las disposiciones relativas a la adopción plena y a la adopción semiplena, pero este tema excederá los propósitos fijados en el estudio sobre filiación consanguínea.