

372.3
B577

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**"CONSIDERACIONES SOBRE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL
Y ASPECTOS RELACIONADOS CON LA INSTITUCION".**

*Tesis presentada a la Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala*

POR:

JORGE ALFONSO BARRIOS ENRIQUEZ

*Previo a conferírsele
el Grado Académico de:*

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y los Títulos Profesionales de:

ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, JUNIO DE 1971. —

R
04
T(285)
C.2.

**JUNTA DIRECTIVA DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:
VOCAL 1o.
VOCAL 2o.
VOCAL 3o.
VOCAL 4o.
VOCAL 5o.
SECRETARIO

Lic. Mario López Larrave
Lic. Alfonso Brañas C.
Lic. Romeo Alvarado Polanco
Lic. Hugo Rolando Melgar
Br. Jorge Alberto Castillo Posadas.
Br. Manuel Salvador Polanco Ramírez.
Lic. Rolando Morgan Sanabria.

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL
EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

DECANO:
VOCAL 1o.
EXAMINADOR:
EXAMINADOR:
SECRETARIO

Lic. Mario López Larrave,
Lic. Alfonso Brañas C.
Lic. Guillermo Monzón Paz,
Lic. Erick Meza Duarte,
Lic. Rolando Morgan Sanabria.

Nota: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis". (Arto. 25 del Reglamento para los exámenes Técnico-Profesionales de Abogado y Notariado y Público de tesis).

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
BIBLIOTECA
DEPARTAMENTO DE TESIS-REFERENCIA

Guatemala, 18 de junio de 1971.

Señor Decano:

Después de varias sesiones de trabajo y cambios de impresiones al respecto, el bachiller Jorge Alfonso Barrios Enríquez presentó a mi consideración el esquema para el desarrollo de su estudio y la bibliografía correspondiente, los cuales encontré de conformidad.

*Su trabajo de tesis se intitula **Consideraciones sobre filiación extramatrimonial y aspectos relacionados con la institución**, y como resultado de la revisión que del mismo efectué soy de opinión de que reúne los requisitos necesarios.*

Dicho trabajo es un esfuerzo de investigación para desarrollar un tema de innegable interés, lo cual hizo el bachiller Barrios Enríquez en forma meritoria, desarrollando sus aspectos doctrinarios, legales y médicolegales, aunando su experiencia sobre la materia.

Sin otro particular, quedo del señor Decano muy atentamente,

Alfonso Brañas

Señor Decano
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Licenciado Mario López Larrave,
Su despacho.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES: Guatemala, veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno.

Atentamente pase al Licenciado Jorge Augusto Delgadillo Madrid para que como especialista en la materia, se sirva emitir dictamen.

Lic. Mario López Larrave
Decano

Lic. Rolando Moggan Sanabria
Secretario

Guatemala, 24 de junio de 1971

Señor
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Lic. Mario López Larrave,
Ciudad.

Señor Decano:

Tengo el honor de dirigirme a usted, para manifestarle que en atención a la resolución proferida por el Decano, he procedido a revisar el trabajo de tesis del Bachiller Jorge Alfonso Barrios Enríquez, que se titula "CONSIDERACIONES SOBRE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL Y ASPECTOS RELACIONADOS CON LA INSTITUCION".

El tema en mención tiene una importancia manifiesta porque el autor hace un enfoque de la filiación extramatrimonial, con varias cuestiones de interés práctico y objetivo, abarcando a la vez, múltiples instituciones, registrales, penales y médico-legales, que reflejan la experiencia del Bachiller Barrios Enríquez para esta clase de asuntos, lo que quizás se deba al laboratorio extenso que para él representa el Bufete Popular de nuestra Universidad.

Por estar tratado el tema con acierto, haber dictámenes favorables para el trabajo de tesis del autor, y llenar los requisitos reglamentarios, opino que la tesis del Bachiller Barrios Enríquez debe aceptarse para los efectos de su graduación profesional.

Sin otro particular me complace suscribirme del señor Decano, con muestras de mi distinguida consideración, como su atento y seguro servidor,

Lic. Jorge A. Delgadillo M.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:
Guatemala, nueve de julio de mil novecientos setenta y uno.
Con vista en los dictámenes que anteceden se autoriza la impresión del trabajo de tesis del Bachiller Jorge Alfonso Barrios Enríquez. Arto. 22 del Reglamento para exámenes Técnico Profesionales y Público de Tesis.

Lic. Mario López Larrave
Decano

Lic. Rolando Morgan Sanabria
Secretario

DEDICATORIA DEL ACTO:

A MIS PADRES:

GUSTAVO BARRIOS DE LEON
ESTHER ENRIQUEZ S. DE BARRIOS

A MIS HERMANOS:

Lic. GUSTAVO ADOLFO BARRIOS ENRIQUEZ
Dr. MARCO ANTONIO BARRIOS ENRIQUEZ

A MI FAMILIA, EN ESPECIAL A:

Julia Carmen Enriquez S.
Rebeca Rodríguez Nájera de Barrios
María Cristina Barrios de León
Rosa Barrios de Perussina.

DEDICATORIA DE LA TESIS:

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

AL BUFETE POPULAR DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

**A LA ASOCIACION CORAL UNIVERSITARIA, CORO DE LA UNIVERSIDAD DE
SAN CARLOS**

NOTA DE RECONOCIMIENTO:

El autor de la tesis desea dejar constancia de su agradecimiento a las siguientes personas:

Lic. Federico Ojeda Salazar. Especialista en Derecho Civil.
Dr. Alejandro Palomo. Urólogo especialista.

INTRODUCCION.

"Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen idénticos derechos". (Constitución de la República de 1965, artículo 86, 2o. párrafo).

La explicación al desarrollo evolutivo del principio constitucional que inicia esta tesis, debe encontrarse históricamente. En el derecho antiguo, es decir, aquella serie de ordenanzas que precedieron a la promulgación del Código Civil de 1877, se contemplaba un número exagerado de clasificaciones de los hijos, las que reflejaban notoriamente la influencia europea de aquel entonces, especialmente la religiosa proveniente de España, (hijos incestuosos, nefarios, adulterinos, ilegítimos, etc; a los cuales nos referiremos oportunamente).

El triunfo de la revolución liberal de 1871, trajo consigo la promulgación de leyes muy importantes para nuestro país, tales como la Constitución de 1879 y el Código Civil de 1877. En estos dos cuerpos legales, no se hacía ninguna mención al principio de igualdad de los hijos, a pesar de que para la época en que fueron promulgados, eran ya de conotado avance para nuestra todavía conservatista nación. Fué así como el Código Civil referido, clasificó a los hijos en legítimos, ilegítimos y legitimados, suprimiendo las antiguas clasificaciones.

En las leyes posteriores, es decir en el presente siglo y a partir del Código Civil de 1933, se clasificó a los hijos en matrimoniales y extramatrimoniales, aglutinando sin técnica alguna preceptos relativos a la filiación en general y temas de índole procesal como el de la prueba.

Al promulgarse la Constitución de 1945, el principio de igualdad de los hijos ante la ley quedó establecido en el artículo 76, siendo efectivamente un avance legal y humano de nuestro país. A partir de entonces, las Constituciones de 1956 y 1965 conservan con pocas variantes de redacción dicho principio, contemplándose en los artículos 90 y 86 respectivamente. La igualdad de los hijos ante la ley, queda como corolario plenamente confirmada en el Código vigente de 1964, Decreto Ley 106, estableciéndose además la reciprocidad de obligaciones de los padres con respecto a los hijos.

Para nuestras leyes vigentes según vimos anteriormente, "todos los hijos son iguales ante la ley y tienen idénticos derechos". Desafortunadamente, este postulado no tiene realización efectiva en la generalidad de los casos, haciendo nugatorio lo hermoso del principio y el contenido moral y filosófico que entraña el texto de la ley. Según estimo, en lo anterior concurren algunos factores, tales como: la desigualdad de las partes en el litigio, restricciones de tipo legal, jurisprudencial, científico y también cuestiones humanas, que por razón de prejuicio social no han podido desterrarse de la mentalidad de ciertas personas o grupos de la sociedad.

Sin embargo a manera de reflexión para lo anteriormente manifestado puede afirmarse con Del Vecchio, que: "Si faltase la posibilidad del entuerto, no tendría sentido la afirmación del derecho, porque no se podría constituir una distinción entre las acciones justas y las injustas, y no habría lugar para una norma del obrar" (A).

Como puede observarse, la filiación presenta dos aspectos, uno como hecho y otro como derecho. Como hecho no da más que la alternativa imprescriptible de lograr su declaración judicial o voluntaria, o bien de dejarla como lo que es en su origen biológico, un simple hecho sin mayores relieves de importancia. Como derecho, la filiación al estar jurídicamente establecida, presenta caracteres de verdadero interés, por cuanto que de ella se derivan relaciones jurídicas en varios órdenes, principalmente en lo que toca al derecho común. Por ello puedo afirmar que la filiación como derecho, es una de las soleras que dan base a otras instituciones, entre ellas, el parentesco, relaciones de carácter familiar, de derecho sucesorio, etc.

A lo largo de mi trabajo de tesis, se podrá observar el intento incipiente de relacionar la filiación con otras ramas del derecho, porque he creído de mucha importancia el estudio de algunos institutos afines al problema, que si bien es cierto, son modestamente tratados, dejan alguna noción en el estudio del tema. También he incluido en la parte final del trabajo, algunos aspectos de carácter médico-legal, por considerarlos de mucho valor en la apreciación de situaciones reales y a los que desafortunadamente en el medio forense no se acude con frecuencia.

Entre los factores que me han impulsado a presentar la tesis denominada, "CONSIDERACIONES SOBRE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL Y ASPECTOS RELACIONADOS CON LA INSTITUCION", se encuentran la influencia que han ejercido mis labores como secretario del ramo civil del Bufete Popular de la Universidad de San Carlos, con la constante vivencia de problemas

(A) GIORGIO DEL VECCHIO, "Filosofía del Derecho". Pág. 333.

relativos a ello, el atractivo de la falta de bibliografía especializada en lo que concierne a la filiación extramatrimonial, las lagunas de la ley, lo difícil que resulta en algunos aspectos la declaración judicial, debido a la multiplicidad de criterios y quizás fundamentalmente, el índice elevado de tramitación de esta clase de juicios en la jurisdicción privativa de familia, especialmente en lo que concierne al problema de la paternidad.

Para finalizar, únicamente debo indicar que en la mayor parte del trabajo se hacen consideraciones en "plural", porque aunque en él se recogen varias experiencias propias, creo que todo quien escribe no puede ser enteramente original.

Jorge Alfonso Barrios Enríquez.

CAPITULO I

ASPECTOS DOCTRINARIOS

- A) Etimología;
- B) Concepto de la filiación;
- C) Clases de filiación;
 - 1) Clasificación doctrinal
 - 2) Clasificación legal.

A) ETIMOLOGIA

El vocablo filiación (del latín filiatione), quiere decir "acción de filiar —esto es— relación que tienen los hijos de los padres".⁽¹⁾

B) CONCEPTO DE LA FILIACION

Para obtener un concepto completo de la filiación, es necesario hacer previamente un recorrido por algunos aspectos de la doctrina científica, que exponen por una parte el espíritu de la legislación del Estado de origen de los autores y desde otro punto de vista el criterio particular que manifiesta cada uno de ellos, aclarando que los conceptos mencionados tratarán de formar una idea general de la institución de la filiación, para luego ensayar una definición del autor de este trabajo y continuar con el tema objeto del mismo, que concierne exclusivamente al tratamiento de la filiación extramatrimonial.

Para Somarriva Undurruga, filiación "es la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra"⁽²⁾, concepto que nos parece incompleto, ya que circunscribe su opinión al aspecto de la descendencia, pues si se analizan los derechos y obligaciones que emanan de la filiación, encontraremos no sólo relación de descendencia, sino también de ascendencia, precisamente por el vínculo de parentesco que entraña dicha relación. Diego Espín, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, España, dice que es "relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera"⁽³⁾. El concepto citado deja notar la palabra "relación", pero creemos sinceramente que no establece qué clase de relación es la que existe entre estas personas, ya

(1) Diccionario Enciclopédico Uthea, Tomo V, Pag. 40.

(2) MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, "Derecho de Familia", pag. 349.

(3) DIEGO ESPIN, "Manual de Derecho Civil", Vol. IV, Derecho de Familia pag. 257.

que podría interpretarse que se trata de cualquier otra clase de relaciones, por ejemplo obligatorias, patrimoniales, etc. En igual forma se pronuncian Planiol y Ripert, citados por Espín, quienes indican que es "relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra", concepto que nos merece igual crítica, puesto que no se establece la naturaleza material de la relación⁽⁴⁾.

El Diccionario de Derecho Privado de Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro establece el siguiente concepto: "Relación natural y jurídica que une a los hijos con sus progenitores. Recibe el nombre de paternidad cuando la referencia se hace a los padres en su concepto de tales; y se llama filiación cuando la referencia se hace a los hijos". Precizando más el concepto, dice: "Es la condición de hijo de determinados padres"⁽⁵⁾. Aún cuando el concepto es más amplio, pues nos hace percibir que se trata de una relación "natural y jurídica", creemos que le falta claridad, pues no expresa qué clase de relación de derecho une a los hijos con sus progenitores, ya que podría tratarse de otro tipo de relaciones naturales y jurídicas que uniesen a hijos y padres, tal el caso de la tutela por testamento o de la donación intervivos, etc. Al precisar más el concepto dichos autores establecen "condición de hijo de determinados padres", pero creemos que tampoco esta ampliación aclara el punto en cuestión, ya que hay hijos que son adoptivos y no por ello gozan del vínculo de la filiación (por lo menos en nuestro derecho). Es por ello que esa condición de hijo manifestada por los autores citados no satisface el afán teórico de esta tesis. Tampoco satisface nuestro afán de investigación doctrinal, lo sustentado en el sentido de que la institución recibe el nombre de paternidad, cuando la referencia se hace a los padres y filiación cuando la misma se hace a los hijos, puesto que lo correcto, según la opinión del autor de esta tesis, sería denominar filiación paterna si se trata de hacer la referencia al padre, sea que el caso se suscite en forma matrimonial o extramatrimonial, y filiación materna en las formas ya mencionadas, pues la consecuencia, como sustentaremos más adelante, de la filiación paterna o materna, para el hijo, viene a hacer en forma inmediata el parentesco y los derechos y obligaciones que de él se derivan. Precisamente coincidiendo con la opinión sustentada anteriormente se pronuncia Diego Espín al decir: "como la procreación es obra del padre y de la madre, es evidente que la relación de paternidad o maternidad aisladamente considerada nos muestra la relación de filiación entre el padre o la madre y el hijo, una consideración completa de la relación de filiación deberá comprender tanto la paternidad como la maternidad, y por tanto será una noción más completa",

(4) IBIDEM, pag. 454.

(5) IGNACIO DE CASSO Y ROMERO Y FRANCISCO CERVERA Y JIMENEZ - ALFARO, "Diccionario de Derecho Privado". Pag. 475.

etc.⁽⁶⁾.

Hasta el momento nos hemos concretado a manifestar algunos criterios doctrinarios al respecto de la filiación en forma general, sin anticipar los elementos del tema, por lo que toca ahora demostrar algunas consideraciones, que podríamos denominar previas, para el ensayo de un concepto propio de la filiación y de su respectiva definición.

Es natural que todas las personas individuales son producto de una concepción biológica que sólo puede llevarse a cabo en vista de la conjunción carnal de dos personas de distinto sexo, dando lugar a un proceso que será primero la gestación y luego el nacimiento de un nuevo ser, que se supone debe tener padres, puesto que la procreación no puede darse por generación espontánea, sino que el fenómeno biológico se debe indefectiblemente a la concurrencia de factores netamente naturales sin los cuales no podría existir una nueva persona con derechos y obligaciones. Dicho en otras palabras, es de suponer que todo hijo tiene padres, así sea de matrimonio, caso en el cual la discusión sobre la legitimidad y el vínculo con los mismos quedará relegado a segundo plano. Este sería el caso de la filiación matrimonial. Sin embargo, en el derecho puede ser que por diferentes causas una persona tenga padre y no madre o en el caso más frecuente en nuestro país tenga madre y no padre, por haberse efectuado la procreación fuera de la institución legal del matrimonio, dándose el problema de múltiples facetas de la filiación extramatrimonial, y aún más, como dice Aurelio Candian, autor italiano, podría darse la figura civil de la Afiliación, caso en el cual la persona individual no tiene (por lo menos aparentemente) padres, por no haber estos proveído a su subsistencia y por ser un hijo de padres desconocidos⁽⁷⁾. Suponiendo en términos generales que el hijo tiene padres, sea concebido dentro o fuera de matrimonio, este vínculo es de carácter biológico entre padre e hijos o entre el padre o madre que efectúa el reconocimiento y el hijo al que se reconoce. Es por ello que nuestro concepto de filiación no tiende como en la generalidad de la doctrina a circunscribirse a la "relación entre padres e hijos", lo que ya criticábamos por vago e insuficiente, sino como aquel vínculo biológico que tienen los hijos de sus padres y estos con aquellos. No es simplemente como dice Espín⁽⁸⁾ que "paternidad y maternidad son los dos elementos en que se basa la relación de filiación", puesto que el problema encarna diversos matices no sólo de carácter físico y natural, sino de carácter jurídico. Sin embargo, no se puede negar que toda consecuencia jurídica que provenga de la filiación tendrá como causa generadora el hecho físico y biológico de la concepción, y aún cuando el criterio expuesto por Candian sea de

(6) Diego Espín, Ob. Cit., pag. 257.

(7) Aurelio Candian "Instituciones de Derecho Privado". Pag. 282.-

(8) Diego Espín. Ob. Cit. pag. 250.

respeto con relación a la institución de la Afiliación, consideramos que esto no es más que el resultado de la falta de declaración judicial o voluntaria sobre la filiación original del sujeto de derecho.

Habiendo manifestado en párrafos anteriores que la filiación tiene como presupuesto necesario el fenómeno biológico de la concepción y que luego de ella tiene que continuar un estado típico de preñez para culminar en el parto viable, puesto que si no hay vida no habrá nuevo ser y por lo tanto la relación de filiación no podría darse, hemos de concretar nuestro concepto, manifestando que la filiación es un hecho natural que en determinadas condiciones y circunstancias se encuentra protegido por el derecho, y que si bien es cierto que la institución de la filiación se encuentra regulada por el ordenamiento positivo, se debe no a la creación legislativa por razones de asistencia social o de caridad, sino porque establecido el vínculo biológico entre padres e hijos, se constituyen desde el hecho mismo del nacimiento diversos derechos y obligaciones recíprocos que son inherentes a la persona individual. Descartamos, pues, los conceptos generalizados de la doctrina de considerar la filiación como "relación" entre dos personas o sea padre e hijo o madre e hijo respectivamente, porque como ya dijimos el término es vago e insuficiente y no da idea de la clase de relación de que se trata. La posición doctrinal que establece que es una relación natural y jurídica, es más aceptable, aunque también ya hicimos notar que relaciones naturales hay de diversos órdenes que se encuentran tuteladas por el derecho y el término también resulta impreciso. Por estas razones preferimos establecer un concepto de la institución sobre bases biológicas y jurídicas, y por ello es que intentamos la siguiente definición: "FILIACION ES EL VINCULO DE CARACTER BIOLOGICO Y JURIDICO EXISTENTE ENTRE PADRES E HIJOS O BIEN ENTRE UNO SOLO DE AQUELLOS Y ESTOS, QUE TIENE SU ORIGEN EN LA CONCEPCION NATURAL DE LA PERSONA HUMANA Y QUE AL ESTAR DECLARADO EN FORMA LEGAL, HACE DERIVAR ENTRE LOS MISMOS, DIVERSOS DERECHOS Y OBLIGACIONES RECIPROCOS".

C) CLASES DE FILIACION

A guisa de breve exposición informativa, a continuación intentaremos hacer un comentario de las clases de filiación a la luz de la doctrina científica y de conformidad con nuestro ordenamiento positivo. Consideramos que las abundantes clasificaciones de la filiación en obras de autores de otras nacionalidades no se adaptan a nuestro medio, porque si bien es cierto que en nuestra legislación faltan algunos elementos importantes, hay que reconocer que

nuestro sistema legal en materia de filiación, es mucho más avanzado que el de varios países de los cuales nos llega la mayoría de información bibliográfica, atraso que quizás se deba a cuestiones de índole social, religiosa, etc.

1) **Clasificación doctrinal:**

El diccionario de Derecho Privado, de Casso y Cervera⁽⁹⁾, contiene un resumen interesante de la clasificación que varios distinguidos autores han hecho de la filiación en materia doctrinal, las cuales analizamos a continuación.

a) **Filiación conocida y desconocida:** Esta nos parece correcta y a nuestro parecer supera la institución a la que Aurelio Candian denomina Afiliación, puesto que será conocida aquella en la que la identidad de los padres es cierta, esté declarada o registrada, etc., y desconocida, por el contrario, si la identidad de los padres se desconoce. Establece también la obra citada que la desconocida puede ser total o parcial, según se desconozca la identidad de los dos padres o de sólo uno de ellos. Esta clasificación se adapta a las instituciones de nuestro derecho⁽¹⁰⁾, "pues en el segundo párrafo del artículo 4o. del Código Civil se establece: "Los hijos de padres desconocidos serán inscritos con el nombre que les dé la persona o institución que los inscriba".

b) **Filiación Legítima:** Para la doctrina española es la condición de hijo nacido de padres válidamente casados entre sí. Esta clasificación es la que podríamos asimilar a la de nuestro derecho que la contempla como filiación matrimonial.

c) **Filiación Legitimada:** Es la que la doctrina considera que siendo natural ha obtenido la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres o por concesión soberana, indicando además que no tiene los mismos efectos que la legítima. Es obvio que no tiene aplicación en nuestro medio por diversas razones, ya que nuestro sistema legal considera sólo dos clases de filiación, la matrimonial y la extramatrimonial. Por otra parte, nuestro sistema no permite, como en el caso de análisis concesiones soberanas de ningún tipo por nuestro sistema constitucional de gobierno, que es republicano y democrático representativo y en todo caso, al no haber reconocimiento voluntario de hijos tendrán que ser los tribunales competentes los que conozcan de este tipo de acciones.

(9) Casso y Cervera, Ob. Cit., pag. 475.

(10) Código Civil, Decreto Ley 166, Arto. 4o., 2o. párrafo.

d) **Filiación Natural:** Según la doctrina, es la condición de hijo nacido fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquel pudieron casarse con dispensa o sin ella, indicando además que esta clase de filiación puede ser legitimada por cualquiera de los medios indicados del subsiguiente matrimonio o concesión soberana. Tampoco consideramos aplicable esta clasificación a nuestro derecho, en donde, como dijimos, prevalece únicamente la división de filiación matrimonial y extramatrimonial. Según la doctrina en mención, dentro de esta situación se engloban otras como las de los hijos llamados manceres (habidos con prostitutas) e incestuosos llamados no nefarios, o sean aquellos procreados con parientes entre sí en grado sanguíneo dispensable.

e) **Filiación Ilegítima:** Se considera en la doctrina española, como aquella condición de hijo cuyos padres no casados entre sí en el momento de su concepción tampoco eran hábiles para contraer matrimonio, ni siquiera cabía dispensa del impedimento que tuvieran, generalmente parentesco no dispensable. Esta clasificación tampoco es aplicable a nuestro régimen legal la de familia, puesto que según el Código Civil⁽¹¹⁾, ya se trate de hijos de matrimonio o fuera del mismo, estos gozan de los mismos derechos, es decir que nuestra legislación, como ya explicábamos, por el grado de adelanto en que se encuentra no hace distinción entre hijos legítimos e ilegítimos con afán discriminatorio, y aún en el caso de nulidad, anulabilidad o insubsistencia del matrimonio, los deberes y derechos que de la filiación emanan son exactamente los mismos. La clasificación a que nos referimos en este apartado es la que comprende a los hijos denominados antiguamente bastardos, según considerábase eran los habidos por una persona casada con otra distinta de la de su cónyuge, —también los llamados adulterinos, que se suponían concebidos por adulterio, los sacrílegos, que eran los procreados o habidos por persona ligada por votos religiosos o por ordenación sacra, y también se comprendía en esta clasificación a los incestuosos nefarios o sean los procreados por parientes entre sí en grado no dispensable.

f) **Filiación Adoptiva:** Según la doctrina española es la condición de hijo por adopción legal; y según la doctrina expuesta puede hacerse una sub-clasificación, indicando que esta puede ser doble o simple, según se trate de adopción por los dos cónyuges o por uno sólo. Esta clasificación no la aceptamos para los efectos teóricos de este trabajo y tampoco puede aplicarse a la sistemática seguida por nuestra legislación civil, por diversas razones. En primer lugar, hemos de recalcar

111) Código Civil, Dto. Ley 186, Artos. 199 y 209.—

que la división que hace nuestro Código Civil en materia de filiación es de dos formas, matrimonial y extramatrimonial; por otra parte, la adopción a tenor del mismo Código es "el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona", estableciendo también que puede adoptarse a una persona mayor de edad.⁽¹²⁾ Como se podrá notar, no sigue nuestra ley la tendencia de clasificar la adopción como otra clase de filiación, sino como un acto de asistencia social, y según hicimos notar en nuestra definición de la filiación, para que esta exista es necesario un vínculo de carácter biológico producido necesariamente por el fenómeno de la fecundación.

g) **Filiación legítima putativa:** Dice la doctrina citada, que es la condición de hijo habido en matrimonio que se estimaba legítimo y que luego se declara inválido o nulo. Por las razones ya expuestas, no cabe asimilarla a nuestro derecho. (Ver filiación ilegítima).

2) **Clasificación Legal:**

Hemos expuesto en líneas anteriores lo relativo a la clasificación que la doctrina española hace de la filiación; ahora haremos un breve desarrollo de la clasificación que nuestra ley hace de la materia.

a) **Filiación Matrimonial.**

El título II, DE LA FAMILIA, de nuestro Código Civil, capítulo I, contiene el desarrollo de la institución social del matrimonio, comprendiendo en él diversas cuestiones de suma importancia para la citada institución. Sin embargo, al desarrollo de la filiación matrimonial dedica un capítulo aparte, sin seguir la continuidad del matrimonio, conteniendo las disposiciones relativas al capítulo IV que se denomina PATERNIDAD Y FILIACIÓN MATRIMONIAL y que se encuentran comprendidas de los artículos 199 a 208. Según la exposición de motivos del Código Civil actual, los artículos mencionados "relativos a la paternidad y filiación dentro del matrimonio" repiten, con ligeras variantes, lo preceptuado en el Código Civil anterior, en los artículos 145 a 182, pero separando y ampliando los dos aspectos que presenta la cuestión, a saber: lo relativo a la filiación dentro del matrimonio, que es motivo del capítulo IV, y lo

(12) IBIDEM, Arto. 228.-

que se refiere a la filiación fuera del matrimonio, de que se ocupa el capítulo siguiente. "La paternidad y filiación matrimonial y la extramatrimonial tienen distintas formas para establecerlas: en la primera hay reglas precisas que no pueden cambiar; el hecho del matrimonio determina la presunción de paternidad que la ley declara, con las excepciones que la misma consigna"⁽¹³⁾. Al tratar el aspecto legal sustantivo en el capítulo siguiente de esta tesis, nos ocuparemos del análisis de las normas contenidas en esta parte, limitándonos a decir que nos parece adecuada la división del Código Civil actual.

b) **Filiación extramatrimonial.**

Con el título de PATERNIDAD Y FILIACION EXTRAMATRIMONIAL, el actual Código Civil, en su capítulo V, artículos 209 al 227, regula la filiación extramatrimonial, que como podrá observarse lleva sólo en el título una dedicatoria especial a la determinación de la paternidad. "El reconocimiento de la filiación fuera del matrimonio ha merecido especial atención en las reformas introducidas en el Código"⁽¹⁴⁾. Sólo nos limitamos, como dijimos en el apartado anterior, a indicar que la clasificación en la forma actual nos parece adecuada y en el tratamiento de la filiación extramatrimonial en el capítulo siguiente haremos las observaciones pertinentes al tema, que es precisamente el de nuestra tesis; sin embargo, conviene adelantar que consideramos que la denominación de los capítulos, tanto en el aspecto matrimonial como extramatrimonial, debían haber sido FILIACION MATRIMONIAL y FILIACION EXTRAMATRIMONIAL, puesto que para el autor de esta tesis la filiación comprende los dos elementos, paternidad y maternidad, y como se verá más adelante en el desarrollo de este trabajo, la investigación, la determinación, la declaración etc. de una y otra presentan agudos problemas y si bien es cierto que la paternidad en nuestro país es quizás el que más aspectos presenta, también lo es que la maternidad no es de menor interés y se suscitan algunos casos en los que es necesario hacer la declaración de filiación materna por distintos motivos que analizaremos en su oportunidad.

(13) Federico Ojeda Salazar, "Exposición de Motivos" del Código Civil". Pag. 52.

(14) IBIDEM, Pag. 53.-

CAPITULO II

ASPECTO LEGAL SUSTANTIVO DE LA FILIACION.

Por su importancia medular analizamos seguidamente el aspecto legal sustantivo de la filiación, tanto en el aspecto matrimonial, como en el extramatrimonial.

El instituto de la filiación matrimonial, lo estudiamos por varias razones, entre ellas: el actual ordenamiento legal⁽¹⁵⁾, que contempla la clasificación que aceptamos como valedera en el primer capítulo de la tesis, razones de orden histórico y legal que nos llevan a hacer comparaciones y análisis de la institución a lo largo de nuestra codificación civil, desde 1877 hasta la actualidad, y por último formar el criterio para distinguir sustancialmente la diferencia entre la filiación en su tratamiento dentro del matrimonio y fuera de él.

1). FILIACION Y PATERNIDAD MATRIMONIAL. CUESTIONES RELATIVAS A LA IMPUGNACION DE PATERNIDAD Y AL RECONOCIMIENTO DE PREÑEZ.

Como ya expusimos, el hecho de denominar el capítulo IV del Libro I del Código Civil, "PATERNIDAD Y FILIACION MATRIMONIAL", conlleva una dedicatoria al agudo problema de la paternidad en nuestro país, aunque como manifestáramos, estamos en desacuerdo con dicho criterio, porque la filiación está compuesta de dos elementos, el paterno y el materno. En nuestra legislación, la filiación dentro del matrimonio es coincidente con la clasificación que de legítima hace la doctrina española y, así dice Espín: "es la procedente del matrimonio, es decir la procreada dentro del matrimonio. Se basa pues, en la concepción dentro del matrimonio, y su prueba resulta del conjunto de las siguientes circunstancias o presupuestos de la misma: 1.— matrimonio de los padres. 2.— Concepción durante el matrimonio. 3.— Maternidad o filiación del hijo con respecto a la esposa. 4.— Identidad del hijo con el nacido de la esposa. 5.— Paternidad o filiación del hijo respecto del marido"⁽¹⁶⁾. También coincide

(15) Código Civil Dto. Ley 106, Arts 199 a 227.

(16) Diego Espín, Op. Cit. Pág. 262.

con la que el tratadista italiano Antonio Cicu, hace en igual forma, ya que como se indica en la traducción de su obra, que hace Giménez Arnaud, entre la regulación legal española y la italiana en materia de filiación, casi no hay disparidad.⁽¹⁷⁾

El artículo 199 del Código Civil vigente establece la siguiente disposición: "El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable", se presume concebido durante el matrimonio: 1o. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2o. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio"⁽¹⁸⁾. Luego establece en el artículo 200: "Contra la presunción del artículo anterior no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia"⁽¹⁹⁾. Es decir, que dichas presunciones, según Espín "se basan en el vínculo conyugal y su consecuente deber de fidelidad" y más adelante indica que "los términos se han fijado basándose en los datos suministrados por la ciencia médica sobre los límites mínimo y máximo de duración del embarazo". También indica el citado autor: "La duración de estos plazos se debe a la consideración de gestaciones más breves o más cortas y que por lo tanto ellas se han excluido, estableciéndose tanto en los derechos francés e italiano (Colin y Capitant y Ruggiero-Maroi) así como en el español, presunciones IURIS ET DE IURE"⁽²⁰⁾. No estamos de acuerdo con el tratadista citado, ni con las referencias bibliográficas que hace el autor, pues esto sería admitir que la presunción de paternidad no puede atacarse en ninguna forma, ya que las presunciones establecidas por dicho autor son de las que no admiten prueba en contrario. Creemos que en nuestro derecho se establecen, pero presunciones IURIS TANTUM, puesto que, según se desprende de la lectura del artículo 200 y también del 201, "El nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, se presume hijo del marido, si éste no impugna su paternidad", por lo que, a nuestro juicio, se trata de un amplio margen que la ley otorga al marido, para demostrar que no es el

(17) Antonio Cicu, "La Filiación". Pág. 5.

(18) Código Civil. Dto. Ley 106. Arto. 199.

(19) IBIDEM. Arto. 200.

(20) Diego Espín Op. Cit. págs. 263 y 264.—

padre del hijo, aunque exista una presunción legal, motivo por el cual exponemos que se trata de una presunción JURIS TANTUM. Sin embargo, existe en el siguiente párrafo del artículo 201, una prohibición para la acción de impugnación antes dicha, indicándose: "La impugnación no puede tener lugar: 1o. Si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez; 2o. Si estando presente en el acto de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, firmó o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento; y 3o. Si por documento público o privado, el hijo hubiere sido reconocido.

El anterior Código Civil, Decreto Legislativo No. 1932, establecía más o menos en igual forma las presunciones a que nos referíamos, solamente que el artículo 151, decía: "Contra la presunción del artículo anterior, no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento o que durante ese período los cónyuges estaban de hecho o legalmente separados"⁽²¹⁾. Es decir que si comparamos esta disposición con la del actual Código estableceremos que la norma actual (artículo 200), es mucho más amplia, pues establece que la imposibilidad de acceso, pudo deberse a ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia, evitando así los posibles abusos de una esposa infiel. El Código Civil de 1877, era mucho más restrictivo, pues decía en el artículo 202: "Contra esta presunción, no se admite otra prueba que la de no haber tenido el marido acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento"⁽²²⁾.

El padre tiene derecho a hacer la impugnación de paternidad posteriormente a los trescientos días de la disolución del matrimonio y este derecho de impugnación también corresponde al hijo o a la madre, dando así el artículo 202 del Código actual, un sello de equidad a la acción. En cuanto a la prohibición de impugnar la paternidad dentro del matrimonio por parte del marido, en vista del adulterio de la esposa, aún cuando esta declare en contra de la paternidad del marido, el antecedente legal más remoto, podemos encontrarlo en el artículo 203 del Código Civil de 1877, que sí daba la posibilidad de la impugnación pero en dos casos: a) que se le hubiera ocultado el nacimiento; b) que hubiera acaecido en una ausencia del marido de más de diez meses⁽²³⁾. El artículo 153

(21) Dto. Leg. 1932. Arto. 151.

(22) Código Civil de 1877. Dto. Gub. 175. Arto. 202.

(23) IBIDEM, Arto. 203.—

del Código Civil anterior, Dto. Legislativo 1932, se limitaba a conceder la acción, para el caso de adulterio", cuando además del adulterio de la mujer, el parto le hubiese sido ocultado"(24). El caso contemplado actualmente, necesita que se haya ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo.

En cuanto al término para el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad dentro del matrimonio, nuestro Código establece el de sesenta días, "contados desde la fecha del nacimiento si está presente; desde el día en que regresó a la residencia de su cónyuge, si estaba ausente; o desde el día en que descubrió el hecho, si se le ocultó el nacimiento"(25). No comentaremos los códigos civiles anteriores, porque como bien dice el licenciado Federico Ojeda Salazar en la exposición de motivos del actual código, son pocas las variantes que hay en cuanto al precepto referido y sus antecedentes legales(26). En realidad, considerando ciertos aspectos que la experiencia nos ha brindado y en atención a cuestiones de orden médico que más adelante exponremos, nos pronunciamos en el sentido de que si bien es cierto que la institución del matrimonio debe dotarse de suficiente seguridad y el margen para el ejercicio de la impugnación de paternidad no debe ser arbitrario, también se debe tener en cuenta que hay situaciones, en que "el presunto padre de un hijo concebido durante el matrimonio", no viene sino con el tiempo a enterarse de su imposibilidad para la procreación y si nos atenemos a la prescripción legal del artículo citado, esta persona a quien durante tanto tiempo se ha atribuido la paternidad y sobre quien se han hecho recaer las responsabilidades que emanan de la filiación, resultará desprovisto de protección, pues la norma es restrictiva en la forma en que está actualmente regulada. En tal virtud, consideramos pertinente una reforma, en el sentido de que si aún transcurrido cierto tiempo, el padre de un hijo procreado durante el matrimonio, comprueba por medio de dictámenes científicos, su incapacidad para la procreación, pueda iniciar la acción de impugnación de paternidad y no en el término y circunstancias en que se deja la probabilidad de impugnar actualmente.

En cuanto a las acciones que los herederos puedan, continuar, tanto dentro de sesenta días después de muerto el marido y como en el caso de impugnación del hijo póstumo, casos contemplados en los artículos 204 y 205 de nuestro

(24) Dto. Leg. 1932, Arb. 153.

(25) Código Civil, Dto. Ley. 106. Arto. 204.

(26) Federico Ojeda Salazar. Ob. Cit. pag. 52.

Código Civil, si estimo que el término de sesenta días es adecuado, porque, por razones de seguridad en el trámite de la sucesión, no conveniente conceder más tiempo.

En cuanto a lo relacionado con el reconocimiento de preñez, dejando aparte el aspecto procesal, que es objeto de nuestro estudio en otro capítulo de la tesis y para el cual se establece un procedimiento especial en jurisdicción voluntaria, por nuestra legislación procesal civil y mercantil, preferimos previamente hacer el estudio de algunos preceptos que establecen los derechos de la mujer en el caso de embarazo.

En primer lugar, recordemos que de conformidad con el artículo 10. del Código Civil; "al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad". Por otra parte, el artículo 206 del mismo cuerpo legal, dispone que "en caso de separación o disolución del matrimonio, la mujer que esté en cinta deberá denunciarlo al juez o al marido, en el término de noventa días, contados desde su separación o divorcio. Asimismo, si la mujer quedare encinta a la muerte del marido, deberá denunciarlo al Juez competente, dentro del mismo término, a fin de que, en uno u otro caso, se tomen las disposiciones necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación"⁽²⁷⁾. El término de noventa días es idéntico al establecido por el Código Civil anterior, pero la norma está redactada con más amplitud. El antiguo Código de 1877, contemplaba una serie de trámites excesivos, relacionando incluso la preñez con el depósito de la preñada en una casa honorable y hasta establecía que en caso de ser falsa podía ser indemnizado el marido por tal hecho. Estas disposiciones han quedado eliminadas de nuestro derecho positivo y solamente ha quedado el derecho de denunciar la preñez en el término indicado. En efecto, la supresión de los trámites a que nos referimos, se debe a los derechos de que goza la mujer, también establecidos por nuestra ley sustantiva, como son, la fijación, el aseguramiento de alimentos y las medidas de seguridad.

Antes de terminar este aspecto, solamente queremos indicar que a menudo se plantean diligencias de reconocimiento de preñez o de parto por mujeres solteras y los tribunales no han accedido a dar trámite a dichas solicitudes. Consideramos que los tribunales actúan conforme a derecho, puesto que en caso contrario se desvirtuaría la institución del reconocimiento de preñez o de parto

(27) Código Civil, Dto. Ley 106, Arto. 206.

que es exclusivamente para la mujer casada. Sin embargo, desde el punto de vista humano, consideramos que puede existir una especie de reconocimiento de preñez, en las simples actas voluntarias que en conciliación se suscriben en los tribunales de familia, como también no descartamos la posibilidad de que dicho reconocimiento se haga en forma de instrumento público ante notario.

Creemos conveniente referirnos al análisis de dos normas importantes de nuestro Código en cuanto al desarrollo de esta materia. Con el subtítulo de "nuevas nupcias de la madre", el artículo 207 del actual Código dice así: "Si disuelto un matrimonio, la madre contrajere nuevas nupcias dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución, el hijo que naciere dentro de los ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, se presume concebido en el primero. Se presume concebido en el segundo matrimonio, el hijo que naciere después de los ciento ochenta días de su celebración, aunque se esté dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio. Contra estas presunciones es admisible la prueba a que se refiere el artículo 200"⁽²⁸⁾. No sabemos los motivos que indujeron al legislador a establecer las presunciones aludidas, puesto que no se dice nada de ellas en la exposición de motivos ya citada, por lo que nos concierne ofrecer alguna interpretación de la norma.

Creemos que la norma es poco clara, pues se establece que el nuevo esposo es padre del hijo nacido después de los ciento ochenta días de su celebración, aunque se esté dentro de los trescientos posteriores a los del primero, y por otra parte, en el párrafo inicial se atribuye la paternidad al primer marido si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, pero dentro de los trescientos de la fecha de la disolución. Opinamos que estas Presunciones fueron creadas para no dejar hijos de uno y otro matrimonio sin filiación, puesto que como son hijos procreados dentro de la institución del matrimonio debe concedérseles un grado de legitimidad. El problema es más agudo de lo que aparentemente parece, porque no siempre la disolución matrimonial implica que antes de ella, el primer marido haya continuado sus relaciones carnales con la anterior esposa, es más, casi siempre la disolución va después de un período suficientemente largo de separación, que no es siempre como dice el inciso 1o. del citado artículo 199 "separación legal", sino que en la mayoría de los casos, los cónyuges han estado separados de hecho, dando lugar

(28) Código Civil, Dto. Ley 106, Arto. 207.

Precisamente a tener relaciones de tipo sexual con otra u otras personas. Por lo antes dicho, creemos que la norma del artículo 207, debe ser objeto de una reforma no en el sentido substancial, sino en el formal, es decir, establecer solo una presunción, desde luego, IURIS TANTUM, o sea, impugnabile.

Finalmente indicamos que a tenor del artículo 208 del Código Civil vigente "en todo juicio de filiación será parte la madre si viviere". El precepto es concidente con el artículo 176 del Código Civil anterior, pero añade "si viviere".(29).

2) EL ASPECTO DE LA UNION DE HECHO LEGALIZADA.

Nuestra Constitución vigente, promulgada en 1965, establece: "La ley determinará la protección que corresponde a la mujer y a los hijos dentro de la unión de hecho y lo relativo a la forma de obtener su reconocimiento"⁽³⁰⁾. Lo relativo a la institución propiamente, se encuentra comprendida en los artículos del 173 al 189 del Código Civil vigente, que contempla aspectos interesantes, como son: cuando procede su declaración, la forma en que se hace constar, la obligación de aviso al Registro Civil para su inscripción, la enajenación de los bienes, la unión de menores, la solicitud de reconocimiento judicial, las uniones ilícitas, etc., y principalmente las presunciones que emanan de los efectos de la inscripción y que son las que nos interesan para los efectos de este trabajo. El antecedente legislativo lo encontramos en el Decreto 444 del Congreso, del 29 de octubre de 1947, que fue substituido por el Código Civil actual. Dice la exposición de motivos del Código Civil: "Esa unión no es otra forma de matrimonio sino el reconocimiento de una situación que hadurado no menos de tres años, en la que hombre y mujer, con capacidad para contraer matrimonio, han vivido juntos, han procreado, trabajado y adquirido algunos bienes, por lo que es de justicia que se establezcan los derechos de ambos y sus mutuas obligaciones, tal como si fueran casados. Más adelante expresa: "Si falleciere uno de los dos o fallecieron ambos, ese derecho de reconocimiento de la unión para los efectos de herencia, división del haber, paternidad y filiación, constituye una facultad del compañero superviviente y de los herederos legales"⁽³¹⁾. Los artículos que particularmente nos interesan para los efectos del instituto de la filiación son en primer plano el 175, que establece que "Dentro de los quince días siguientes,

(29) Dto. Leg. 1932. Arto. 207.

(30) Constitución de la República de 1965. Arto. 86.

(31) Federico Ojeda Salazar. Op. Cit. Pags. 50 y 51.

el alcalde o el notario dará aviso al Registro Civil jurisdiccional para que proceda a la inscripción de la unión de hecho, oficina que entregará a los interesados constancia de dicha inscripción, la que producirá iguales efectos que la certificación de matrimonio". Como digo, es de particular interés, pues según recuerdo, a nuestra experiencia se presentó un caso en el cual una mujer deseaba asentar la partida de nacimiento de su hijo recién nacido en un Registro Civil, que por añadidura era en donde se encontraba inscrita la unión de hecho con el padre del menor y el Registrador se negaba a hacer inscripción aduciendo que a pesar de la certificación que se le presentaba, era necesaria la comparecencia del padre para que él dijera, si era o no su hijo. Error lamentable, puesto que en todo caso lo que quedaba al padre sería plantear la impugnación de paternidad y no ser el Registro quien pusiera este impedimento.

Lo manifestado anteriormente obedece al principio recogido por el artículo 182 del Código Civil en su inciso 1o. que dice: "Los hijos nacidos después de ciento ochenta días de la fecha fijada como principio de la unión de hecho, y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que la unión cesó, se reputan hijos del varón con quien la madre estuvo unida, presunción contra la cual se admite prueba en contrario." Establece, pues, una presunción *Iuris tantum* de la paternidad, precisamente por los efectos que la unión de hecho legalizada conlleva, que con muy similares a los del matrimonio. Igual presunción legal establece el Código Civil Mexicano, artículo 383, pero en el mismo se denomina concubinato, expresión que no nos parece aceptable pues de conformidad con nuestro ordenamiento positivo, el concubinato viene a ser aquella unión de hecho que no ha sido declarada o legalizada. En la Legislación Mexicana así se denomina, y Rojina Villegas nos dice: "El concubinato viene a constituir la base jurídica principal para poder definir la paternidad que de otra manera quedaría incierta"⁽³²⁾. Nuestro criterio de no definir la unión de hecho legalizada como concubinato, viene a reafirmarse cuando Somarriva Undurraga nos afirma que el origen etimológico de la palabra concubinato viene de las vices latinas "cum cubare" que significa comunidad de lecho. Sin embargo, dicho autor también denomina en su obra la institución de la unión de hecho como ese nombre,⁽³³⁾.

Solamente queremos indicar que la cuestión de la filiación dentro de la

(32) Rafael Rojina Villegas, "Derecho Civil Mexicano", Tomo II, Vol. I, Derecho de Familia, pags. 448 y 449.—

(33) MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, Op. Cit. página 150.

unión de hecho legalizada o declarada no presenta mayores problemas como en el caso de la unión no declarada de los padres de la que trataremos en la filiación extramatrimonial, a menos que, como nuestra ley establece, se impugne la paternidad con medios adecuados para el efecto.

3) FILIACION Y PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.

El tema medular de esta tesis se refiere a la filiación extramatrimonial, institución que presenta variados problemas de orden práctico, pues si bien es cierto que la filiación materna no los ofrece tan frecuentemente en la realidad social del país, también lo es que no sucede lo mismo en el terreno de la filiación paterna, debido a razones de orden sustantivo como las que analizaremos, sino a otros referidos a la prueba y a su valoración, aspecto que dejamos para otra parte de este trabajo.

A) Igualdad de derecho de los hijos. La Constitución y el Código Civil

Según queda establecido en el segundo párrafo del artículo 86 de nuestra Constitución vigente. "Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen idénticos derechos. La Ley establecerá los medios de prueba para investigar la paternidad"⁽³⁴⁾. Este principio que se ha mantenido ya por muchos años, eliminando desigualdades entre los hijos, y quedado abolida de la legislación toda discriminación, también se establece en el Código Civil, que dice: "Los hijos procreados fuera de matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio; sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge"⁽³⁵⁾. Esta concepción obedece al claro avance de nuestras instituciones legales, pues otras legislaciones todavía contemplan clasificaciones absurdas de los hijos, denotando a la vez, un retraso no sólo legal, sino social y cultural. Es por ello que resulta inaceptable que países que han aceptado la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y que establece en su apartado 2, artículo 25, segundo párrafo: "Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"⁽³⁶⁾, mantengan aún esa división que resulta por demás vergonzosa y discriminatoria.

(34) Constitución de la República de 1965, arto 86.

(35) Código Civil, Dto. Ley 106, Arto. 209.

(36) Declaración Universal de los Derechos Humanos, Arto. 25.

A) Reconocimiento extramatrimonial por los padres.

El artículo 210 de nuestro Código Civil, dice: "Cuando la filiación no resulta del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, **con relación a la madre**, del sólo hecho del nacimiento; y, **con respecto del padre**, por el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad"⁽³⁷⁾. Puesto que la exposición de motivos del Código Civil no hace ninguna explicación del citado precepto, trataremos de hacerlo en la siguiente forma: 1.— Queda establecida en este artículo, la distinción que hacíamos de filiación paterna y filiación materna; 2.— Existe una presunción legal de la filiación materna por el sólo hecho del nacimiento, cosa que nos parece adecuada, ya que por razones de instinto maternal, la madre en la generalidad de los casos, provee, alimenta e inscribe en el Registro a sus hijos y en caso contrario queda la figura de la filiación desconocida totalmente, Ej.: el caso de los niños expósitos. El caso es interesante, ya que puede dar origen también a figuras de orden criminal como el contemplado en el artículo 359 del Código Penal, que establece la pena de cinco años de prisión correccional, para los casos de suposición de partos, sustitución de un niño por otro, la ocultación y la **exposición de menores**⁽³⁸⁾; 3o.— El citado precepto da la alternativa para el caso de la filiación paterna al reconocimiento voluntario o bien por sentencia judicial que declara la paternidad. De lo dicho anteriormente se puede notar que el Código Civil se refiere con más interés al aspecto de declaración judicial al no haber reconocimiento voluntario, al caso de la paternidad, pero no excluimos la posibilidad de una demanda para que se declare la maternidad.

C) Formas de reconocimiento.

Este es uno de los aspectos interesantes de la filiación extramatrimonial y lo estudiaremos tanto en el aspecto actual, como en los antecedentes legales históricos, para dar una idea de algunas razones que motivaron la legislación en cuanto a las formas de reconocimiento. Aunque como lo dijimos, el proceso de reconocimiento de preñez sólo corresponde pedirlo a la mujer casada o unida legalmente, y no a la soltera que ha quedado preñada, tampoco hay prohibición legal para que sí el padre del hijo que está por nacer, extramatrimonialmente desea en forma auténtica hacer dicho reconocimiento, este se efectúe, porque la minoridad y la maternidad, según la Constitución, son objeto de especial

(37) Código Civil, Dto. Ley 106, Arto 210.

(38) Código Penal, Dto. Leg. 2164, Arto. 359.

atención.

Hemos hecho mención al reconocimiento de la preñez, porque nos ha llamado la atención, pues de la lectura del actual Código Civil, se infiere que el reconocimiento a que la ley se refiere es al del hijo nacido y no del que está por nacer. Consideramos que este aspecto de la preñez tiene ventajas y desventajas, pues si se analiza desde el punto de vista de la prueba preconstituida pueden notarse las primeras, pero si se considera la posibilidad de que no nazca el hijo del que se había pretendido tal reconocimiento, se pueda abusar de tal situación y sustituir al menor por otro, y así se observarán las desventajas.

Pero el problema del reconocimiento se plantea siempre que sean hijos nacidos. El antecedente más remoto que hemos encontrado en nuestra codificación es el Código Civil de 1877, que establecía en primer término: "Los hijos ilegítimos, unos están reconocidos por el padre, y otros no", (es necesario recordar que este Código contemplaba la división de los hijos en legítimos, legitimados, e ilegítimos⁽³⁹⁾). Luego continuaba disponiendo: "El reconocimiento de los hijos ilegítimos se hará por el padre: 1o.— En el Registro Civil; 2o.— En escritura Pública; 3o.— En testamento⁽⁴⁰⁾". El Código de 1877, fue reformado por el Decreto Gubernativo Número 591 de Manuel Estrada Cabrera, el cual establecía luego de una parte considerativa en la que reflejaba los abusos de los padres sin escrúpulos, en su artículo primero: "La filiación de los hijos ilegítimos (nótese que no varió sin embargo esa palabra discriminatoria), sólo podrá probarse en juicio por uno de los medios siguientes:

I.— Por inscripción en el Registro Civil firmada por el padre; II.— Por escritura pública; III.— Por testamento, aún cuando después sea revocado; IV.— Por confesión judicial; V.— Por reconocimiento judicial de documentos privados; VI.— Por documentos públicos o auténticos en que directamente o indirectamente se reconozca al hijo; VII.— Por estar el hijo en posesión notoria de tal estado; VIII.— Por justificarse que los padres del hijo vivieron maridablemente en una misma casa; y que si se hubieran separado, el hijo nació dentro de los trescientos días siguientes al de la separación; IX.— En los delitos de violación, rapto o estupro, podrá declararse la paternidad del delincuente, a solicitud de parte interesada, si la época de la concepción corresponde a la comisión de alguno de aquellos delitos⁽⁴¹⁾. Analízase que el Dto. 591 adicionó a

(39) Código Civil de 1877, Aeto. 228.

(40) IBIDEM, Arto. 229.

(41) Dto. Gub. 591, Arto. 1o.

las formas de comparecencia al Registro Civil, de escritura pública y de testamento, que consagraba el Código de 1877, las de confesión judicial, de reconocimiento judicial de documentos privados, la de documentos públicos o auténticos en que directa o indirectamente se reconozca al hijo, el caso de la vida maridable y la presunción de los 300 días a su separación, los delitos de violación, raptó y estupro, coincidentes con la fecha de la concepción.

Si bien es cierto que el Decreto citado, produjo un notable avance legislativo y social en el sentido de que adicionó a seis medios más la investigación de paternidad y de agregar, para el caso de la forma testamentaria de reconocimiento "aún cuando después sea revocado", también debemos hacer la consideración de que se establecieron cuestiones arbitrarias, tales como la declaración de paternidad por medios susceptibles de probarla, tal el caso de la declaración de testigos y otras que pueden llevar duda al ánimo del juzgador, ya que como el mismo Decreto indicaba, "por documentos públicos o auténticos en que directa o indirectamente se reconozca al hijo". Esto creaba, la ardua tarea de interpretar cuando un hijo estaba "indirectamente" reconocido como tal, en un documento público o auténtico.

El Código Civil anterior al vigente, tenía en desorden las instituciones de la filiación, haciendo una mezcla confusa de las normas relativas a la misma dentro y fuera del matrimonio.

En cuanto al sub-tema que estamos tratando, o sean las formas de reconocimiento, el Arto. 171 establecía: "El reconocimiento podrá hacerse por comparecencia en el Registro Civil, por escritura pública o por testamento. Las mujeres mayores de catorce años tienen capacidad para hacer el referido reconocimiento en el Registro Civil o en escritura pública. Tal reconocimiento es irrevocable."(42)

El Código Civil vigente establece como medios o formas de reconocimiento, en el Arto. 211, los siguientes: "El reconocimiento voluntario puede hacerse:

- 1.— En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el Registrador Civil;
- 2.— Por acta especial ante el mismo Registrador;
- 3.— Por escritura pública;
- 4.— Por testamento;
- 5.— Por confesión judicial. En los casos de los tres últimos

(42) Dto. Leg. 1932, Arto. 171.

incisos de este artículo, debe presentarse al Registrador Civil testimonio o certificación del documento en que conste el reconocimiento para su inscripción y anotación de la partida respectiva"⁽⁴³⁾. La exposición de motivos de nuestro actual Código, revela que ha sido agregada la confesión judicial a los ya establecidos. Esta confesión puede producirse al contestarse la demanda, al absolverse posiciones o por acta levantada ante la autoridad judicial⁽⁴⁴⁾. Estamos de acuerdo con la exposición, pero debemos indicar que este medio ya estaba contemplado en el Dto. Gub. 591 de Estrada Cabrera. Lo que sin duda se quiso establecer, es que el margen de la confesión judicial en la actualidad, es más amplio. A nuestro juicio, el fenómeno legislativo que se dió fue en primer lugar el de abolir en el Dto. 1932 la confesión judicial como medio de reconocimiento que ya contemplaba el Decreto citado de Estrada Cabrera y luego con el actual Decreto Ley 106 se contempla nuevamente y con más amplitud.

Como ya hemos referido con alguna insistencia, la filiación comprende dos grandes capítulos que son paternidad y maternidad, es por ello que el precepto citado establece lo siguiente: "Los padres pueden reconocer al hijo conjunta o separadamente", etc. Ello es lógico, pues en la filiación matrimonial, el aspecto del reconocimiento no presenta ningún problema por lo menos aparentemente, ya que por la misma condición de legitimidad de la relación, bastará con presentar los documentos justificativos del parentesco, para que los registros civiles procedan de inmediato a hacer la inscripción de nacimiento o en su caso la anotación respectiva, sin poner mayores obstáculos. En el aspecto de la filiación extramatrimonial, sí es necesario establecer en que el reconocimiento puede hacerse conjunta o separadamente. Esto es así porque, precisamente cuando hay procreación fuera del matrimonio es necesario la comparecencia del padre a quien va a afectar el reconocimiento.

Es importante también hacer mención de que conforme el artículo 219 del Código Civil vigente: "Cuando el padre o la madre hicieren el reconocimiento separadamente, no estarán obligados a revelar el nombre de la persona con quien hubieran tenido el hijo. Esto se debe a razones más que todo de carácter social. También en el segundo párrafo del artículo citado, se establece la siguiente prohibición: "No será permitido al padre hacer reconocimiento de hijos

(43) Código Civil, Dto. Ley 106, Arto 211.

(44) Federico Ojeda Salazar. Op. Cit. Pag. 53.

atribuyendo la maternidad a una mujer casada con otra persona, salvo que el marido haya impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable". La norma es clara y no podemos hacerle comentarios porquy el precepto desde todo punto de vista es inobjetable.

D) Irrevocabilidad del reconocimiento.

Nuestro Código Civil vigente, en su artículo 212 dice: "El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo. Si se ha hecho en testamento y éste se revoca, no se tiene por revocado el reconocimiento. Tampoco puede sujetarse a ninguna modalidad".⁽⁴⁵⁾ El precepto repite lo que establecía el Dto. Legislativo 1932 en su artículo 171, último párrafo, "Tal reconocimiento es irrevocable".⁽⁴⁶⁾

El Código Civil de 1877 y el Decreto Gubernativo 591, no contemplaban ninguna disposición similar.

Reflexionando sobre el artículo 212 del actual Código Civil se llega a la conclusión de que el reconocimiento, como acto declarativo, impide acto posterior por quien lo haya hecho, con el objeto de revocar la declaración de voluntad por la cual un hijo ha quedado reconocido. Sin embargo, a nuestro juicio, aunque la ley no lo establezca, por razones de justicia estimamos que si cabe la posibilidad de impugnar la filiación, si por ejemplo, una persona ha hecho un reconocimiento por error, creyendo que es el auténtico progenitor de otra, con absoluta buena fé y se descubre que no hubo ninguna posibilidad para la procreación. Igual posibilidad cabría cuando el reconocimiento fuera hecho por coacción, caso en el cual estimamos que podría pedirse la nulidad del acto.

Nuestra ley contempla en su artículo 213, "Que es válido el reconocimiento que se hace por medio de testamento, aunque éste se declare nulo por falta de requisitos testamentarios especiales que no hubieran anulado el acto si sólo se hubiera otorgado el reconocimiento".⁽⁴⁷⁾ Este principio contiene un elemento de justicia que es necesario analizar, puesto que como es muy difícil probar la filiación por otros medios que no sean lo que en la anterior legislación se denominaba "principio de prueba por escrito", es correcta la norma citada, puesto que el hecho de anular un testamento por razones formales no anula la voluntad ya expresada, ni el derecho adquirido por el hijo reconocido.

(45) Código Civil Dto. Ley 106, Arto. 212.

(46) Dto. Leg. 1932, Arto. 171.

(47) Código Civil Dto. Ley 106, Arto. 213.

X. Impugnación del reconocimiento cuando no hay intervención en el mismo.

El segundo párrafo del artículo ya citado 214 del Código Civil vigente establece: "El padre o la madre que no intervino en el acto, así como el propio hijo o **un tercero interesado legítimamente**, puede impugnar el reconocimiento, dentro de seis meses a contar del día en que tal hecho fuere conocido por ellos". La experiencia nos ha demostrado que ocurre frecuentemente que en algunos Registros Civiles en donde los encargados no tienen mayores conocimientos legales, comparece una persona "a dar parte" de que en fecha determinada nació una persona, hija de otra (la presunta madre) y de otro (el presunto padre). En algunas ocasiones se acostumbra poner en el texto de la partida de la persona cuyo caso exponemos, los apellidos del padre presunto y luego al finalizar la misma se pone la siguiente frase: "Al margen se lee... y se pone un solo apellido o sea el materno. No negamos que esto último sea correcto porque la filiación materna, según nuestro derecho se presume del sólo hecho del nacimiento, pero es un grave error hacer la indicación de que el padre es determinada persona, cuando se trata de una filiación extramatrimonial y no se ha comparecido personalmente a hacer el reconocimiento, por lo cual la acción contemplada en el artículo a que nos referíamos, es necesaria y de plena justicia. También podría tratarse del caso de una anotación marginal hecha por un Registro Civil en atención al testimonio de escritura pública, en la cual comparezca apoderado que no tenga la facultad especial para reconocer hijos, luego la persona a quien afecta dicho reconocimiento se entera e inicia la acción de impugnación. Como podrá verse, la casuística nos puede dar varios ejemplos en los cuales el derecho de quien no ha intervenido es indudable. De la lectura del precepto analizado se puede interpretar que el propio hijo puede hacer la impugnación. Nuestra opinión es que el hijo puede hacerlo de las siguientes maneras: 1o. Si es menor, a través de quien lo represente o del Ministerio Público; 2o. Si es mayor de edad, como el mismo artículo lo indica, puede contradecir el reconocimiento dentro del año siguiente a su mayoría.

Con relación a la redacción del artículo que estamos analizando, se presenta la posibilidad de que se impugne también por un "tercero interesado legítimamente". No sabemos por qué está redactado así en nuestro actual Código, pues ello, creemos, se presta a que los jueces interpretan en diversas formas cuál es el concepto de tercero legítimamente interesado. Creemos mejor

la redacción del anterior Código que establecía en su Arto. 177, "El reconocimiento puede ser impugnado por el hijo, por la madre y por cualquier persona a quien le perjudique"⁽⁴⁸⁾, de esta manera quedaría al Juez establecer si la persona que se creyó perjudicada tenía efectivamente derecho a hacer la impugnación".

F) Impugnación del reconocimiento por el hijo que ha cumplido la mayoría de edad.

Expusimos que el hijo tiene dos maneras de impugnar la paternidad, así: 1o. Si es menor, por la persona que lo represente o por el Ministerio Público; 2o. Si es mayor de edad, y no está en estado de interdicción, actuando por sí mismo; al efecto, el tercer párrafo del citado artículo 214 del Código Civil vigente dice: "Si el hijo fuere menor de edad, puede contradecir el reconocimiento dentro del año siguiente a su mayoría". Lo anterior induce a pensar que lo que quiso decir el legislador es que si el reconocimiento se hizo cuando el hijo era menor de edad, este podía contradecirlo al año siguiente de haber cumplido la mayoría. Estimamos, que la norma no es clara porque el párrafo anterior se limita a decir que el reconocimiento puede ser impugnado por el hijo y luego en el párrafo final dice: "Si el hijo fuere menor de edad, etc." Creo que la norma del Código anterior contenida en el Artículo 174 estaba mejor redactada, decía así: "El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento. Si el reconocido es menor de edad, podrá rechazar el reconocimiento cuando cumpla diez y ocho años, pero deberá hacerlo dentro de dos años, contados desde su mayoría, si antes tenía noticias del reconocimiento, y en otro caso, desde que la tuvo, y quedará obligado, si rechaza el reconocimiento a devolver el valor de los alimentos recibidos"⁽⁴⁹⁾. El mismo derecho quedaba ya contemplado en el Arto. 232 del antiguo Código Civil de 1877, que decía aunque en forma más escueta: "Corresponde también el derecho de contradecir la filiación al mismo hijo, que reconocieron los que se suponen sus padres ilegítimos"⁽⁵⁰⁾. No sabemos también las razones que indujeron al legislador del vigente Código a establecer el término de un año para contradecir el reconocimiento, a partir de la mayoría del hijo y no de dos años; además consideramos más justa la prescripción del citado precepto del Código anterior, al establecer: "Si antes tenía noticia del reconocimiento, y en otro caso, desde

(48) Dto. Leg. 1932, Arto. 177, 4.

(49) Dto. Leg. 1932, Arto. 174.

(50) Código Civil de 1877, Arto. 232.

que la tuvo”, porque efectivamente puede ser que una persona tenga o nó noticia de que ha sido reconocida y es frecuente que una persona que ha sido abandonada en su minoridad posteriormente se entere de su filiación paterna o materna.

G) Reconocimiento por los Abuelos.

Según el artículo 216 del actual Código Civil: “En caso de muerte o incapacidad del padre o de la madre, el hijo puede ser reconocido por el abuelo paterno o por el abuelo materno respectivamente”.

Si el incapaz recobrar la salud, podrá impugnar el reconocimiento dentro del año siguiente al día en que tenga conocimiento de aquel hecho”. El Licenciado Federico Ojeda Salazar, dice en la exposición de motivos del Código Civil: “Una disposición más para el reconocimiento, a fin de que este acto pueda realizarse aunque el padre o madre ya no pudiera hacerlo. Estos parientes consanguíneos en primer grado con respecto al padre o madre del hijo que debe ser reconocido, si están enterados de la paternidad o maternidad, se les capacita para reconocer al hijo cuando **voluntariamente** quieran hacerlo”⁽⁵¹⁾. La crítica que nos merece este artículo es la siguiente: 1o.— Para el caso de incapacidad, aceptamos que puedan los abuelos hacer ese reconocimiento, puesto que tienen calidad de representantes del incapacitado, por otra parte la norma es amplia al conceder al incapaz que recobrar la salud, la impugnación del reconocimiento dentro del año siguiente, pero en este caso **al día en que tenga conocimiento de aquel hecho** y no en la forma tan restrictiva en que criticábamos estaba redactado el término para la impugnación por el hijo que hubiera cumplido la mayoría de edad; 2o.— Para el caso de muerte del padre o de la madre, se debe la creación del artículo a razones de índole sentimental ya que a menudo, por cuestiones demasiado formales, queda un menor sin reconocimiento y el precepto se adecúa a nuestra realidad social; sin embargo, debemos hacer la consideración relativa a que esta clase de reconocimiento es **voluntario** de la parte por la cual se haga y no como incorrectamente y de manera frecuente, se cree que en forma contenciosa se pueda demandar, muerto el padre, a cualquiera de los abuelos.

(51) Federico Ojeda Salazar, Op. Cit. Pag. 53.

B A quien afecta el reconocimiento separado

Expusimos con anterioridad que según la prescripción del citado artículo 214 del Código Civil: "Los padres pueden reconocer al hijo conjunta o separadamente"; hemos ahora de analizar el segundo párrafo de dicho artículo, que establece: "El reconocimiento hecho por un sólo de los padres, sólo produce efecto respecto de él". El artículo 170 del Código Civil anterior decía: "Los hijos podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos y tal reconocimiento determinará su filiación"⁽⁵²⁾. El Código Civil de 1877 no lo establecía en la forma más o menos coincidente de los Códigos ya mencionados y decía en su artículo 230: "El reconocimiento que hiciere el padre sin noticia y confesión de la madre, no tiene efecto, sino respecto de él"⁽⁵³⁾.

Lo dispuesto por las leyes citadas en el párrafo precedente, se debe a que en la filiación extramatrimonial el reconocimiento puede hacerse en forma separada y los efectos jurídicos que emanan del vínculo jurídico-biológico que produce la filiación extramatrimonial, son para el que ha efectuado dicho acto declarativo o para el padre sobre el cual ha recaído sentencia firme declarando la filiación. En efecto, aunque toda nuestra legislación actual no haga distinciones ni discriminaciones respecto de los hijos, el tratamiento jurídico de la filiación fuera del matrimonio tiene distinto matiz ya que como se pudo observar, el reconocimiento de un hijo no tiene efectos jurídicos más que para quien lo hace.

1.- Reconocimiento hecho por un menor.

El artículo 217 del Código Civil establece: "El varón menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial"⁽⁵⁴⁾. Según nuestra opinión, el precepto es claro y conlleva dos aspectos, el primero, el de reafirmar lo preceptuado por el Código citado en el arto 8 que dice: "La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad."⁽⁵⁵⁾, el segundo, es dotar de seguridad a los actos sobre la vida extramatrimonial de un menor de sexo masculino. el artículo 218 del Código Civil contempla el caso de

(52) Dto Leg. 1932, Arto 170.

(53) Código Civil de 1877, Arto. 230.

(54) Código Civil, Dto Ley 106, Arto 217.

(55) IBIDEM, Arto. 8o.-

reconocimiento del hijo por la mujer menor de edad y dice: "La mujer mayor de 14 años si tiene la capacidad civil necesaria para reconocer a sus hijos, sin necesidad de obtener el consentimiento a que se refiere el artículo anterior"⁽⁵⁶⁾. Es correcto el precepto en la forma en que se encuentra regulado, porque ello evita algunos problemas que se dan en la práctica, como el que relato a continuación: una mujer de 15 años queda preñada, da a luz a su hijo y transcurre el término que el Código Civil establece para que se asiente la partida de nacimiento del menor que procreó. La certificación de la partida de nacimiento del hijo de dicha mujer es indispensable para poder ejercitar acción ordinaria para que se determine la paternidad, por lo que si el precepto no estuviera como actualmente se regula, tendría que esperarse que el representante legal de la menor o el Ministerio Público, solicitaran la inscripción extemporánea, con o sin el pago de la multa que impone el Registro Civil, por no haberse efectuado el asiento en tiempo, lo que sería un trámite dispendioso y lento.

4) CASO ESPECIAL CONTEMPLADO EN LA LEY PARA LA PERSONA QUE HA EJERCITADO TUTELA DE HECHO SOBRE MENORES.

El artículo 219 del Código Civil establece: "La mujer que ha cuidado a un niño, como hijo suyo, y ha proveído a su subsistencia y educación, tiene derecho a que no lo separen de ella por efecto del reconocimiento que un hombre haya hecho del menor. Pero si fuere obligada a entregarlo por resolución judicial, el padre que pretenda llevárselo, deberá previamente pagar el monto de lo gastado en el sostenimiento del niño"⁽⁵⁷⁾. Indica el Licenciado Federico Ojeda Salazar en la exposición de motivos del Código Civil, que el citado artículo ha sido tomado en parte del Código Civil mexicano y que se considera adecuado a nuestras costumbres, con un fondo de equidad y de humanidad. Continúa diciendo: "Así se evitará que el reconocimiento lo haga el padre por motivos egoístas ajenos por completo al interés y bienestar del hijo". El término "tutela de hecho" lo hemos empleado con algo de propiedad en la práctica del Bufete Popular, por estimar que se trata precisamente de una tutela que no es ni legítima, ni testamentaria, ni judicialmente declarada, sin excluir la posibilidad de que pueda denominársele en otra forma, por ejemplo: custodia y guarda sin patria potestad, custodia de menores sin declaración judicial, depósito de hecho, etc., lo importante es que el precepto

(56) Código Civil, Dto. Ley 106. Arto. 218.

(57) Código Civil, Dto. Ley 106. Arto. 219.

es cuestión, como bien dice el Lic. Ojeda Salazar tiene un fondo de equidad y de humanidad y su regulación responde a una necesidad de justicia social. Es evidente que con frecuencia las madres al verse desamparadas por la falta de reconocimiento de sus menores, los dejan al amparo de otras personas, estableciéndose un lazo sentimental entre las personas que los han acogido y los menores. Posteriormente los padres los reconocen y ejercitan acciones de restitución de guarda de los mismos, sin responder económicamente al esfuerzo que las personas ajenas al vínculo de la filiación han realizado, quizás exponiendo nuevamente a los menores al ejemplo de un hogar desorganizado. Todas estas cuestiones impulsaron al legislador a la creación del precepto citado, que nos parece justo y adecuado a la realidad social del país, pero que según nuestra opinión, por razones de técnica, no debería estar regulado dentro del capítulo de la filiación extramatrimonial, sino en el de la patria potestad o en uno aparte, aunque si bien es cierto tiene conexidad con el tema del reconocimiento de los hijos fuera del matrimonio.

5) ACCIONES JUDICIALES SOBRE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.

a) Aspectos general e imprescriptibilidad; b) Acción contra el padre que vive; c) Casos en que puede ser declarada la paternidad según el Arto. 221 del Código Civil; d) Presunción de paternidad cuando hay unión de hecho no declarada; e) Acciones contra la madre que vive; f) Posesión notoria de estado. Análisis de los requisitos legales.

El tratamiento de las acciones judiciales sobre la filiación extramatrimonial lo haremos desde el punto de vista de nuestro ordenamiento legal sustantivo.

A) Aspecto General e imprescriptibilidad de las acciones.

El artículo 220 del Código Civil establece: "El hijo que no fuera reconocido voluntariamente, tiene derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto a él"⁽⁵⁸⁾. Como podemos observar, si el reconocimiento no se ha hecho en forma voluntaria por quien deba hacerlo, el hijo puede pedir sin ninguna limitación en el tiempo, la declaración judicial de filiación paterna o materna. Dicho precepto se

(58) Código Civil Dto. Ley 106, Artículo 220.

encontraba regulado en el Código Civil anterior en el Arto. 160, que correspondía a la vez al artículo 5o. del Decreto Legislativo número 2010, en la siguiente forma: "El hijo puede, en todo tiempo, pedir que se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto a él"⁽⁵⁹⁾. El Código de 1977 lo contemplaba en el Arto. 221 pero sólo como derecho para los hijos "legítimos" o de matrimonio, por lo que podemos asegurar que la institución de la imprescriptibilidad es un adelanto del presente siglo. A continuación analizamos las acciones de filiación extramatrimonial, egún se trate del padre o de la madre a quien vaya a reclamarse judicialmente, indicando que lo haremos en el supuesto de que la persona demandada está viva, pues en caso contrario se presentan otros supuestos de especial interés.

B) Acción contra el padre que vive.

Este es precisamente uno de los aspectos más interesantes de nuestra realidad social, puesto que es más frecuente que las acciones judiciales para establecer la filiación sean dirigidas a la investigación de paternidad, ya que por razones instintivas, es mucho más difícil que la madre que ha llevado dentro de su ser a un hijo, lo deje expuesto o hayan otras circunstancias en las cuales se tenga que entablar acción judicial para determinar la maternidad, no siendo igual en el caso de la paternidad, porque el padre no tiene estos instintos naturales de que está dotada la madre y por otra parte en nuestro medio, están muy acusados los rasgos de falta de educación familiar, moral y religiosa, incidiendo todos estos factores para que en nuestro país hayan más hijos sin padre que sin madre y sin filiación conocida totalmente. Frecuentemente sucede que la procreación, al darse fuera del matrimonio, suscite las siguientes modalidades: 1o. Que el hijo se haya procreado como mero resultado de relaciones de tipo amoroso sin hacer vida en común; 2o. Que el hijo sea procreado habiéndose dado entre los progenitores algún tipo de relación marital; 3o. Que el hijo haya sido engendrado como resultado de una acción criminal, o sea, alguno de los delitos que implican conjunción carnal entre la víctima y el delincuente; 4o. Que el hijo extramatrimonial sea procreado por una mujer con suficiente capacidad física para concebir, por

(59) Dto. Leg. 1932, Artículo 160.

inseminación artificial, desconociéndose o conociéndose quien es el productor del semen referido, pero que no haya entre ellos relación matrimonial.

Nuestra ley tiene contemplados los casos referidos en el párrafo anterior en los numerales 1o., 1o. y 3o., no así en el 4o. Generalmente, a la acción contra el padre va precediéndole el ruego de la madre o del hijo en su caso, para que se reconozca al mismo, con cualquiera de las modalidades que para el efecto trae reguladas nuestra legislación; esto naturalmente, si se trata de los aspectos 1o., 2o. y posiblemente el 3o. del párrafo anterior citado. En nuestro medio, dicha fase queda agotada ya sea por citaciones de conciliación que para el efecto hacen los tribunales privativos de familia, personalmente por concurrencia de la madre o representante legal ante la persona de la cual se reclama la paternidad, o por citación que extrajudicialmente para el efecto haga el apoderado, el abogado gestionante o los bufetes populares que funcionan en nuestro país. Al quedar agotada la vía conciliatoria y si el presunto padre no accede a lo solicitado, queda abierta la posibilidad de iniciar el juicio ordinario para establecer la paternidad de la persona de la cual se reclama.

Nos interesa manifestar que la acción puede entablarse contra el padre presunto que vive, o contra su mandatario con facultades suficientes para reconocer hijos o desconocer parientes. Esto, como se verá, en el aspecto procesal presenta alternativas y problemas interesantes que no encontraremos a tocar en este capítulo, concretándonos a establecer, por de pronto, que las acciones en vida del presunto padre deben interponerse ante éste, contra su apoderado judicial o tutor debidamente expensado como ya dijimos y no contra otra persona, por ejemplo contra un matrimonio conjuntamente, contra los abuelos, o contra apoderado sin facultades, porque ello sería notoriamente impropcedente.

C) Casos en que puede ser declarada la paternidad según el Artículo 221 del Código Civil.

El artículo que citamos en el subtítulo que antecede, dispone: "La paternidad puede ser judicialmente declarada:

- 1o. Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca;
- 2o. Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre;
- 3o. En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época del delito

- coincida con la de la concepción; y
- 4o. Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción.s,(60).

El Código Civil de 1877 no tenía establecido el precepto citado anteriormente. El citado Dto. Gub. 591 del Presidente Estrada Cabrera, ya contemplaba los citados incisos, pero en la forma en que quedó establecido, es decir, como pruebas de la filiación de los hijos "ilegítimos". El actual Código ha agrupado con mejor conocimiento de la técnica legislativa algunos preceptos del citado Decreto Gubernativo y ha refundido también normas que se encontraban en desorden en el Código Civil anterior, Decreto Legislativo 1932, en los artículos del 166 al 178, capítulo II del título VI, al que denominaba "pruebas de la filiación".

El actual precepto, lo analizamos así:

1o. Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca. El inciso es amplio porque se hace alusión a cartas que obviamente son documentos privados y a escritos que pueden serlo también sin necesidad de ser cartas, tales como: postales, tarjetas, papeles, textos escritos al dorso de fotografía, poemas, dedicatorias de libros, partituras, etc., en fin todo escrito que revele la presunta paternidad. En cada caso se darán situaciones quizás imprevistas dentro del juicio, pero da un amplio margen a que el juez, si efectivamente hace una valoración sana de la prueba, decida con criterio discrecional y tutelar. No queremos hacer mención de otros problemas porque consideramos que son de carácter procesal, con la intención de referirnos a ellos en el capítulo respectivo. En cuanto a "documentos", la ley no establece a qué clase de documentos se refiere dejando la distinción de los mismos para el momento de dictar la sentencia. Pensamos que se puede tratar de cualquier clase de documentos, públicos, privados o auténticos.

Dejemos establecido que las cartas, escritos o documentos a que nos referimos, tienen según nuestra opinión que tender a demostrar la paternidad y no estar referidos a temas muy diferentes. Sin embargo, cuando no sean definitivos en el sentido de reconocer la paternidad y hayan sido negadas como procedentes del demandado, si se logra probar posteriormente su autenticidad, pueden servir de fuerte presunción al juzgador para declararla, en base de la mala fé del litigante.

(60) Código Civil, Dto. Ley. 106, Artículo 221.

2o. Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre.

No haremos el análisis del inciso porque a este tema y sus elementos "nomen, tractatus y fama o reputatio" tradicionales de la doctrina, nos referiremos en apartado especial.

3o. En los casos de violación, estupro o rapto, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

Este apartado ya se contemplaba en el Decreto 591 del Presidente Estrada Cabrera en el artículo primero, No. IX, sin ninguna variante especial a la regulación actual. En el Código anterior se encontraba en el artículo 178, necesitándose también que fueran (no decía claramente), 180 o 300 días de la presunción legal establecida por el mismo Código para el caso de la procreación dentro del matrimonio, según decía "y el nacimiento hubiera ocurrido en las épocas fijadas en el artículo 150"⁽⁶¹⁾. Estimamos que el inciso, tal como se encuentra actualmente, está mejor redactado, porque no presenta ninguna limitación de tiempo, dejando al Juez la oportunidad de establecer con buen criterio el tiempo de la concepción. Sólo dejaremos expuesto, para cuando nos refiramos a ello en capítulo específico, que ninguno de los Códigos y leyes mencionados se refieren al delito de abusos deshonestos y del cual habremos de hacer especial estudio.

4o. Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción.

Esta es una presunción IURIS TANTUM, que favorece la determinación de la paternidad por el hecho de vida maridable, o, como dice Rojina Villegas, concubinato, pero al igual que en los demás casos establecidos por el artículo 221 ya citado, no impide demostrar que el hecho de la vida maridable no siempre conlleva la procreación, y contradecirse por el presunto padre, por medio de excepciones como la "exceptio plurium constupratorum", infertilidad y otras a las que nos referiremos oportunamente.

D) **Presunción de la paternidad cuando hay unión de hecho no declarada.**

El Artículo 222 del Código Civil establece: "Se presumen hijos de los

(61) Dto. Leg. 1932. Arto. 178.

padres que han vivido maridablemente.:

- 1o. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que iniciaron sus relaciones de hecho; y
- 2o. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que cesó la vida en común" (62)

Según la prescripción del artículo anterior, se colige que el precepto consagra dos presunciones IURIS TANTUM de la paternidad cuando hay unión de hecho no registrada o declarada. Las razones por las cuales consideramos que se trata de unión de hecho no registrada son las que exponemos a continuación:

1o.— Para que la unión de hecho pueda declararse a inscribirse "siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años" (63). Del apartado anterior podemos decir que por ejemplo dentro de los 180 días del inicio de la vida marital no podría la pareja tener derecho a hacer la declaración de la unión de hecho, porque aún se inicia. En igual forma, si la unión no duró más que un año y se necesitaban tres para declararla, tampoco habría unión de hecho legalizada, por lo que se establece la presunción de los trescientos días posteriores al cese de la unión:

2o. Afirmamos que el precepto trata a la filiación extramatrimonial de los hijos en la unión de hecho no declarada, porque en el artículo 182 del Código Civil se establecen presunciones IURIS TANTUM sobre la filiación de los hijos procreados en la unión de hecho legalizada, y a la vez los efectos de la inscripción.

El precepto del Código, que analizáramos se encuentra adecuado a nuestra realidad social y no le hacemos ninguna objeción. Las presunciones que establece el artículo al que nos referimos son presunciones IURIS TANTUM y por lo mismo pueden ser atacadas con cualquier medio de prueba pertinente por el presunto padre, tocando al juez establecer en sentencia lo relativo a la procedencia de la acción demandada.

(62) Código Civil, Dto. Ley 106, Arto 222.

(63) IBIDEM, Arto. 173.

E) Acciones contra la madre que vive.

Como dijimos anteriormente, la filiación extramatrimonial también puede ser materna, porque el hecho biológico de la procreación, supone siempre una persona de sexo femenino, o sea la madre. Expusimos también las razones por las cuales es menos frecuente que una madre sea demandada en juicio ordinario para la determinación de maternidad. Sin embargo, a pesar de lo poderoso de l instinto materno, no siempre la madre conserva al hijo después del parto y hasta han pasado ya al terreno de lo novelesco, situaciones en que madres tuvieron que ocultar a un hijo dado a luz para evitar "su deshonra", pues hubo tiempos pasados en los cuales a algunas damas la maternidad las deshonraba. En la actualidad, ciertos prejuicios han desaparecido y la procreación sin que se celebre matrimonio ya no es deshonra para la mujer que vela concientemente por sus hijos y sabe la igualdad de derechos que poseen los mismos, derivados de la Constitución y la ley.

La determinación de maternidad también puede presentar variados problemas, como son: el cambio de un hijo por otro en un centro hospitalario, la disputa de un hijo por varias mujeres que han dado a luz en una misma casa, la situación de niños expósitos o de menores abandonados de los cuales la madre desea que se declare la maternidad, etc. Aunque los procedimientos científicos no se encuentran plenamente valorados en nuestra jurisprudencia como prueba, ya que aspectos como el de clasificación de grupos sanguíneos son conquistas del presente siglo y aún todavía hay mucha discusión al respecto, sin embargo, estamos plenamente seguros de que la determinación de la maternidad en forma judicial en la época actual, no será ya como la legendaria que efectuara Salomón y que aparece citada en la Biblia a I-REYES, Capítulo 3 versículos 16 a 28⁽⁶⁴⁾, sino que se deberán admitir todos los medios posibles de prueba para su justa determinación.

Nuestra legislación no tiene ninguna limitación para que pueda ser reclamada la maternidad, ya por el hijo que la pide según el citado artículo 220 que establece la imprescriptibilidad de la acción, ora por la madre que pretenda la filiación con relación a determinado hijo, bien por el heredero del hijo no reconocido.

(64) LA BIBLIA Antiguo Testamento, I - Reyes - Capítulo 3 versículos 16-28.-

F) Posesión notoria de estado. Análisis de los requisitos legales.

El Arto. 223 del Código Civil establece: "Para que haya posesión notoria de estado se requiere que el presunto hijo haya sido tratado como tal por sus padres o los familiares de éstos y que, además concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1o. Que hayan proveído a su subsistencia y educación;
- 2o. Que el hijo haya usado, constante y públicamente, el apellido del padre; y
- 3o. Que el hijo haya sido presentado como tal en las relaciones sociales de la familia".⁽⁶⁴⁾

El precepto se presenta con caracteres de justicia, pero sus elementos no deben interpretarse en forma antojadiza, sino como dice la norma, que el hijo haya sido "tratado como tal" por sus padres o los familiares de éstos y que además concorra cualquiera de las circunstancias que ya se citaron. El Código Civil de 1877 no establecía norma alguna referida a la posesión notoria de estado, como ahora se regula porque la "posesión de estado" como la denomina Cicu, estaba al igual que en la doctrina italiana concedida a los hijos procreados en el matrimonio.⁽⁶⁵⁾

El Decreto Gubernativo 591 de Estrada Cabrera, ya citado, establecía como prueba en juicio para la filiación de los hijos "ilegítimos", artículo 1o. apartado VII "Estar el hijo en posesión notoria de tal estado".⁽⁶⁶⁾ Dicho Decreto fue promulgado el 30 de noviembre de 1898, por lo que lo consideramos una conquista legislativa del siglo pasado. El anterior Código Civil establecía en el artículo 167 exactamente los mismos requisitos del actual, pero agregaba las presunciones de 180 y 300 días del inicio o término de la relación, por lo que consideramos que era mucho más restrictivo que el actual.⁽⁶⁷⁾

Seguidamente analizaremos el aspecto sustantivo de la norma citada de nuestro Código vigente, con algunas reflexiones que consideramos propias.

(65) Antonio Cicu. Op. Cit. pag. 30

(66) Dto. Gub. 591. Arto. 1o.

(67) Dto. Leg. 1932. Arto. 167.

Dice el artículo que analizamos: "que el presunto hijo haya sido tratado como tal por sus padres o los familiares de estos". Para lo anterior hacemos la siguiente reflexión: El presunto padre de un hijo ha sido infértil durante toda la vida, pero los familiares de éste siempre han tratado como hijo del referido a otra persona, lo que nos hace pensar que la forma en que se establece la norma no es totalmente correcta, si el padre a sabiendas de su impedimento de procrear se ha negado a hacer el reconocimiento voluntariamente. Igual caso pensamos que sucedería, cuando el reconocimiento se pide a una madre que es estéril de nacimiento, en base de tal situación familiar. Por lo anterior consideramos acertada la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que en sentencia estableció: "La posesión de estado de hijo natural sólo puede dimanar de actos directos realizados por el padre, sin que en ningún caso pueda derivarse de los realizados por alguno de los parientes"⁽⁶⁸⁾. De lo anterior podemos además considerar que si bien, el elemento clásico del TRACTATUS o tratamiento que establece la norma citada, puede enlazarse con cualquiera de las circunstancias que establece dicho artículo 223, consideramos acertada para este aspecto, la opinión sustentada por PEREZ GONZALEZ y CASTAN al decir que la jurisprudencia española "no se contenta con que los actos constitutivos de la posesión de estado hayan sido realizados por el padre, en calidad de tal, sino que además ha exigido de manera muy reiterada, y con una tendencia quizá exagerada a transformar la posesión de estado en un reconocimiento tácito, que los actos que la sirven de base sean de tal naturaleza que revelen, a la vez que el CONVENCIMIENTO de la paternidad, la VOLUNTAD OSTENSIBLE Y CONTINUADA de tener o tratar al hijo como tal en las relaciones de la vida social"⁽⁶⁹⁾. Para concluir con las consideraciones anteriores, solamente deseamos indicar, que el hecho de que en el elemento clásico del TRACTATUS, nuestra ley incluya a los familiares, puede ser un motivo de elasticidad de la norma, pero que debe analizarse por el juez de acuerdo a las pruebas que de ello se le presenten, las circunstancias de cada caso, servirán no para formar una jurisprudencia uniforme, sino sólo de experiencia para resolver, pues en materia de filiación extramatrimonial, principalmente cuando es paterna, se presentan situaciones de relieve no muy claro, que nunca pueden tomarse como criterio definitivo para juzgar.

(68) Diego Espín, Op. Cit. pag. 308

(69) IBIDEM, pag. 308.

El inciso 1o. del Arto. 223 ya citado, establece "Que hayan proveído a su subsistencia y educación", entendemos que la norma establece que además del tratamiento de hijo se le haya prodigado el alimento y la educación. Esta es una presunción muy fuerte de la filiación extramatrimonial en la posesión notoria de estado, porque nadie que se crea obligado a educar y alimentar a otra persona, lo hace, sino por motivos de piedad o de caridad, pero en este caso la relación será de carácter humano y no por aquel sentimiento de responsabilidad que la persona tiene y la obliga moralmente a la subsistencia y educación, por saber que hay un vínculo biológico que la une con el presunto hijo. En la actualidad los protectores han pasado a la historia, debido a diversas razones de tipo social, cultural y principalmente económico. La creación de instituciones de beneficencia y asilo, así como de entidades encargadas de la guarda temporal de menores, ha atenuado la existencia de protectores unipersonales, lo que hace que la presunción de filiación a que nos referimos con anterioridad, exista con justificación en nuestro actual Código Civil.

El inciso 2o. del citado artículo 223 dice: "Que el hijo haya usado, constante y públicamente el apellido del padre". Esto, sumado al tratamiento de hijo que haga el presunto padre, también constituye una presunción de la filiación extramatrimonial, pero hay que tener en cuenta que el inciso a que nos referimos no hace alusión simplemente al proceso conocido, notarial o judicialmente de la identificación de persona, que trataremos más adelante, sino que se necesita que al apellido del presunto padre, usado en forma constante y públicamente preceda el tratamiento de hijo, porque como prescribe el mismo Código Civil en su artículo 7o. párrafo segundo: "La identificación y el cambio de nombre no modifican la condición civil del que la obtiene ni constituye prueba alguna de la filiación"⁽⁷⁰⁾.

El inciso 3o. del ya citado artículo establece: "Que el hijo haya sido presentado como tal en las relaciones sociales de la familia"; a este elemento, que la doctrina clásica ha denominado como fama o reputatio, debe, como ya dijimos anteriormente, anteceder el hecho de ser tratado como hijo por el presunto padre o sus familiares, y según creemos, es una consecuencia obvia del tratamiento.

(70) Código Civil, Cto. Ley 106. Arto. 7o.

Hemos hecho un breve recorrido por la posesión notoria de estado, analizando los requisitos que nuestro Código Civil establece para que efectivamente exista. No hemos acudido a la doctrina, porque en la generalidad de los casos algunos tratadistas establecen la "posesión de estado" como inherente a la filiación que denominan legítima o de matrimonio. Consideramos que la doctrina española, aunque restrictiva, tiene algunos elementos importantes, y así Espín dice: "de los tres elementos citados que integran la posesión de estado, NOMEN, TRACTATUS y FAMA O REPUTATIO, tratándose de filiación natural es de singular relieve el segundo, comportamiento del padre para con el hijo, caracterizado por tres extremos, mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre, de forma que haga presumible la voluntad de éste de tratar como hijo al reclamante".(71)

Para nosotros los elementos de la posesión notoria de estado, nombre, tratamiento y fama, se encuentran regulados así: el tratamiento, quizás el elemento más importante, cuando el artículo 223 de nuestro Código dice: "que el presunto hijo haya sido tratado como tal por sus padres o los familiares de estos", etc.; el nombre, cuando el inciso 2o. del mismo artículo dice: "Que el hijo haya usado, constante y públicamente, el apellido del padre"; y la fama o reputación, cuando en el inciso 3o. dice "Que el hijo haya sido presentado como tal en las relaciones sociales de la familia".

Para Espín, el inciso primero que indica: "Que hayan proveído a su subsistencia y educación, puede asimilarse al tratamiento. Para el autor de este trabajo, es otro elemento del Código que puede combinarse con cualquiera de los otros tres, nombre, tratamiento y fama.

6) ACCIONES POST-MORTEM. 1.- Legitimación; 2.- Requisitos legales.

Nos hemos referido anteriormente a las acciones que el interesado puede ejercitar contra cualquiera de los padres que viven. Cabe preguntarse cuál es la

(71) Diego Espín Opus Cit. página 309.

situación de la persona humana, cuando ha fallecido otra de la cual pretendía el reconocimiento voluntario o bien la declaración judicial. Podrá pensarse que esta persona que ha quedado sin reconocimiento o sin declaración judicial sobre su filiación extramatrimonial, ya no puede pedir que la misma se declare, pero según podemos observar más adelante, nuestra legislación sí contempla la posibilidad de ejercitar la acción de filiación post-mortem, dándole como subtítulo a la norma que la establece "acción de filiación después del fallecimiento de los padres". La norma en cuestión será analizada al final de este apartado, por considerar que es necesario determinar, previamente, quién tiene legitimación para el ejercicio de la acción póstuma.

1.— Legitimación

Según nuestra ley "El hijo que no fuere reconocido voluntariamente tiene derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto a él. Los herederos del hijo podrán proseguir la acción que éste dejare iniciada al tiempo de su fallecimiento, o intentarla si el hijo falleciere durante su menor edad, o si hubiere adolecido de incapacidad y muriere de ese estado".⁽⁷²⁾

En el segundo párrafo del artículo citado se comprueba que los herederos del hijo podrán proseguir la acción que el mismo deje iniciada. La calidad de heredero tendrá que ser demostrada y para ello, según creemos, habrá que radicarse la sucesión, suscitándose cuestiones de índole procesal que no explicaremos aquí. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que la ley dice "heredero" y no se refiere a otra persona. El caso que analizamos es el de fallecimiento del presunto hijo, pasando seguidamente a analizar el caso de legitimación en caso de fallecimiento de los padres, al cual nos habíamos referido en la introducción de este apartado. Dice el primer párrafo del artículo 224 del Código Civil vigente: "La acción de filiación sólo podrá entablarse en vida del padre o de la madre contra quien se dirija, salvo en los siguientes casos, etc."⁽⁷³⁾. El aspecto de la legitimación en este caso, para iniciar la acción que declare la filiación póstuma, es más amplio que en el aspecto de fallecimiento del

(72) Código Civil, Dto. Ley 106 Arto. 220;

(73) Código Civil Dto. Ley 106 Arto. 224.

presunto hijo, porque cabe la posibilidad de que la inicie el hijo, o su representante legal en caso de minoridad o incapacidad. Por representante legal del hijo consideramos al padre o madre respectivamente en ejercicio de la patria potestad del menor o incapacitado, o bien al tutor o Ministerio Público, caso que es menos frecuente.

2.— Requisitos Legales

Como ya habíamos dicho, en la acción de filiación sólo podrá entablarse en vida del padre o de la madre contra quien se dirija, salvo en los siguientes casos: 1o. Cuando el hijo sea póstumo; 2o. Cuando la persona contra quien se dirija la acción hubiera fallecido durante la menor edad del hijo; y 3o. En los casos mencionados en el artículo 221 (cuando haya escritos, cartas o documentos, la posesión notoria de estado, los casos de delito sexual-violación, rapto o estupro, y la vida maridable al tiempo de la concepción con sus diversos requisitos). Haremos el análisis de los incisos a que se refiere el citado artículo 224 del Código Civil:

1o. Cuando el hijo sea póstumo. Esto indica claramente que el hijo haya nacido posteriormente al fallecimiento del presunto padre.

2o. Cuando la persona contra quien se dirija la acción hubiera fallecido durante la menor edad del hijo. El inciso se refiere al fallecimiento del presunto padre durante la minoridad del hijo que reclama. En este supuesto debe recalarse que no se trata de dirigir la acción a los abuelos, pues como ya dijimos cuando analizamos la prescripción legal del artículo 216 del mismo Código, esta es una posibilidad de reconocimiento voluntario que admite, desde luego, oposición, además podría ser que la representación del fallecido no la tengan los padres del mismo.

3o. En los casos mencionados por el artículo 221. Como ya lo expresamos anteriormente no creemos necesaria su repetición, solamente hacer la misma reflexión de que la acción debe estar dirigida al representante legítimo del fallecido, como expresáramos cuando nos referíamos al inciso 2o. del citado precepto.

La doctrina no ofrece ninguna información en cuanto al capítulo que

analizamos, por las razones ya indicadas de la falta de concordancia entre nuestro derecho y el que sirve de base a la generalidad de donde podemos obtener la mayor información bibliográfica. En el siglo pasado, esto es, en el Código Civil de 1877 y en el Decreto Gub. 591, ambos que contenían preceptos para la determinación de la filiación extramatrimonial, no habían normas para las acciones póstumas, por lo menos en lo que concernía a los hijos denominados "ilegítimos". El Código Civil anterior no era tan amplio pues decía: "El juicio de filiación sólo podrá entablarse en vida del padre o madre contra quien se dirija la acción, salvo en los casos siguientes:

1o. Cuando el hijo sea póstumo; 2o. Cuando la persona contra quien se dirija la acción hubiere fallecido durante la menor edad del hijo; y 3o. Si después de la muerte del padre o madre apareciere un testamento o instrumento público o auténtico o un documento privado debidamente reconocido o legalizado, en el que de una manera inequívoca se reconozca la filiación"⁽⁷⁴⁾. Es decir que no hacía mención a la posesión notoria de estado, a los delitos sexuales y de la vida marital, como actualmente está regulado en nuestro derecho.

7) ACCION DE DAÑO MORAL POR ACCESO CARNAL DELICTUOSO O MINORIDAD AL MOMENTO DE LA CONCEPCION. A) Relación de la acción de filiación extramatrimonial con la de acceso carnal delictuoso; b) Realidad social de nuestro país en cuanto a la acción de daño por minoridad al momento de la concepción.

Según el artículo 225 de nuestro Código Civil, "La madre tiene derecho a ser indemnizada del daño moral en los casos de acceso carnal delictuoso o de minoridad al tiempo de la concepción"⁽⁷⁵⁾. Este precepto contiene, como se observa, dos clases de acciones, una referida al daño moral derivado del acceso carnal delictuoso y otro de la minoridad de la reclamante al tiempo de la concepción. Esta es una acción específica de la mujer, al igual que la establecida por el citado Código para el caso de una persona que ha ejercitado la tutela de hecho sobre menores.

(74) Dto. Leg. 1932 Arto. 168.

(75) Código Civil Dto. Ley 106, Artículo 225.—

a) **Relación de la acción de filiación extramatrimonial con la de acceso carnal delictuoso.**

La acción de filiación extramatrimonial cuando se va a reclamar la paternidad, con base en el acceso carnal, o sea por alguno de los delitos sexuales (violación, estupro o rapto), tiene conexidad con la acción de daño moral por acceso carnal delictuoso, puesto que según consideramos, si está precede a la otra, es de suponerse una fuerte presunción de paternidad precisamente por la prescripción del inciso 3o. del ya citado artículo 221 del Código Civil que establece "En los casos de violación, estupro, o rapto, cuando la época del delito coincida con la de la concepción". Estimamos lo anterior, por dos razones: 1o. porque la acción penal puede ser que no se ejercite conjuntamente con la civil, pudiendo renunciarse en estos casos a la acción penal salvo lo preceptuado en el artículo 21 del actual Decreto 51-70 del Congreso de la República que establece: "En todos los casos de este artículo, el perdón expreso o presunto se hubiere impuesto al culpable salvo cuando se trata del caso previsto en el inciso 3o. del Arto. 330 de este código en que la acción continuará de oficio " (75-A).

2o. Porque para que haya preconstitución de prueba, consideramos necesaria la acción de daño moral por delito sexual de los que implican conjunción carnal como precedente, ya que la acción de filiación quedaría en posibilidad de interponerse posteriormente y la efectividad de la misma quedará sujeta no sólo a las otras pruebas que se presenten, sino también a la concordancia de fechas entre la comisión del delito y la concepción.

Como el precepto que analizamos dice: "La madre tiene derecho a ser indemnizada en los casos de acceso carnal delictuoso" etc., suponemos que la ley no establece edad de la madre, sólo hace referencia al derecho de indemnización a que tiene la misma. Consideramos que podría darse también el supuesto de que la mujer reclame los daños a que la ley se refiere, por el sólo hecho de la conjunción carnal delictuosa, sin que sea necesaria la maternidad. Por lo anterior, es preciso dejar claro que la consideración que hacíamos de que la acción de indemnización, deba preceder a la de filiación paternoextramatrimonial, es

(75-A) Arto. 330 del Código Penal Arto. 18 Dto. 51-70 del Congreso de la República. 3o. - inciso "con la pena de muerte si se tratare de mujer que no tenga cumplidos los diez años de edad".

porque el precepto establece indemnización para la madre, lo que hace que se comprenda claramente que si la concepción tuvo origen por acceso carnal delictuoso y la paternidad ya está declarada, puede ejercitarse la acción indemnizatoria posteriormente a la de paternidad.

b) Realidad Social de nuestro país en cuanto a la acción de daño por mi noridad al momento de la concepción.

Según nuestra Constitución: "El Estado velará por la salud física, mental y moral de los menores de edad; dictará las leyes y creará las instituciones necesarias para su protección y educación"⁽⁷⁶⁾. Como consecuencia de este principio, se encuentran diversos preceptos sustantivos que los desarrollan las leyes comunes. El precepto que mencionamos en , contempla el derecho de la madre a ser indemnizada por minoridad al tiempo de la concepción. De nuestra breve experiencia casi podemos afirmar que no hemos tenido noticia de la interposición de demandas de esta naturaleza. Consideramos que ello se debe a algunos factores comunes, tanto en el medio citadino como en el rural, incidiendo en el problema la ignorancia de los derechos que amparan a la menor de edad que concibe a un hijo y la falta de representación por quienes están obligados a hacerlo. A lo anterior se puede agregar que si bien es cierto que el derecho está establecido, también lo es, que no siempre el demandado está en condiciones económicas de satisfacer los alimentos a que queda obligado por el vínculo de la filiación-obligación que sería imperativa y su incumplimiento voluntario punible— mucho menos en estos casos podrá hacerse efectivo el monto de una indemnización como la ya aludida.

8) IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE FILIACION PATERNA POR RAZON DE CONDUCTA DE LA MADRE RECLAMANTE Y POR IMPOSIBILIDAD DE ACCESO DE LA MISMA CON LA PERSONA CONTRA LA CUAL SE RECLAMA.

a) Cuestiones que tienen relación con la conducta de la madre reclamante y aspectos que merecen consideración especial; b) Improcedencia de la paternidad por imposibilidad de acceso entre la madre reclamante y el presunto padre.

(76) Constitución de la República de Guatemala vigente desde el 15 de Septiembre de 1965, artículo 87.—

El artículo 226 del Código Civil vigente dice: "La acción concedida en el artículo anterior y la declaratoria a que se refieren los incisos 3o. y 4o. del artículo 221 no proceden en los casos siguientes: 1o. Si durante la época de la concepción, la madre llevó una vida notoriamente desarreglada, o tuvo comercio carnal con persona distinta del presunto padre; y 2o. Si durante la época de la concepción fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre."⁽⁷⁷⁾.

a) **Cuestiones que tienen relación con la conducta de la madre reclamante y aspectos que merecen consideración especial.**

El inciso 1o. del ya citado artículo 226 del Código Civil actual, establece como causa para declarar la improcedencia de la acción de paternidad "Si durante la época de la concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada, o tuvo comercio carnal con personas distintas del presunto padre". El concepto "vida notoriamente desarreglada", se puede prestar a interpretaciones variadas, pero estimamos que es el espíritu de la norma el de establecer que no procede la acción de paternidad extramatrimonial, cuando hay conducta notoriamente libertina por parte de la madre que reclama, al momento de la concepción. Este desarreglo en la vida de la madre, según la ley, debe ser notorio, pero ello no impide que el presunto padre o demandado acredite con otras pruebas que no sean las de declaración de testigos, la mala conducta de la reclamante. En efecto creemos que las pruebas de declaración de parte demandante, de reconocimiento judicial de documentos privados, tales como cartas, fotografías con fecha reconocidas por la parte demandante, actas notariales, telegramas, presunciones etc., vendrían a afirmar la defensa de la paternidad y la improcedencia de la acción, que se basará como dice Antonio Cicu en la "exceptio plurium concubentium"⁽⁷⁸⁾, también denominada por Espín, al citar a Colin y Capitant, "exceptio plurium constupratorum"⁽⁷⁹⁾. El otro supuesto, o sea que "haya tenido comercio carnal con persona distinta del presunto padre", no establece la pluralidad a que nos referimos en cuanto al hecho de la vida notoriamente desarreglada, pero si la posibilidad de demostrar bilateralidad de relaciones de tipo sexual de la reclamante. La experiencia también nos ha demostrado que hay mujeres con poco fundamento moral y

(77) Código Civil Dto. Ley 106 Arto. 226.

(78) Antonio Cicu Opus Cit. página 234.

(79) Diego Espín Opus Cit. página 269.

carentes de escrúpulos que atribuyen la paternidad de un hijo a personas que no son los verdaderos padres, pero el problema de la prueba de determinación de paternidad, que antes era difícil, ahora, como se verá adelante, podrá quedar solucionado con algunas investigaciones científicas en las cuales se ha llegado a conclusiones satisfactorias en cuanto a exclusión de paternidad por razones de carácter biológico.

b) Improcedencia de la paternidad por imposibilidad de acceso entre la madre reclamante y el presunto padre.

Como hemos visto, el citado artículo 226 establece también la improcedencia de la acción de paternidad, "Si durante la época de la concepción fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre". El licenciado Federico Ojeda Salazar, en la exposición de motivos del Código Civil dice: "ya por impotencia, ya por estar ausente, o por cualquier otro motivo que sea debidamente probado"⁽⁸⁰⁾. Esto último es lo más interesante y se lamenta que no esté en la ley para que los jueces puedan aplicar el concepto en la realidad, ya que como se verá en su oportunidad, hay una gran diversidad de trastornos orgánicos, que excluyen al presunto padre de ser la persona a quien debería estar dirigida la acción. Todas las consideraciones anteriores quedarán completadas en la parte de aspectos médico-legales.

9) OTROS ASPECTOS DE INDOLE LEGAL SUSTANTIVA:

a) El reconocimiento como acto declarativo; b) Prohibición de transacción o compromiso sobre la calidad de hijo.

a) El reconocimiento como acto declarativo.

El primer párrafo del artículo 227 del Código Civil vigente dice: "El reconocimiento voluntario y el judicial son actos declarativos de la paternidad y, por consiguiente, surten efectos desde la fecha de nacimiento del hijo"⁽⁸¹⁾. Lo anterior significa que los efectos que se derivan del reconocimiento voluntario de un hijo que haga una persona, son de carácter retroactivo, o sea que desde la fecha de nacimiento del hijo se ha creado el vínculo y no en la fecha en que se

(80) Lic. Federico Ojeda Salazar Opus Cit. página 54.

(81) Código Civil Dto. Ley 106 Artículo 227.—

reconoce o declara la filiación. El Código Civil de 1877 y el Decreto Gubernativo No. 591, que se refirieron en el siglo pasado a la filiación extramatrimonial, no contemplaban los efectos retroactivos de la declaración judicial de paternidad ni los del reconocimiento voluntario de la misma. El Código Civil anterior decía en el artículo 179: "Los efectos del reconocimiento de un hijo, se retrotraen a la época de su nacimiento"⁽⁸²⁾, pero no hablaba de la declaración judicial de la paternidad, dejándolos a la interpretación de quien aplicara la ley.

El párrafo que analizáramos del artículo citado del actual Código, solamente tiene según nuestra opinión un error de redacción al decir "El reconocimiento voluntario y el judicial", porque según creemos el segundo de ellos no es un mero reconocimiento, sino una declaración judicial en la cual se establece la procedencia de la reclamación de filiación.

b) Prohibición de transacción o compromiso sobre la calidad de hijo.

El segundo párrafo del artículo citado en el artículo anterior, dice: "Sobre la calidad de hijo no puede celebrarse transacción ni compromiso alguno; pero sí sobre los derechos pecuniarios, que puedan deducirse dyla filiación". La redacción del actual Código no cambió en nada la del anterior, solamente con la salvedad de que ese párrafo estaba contenido en un sólo artículo⁽⁸³⁾. El espíritu del párrafo citado, a mi juicio se basa en el principio de que el estado o condición de hijo no es objeto de contratación y se haya repetido en la disposición del artículo 2158 del Código Civil vigente, que establece: "Se prohíbe transigir: 1o. sobre el estado civil de las personas", etc.⁽⁸⁴⁾

(82) Dto. Leg. 1932, artículo 179;

(83) Dto. Leg. 1932, artículo 162;

(84) Código Civil Dto. Ley 106 artículo 2158 inciso 1o.

CAPITULO III

ASPECTO LEGAL ADJETIVO DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

1o.) Pruebas Anticipadas

- a) Consideraciones desde el punto de vista de la parte actora y desde el punto de vista de la defensa.
- b) Breve consideración sobre la labor del Bufete Popular de la Universidad de San Carlos.
- c) Cuestiones de Indole Notarial.

2o.) La Demanda, Elementos y Requisitos.

3o.) Actitud del Demandado.

4o.) La prueba de la filiacion extramatrimonial. A)– Limitaciones Legales. B)– Valoración de la Prueba en la Sentencia.

5o.) Filiación Extramatrimonial Póstuma.

1o.) PRUEBAS ANTICIPADAS.

La Prueba, según Prieto Castro, es “La actividad que desarrollan las partes con el Tribunal para llevar al juez la convicción de la verdad de una afirmación para fijarla a los efectos del proceso”⁽⁸⁵⁾. Este es un concepto de la prueba en general, pero nos interesa determinar la idea clara de lo que constituye la prueba anticipada. Para quien esto escribe, la prueba anticipada es aquel acto procesal que tiende a preparar elementos de juicio, que sirven ulteriormente para formar al Juez la convicción necesaria en un proceso o diligencia judicial. Es un acto procesal, pero fuera de todo litigio. Consideramos necesaria la inclusión de nuestro concepto de prueba anticipada, ya que el Código Procesal Civil y Mercantil vigente no hace ninguna definición dentro de los artículos que la contemplan, del 98 al 105, estableciendo únicamente cuáles pruebas pueden

(85) Casso y Cervera. Op. Cit. Tomo apéndice. Pag. 762. –

pedirse por las partes.

- a) **Consideraciones desde el punto de vista de la parte actora y desde el punto de vista de la defensa.**

Por ser la filiación extramatrimonial un tema en el cual no se pueden valorar todas las pruebas con la misma tendencia o con el mismo sistema puesto que la procreación es un acto íntimo, que escapa de los sentidos de la persona humana, se necesita del concurso de varios elementos de juicio para determinar el derecho, máxime si se trata de un caso de filiación extramatrimonial paterna.

La experiencia adquirida en algunos casos, nos ha llevado a la conclusión de que tanto la parte actora como la defensa, pueden preparar pruebas para un futuro litigio relativo a la filiación.

El aspecto de la prueba anticipada es muy interesante desde el punto de vista de la parte actora, ya que corrientemente lo que se demanda es la filiación Paterna extramatrimonial. A nuestro juicio, las pruebas que más valor podrían tener en un futuro procesal de filiación, por ejemplo si se trata de determinar la paternidad, serían las siguientes: 1o.) Las posiciones; 2o.) El reconocimiento judicial; 3o.) Reconocimiento de documentos; 4o.) Testigos (eventualmente y sólo para reforzar otros medios de prueba); 5o.) Medios Científicos de prueba; y 6o.) Documentos públicos y auténticos.

1o.) En cuanto a las posiciones (declaración de parte), pueden ser como decía la legislación civil anterior "Un principio de prueba por escrito", pero para que surtan todos sus efectos en cuanto a la rebeldía del que no comparece a absolverlas, debe tenerse en cuenta que no haya habido impedimento alguno (caso fortuito, fuerza mayor, falta de citación del Tribunal con la anticipación debida, etc.) Pues consideramos que si alguno de los supuestos anteriores pueden demostrarse dentro del juicio ordinario, la prueba anticipada quedaría sin valor. En estos casos establecemos también la necesidad de que la comparecencia del absolvente sea personal y no por medio de apoderado, ya que las cuestiones de filiación implican hechos de conocimiento propio.

2o.) En el reconocimiento judicial la parte que lo pida podrá establecer, por

ejemplo la vida marital, los útiles de trabajo o documentos, efectos personales etc, del presunto demandado, cuestiones que pueden servir posteriormente para la declaración en sentencia.

- 3o.) Reconocimiento de documentos. A la parte que gestionará como actora le interesa que diversos documentos, principalmente cuando son escritos de orden privado, queden reconocidos en tiempo, para evitar la práctica de la diligencia en un restrictivo término de prueba.
- 4o.) En cuanto a la declaración testimonial, se ha dicho reiteradamente que los testigos no son pruebas suficientes demostrar por ejemplo, la paternidad. Este es un juicio razonable, puesto que la fecundación es un acto íntimo, sin embargo sí sirven para reforzar la prueba documental, la de reconocimiento judicial y la de declaración de parte. En general podemos decir que en materia de filiación extramatrimonial los testigos sirven para demostrar situaciones no directas, sino lindantes con la que se propone el futuro actor demostrar.
- 5o.) Quizás el aspecto más interesante sea el de incluir los medios científicos de prueba como elemento valedero, en la preparación de la prueba de parte del futuro actor. Podríamos citar algunos casos, por ejemplo solicitar certificaciones sobre grupos sanguíneos, espermogramas, determinaciones fisonómicas, etc. En esto nuestra ley sustantiva no se pronuncia, debiéndose quizás a la discusión todavía interesante sobre la clasificación de grupos sanguíneos, pero más adelante observamos, como se eliminan algunos criterios que antes todavía no quedaban muy claros. Desde el punto de vista de la defensa, puede haber también múltiples aspectos interesantes, si se tiene en cuenta que la persona que sabe que va a ser demandada, por hechos que no le corresponden, posee el derecho de probar anticipadamente lo contrario de lo que puede aducírsele en la demanda.

Es frecuente que el presunto padre tenga noticias de que se va a iniciar demanda ordinaria en su contra para la determinación de paternidad, en estos casos cabe la posibilidad de recurrir a la mayoría de medios de prueba que contempla nuestra legislación, para demostrar que él no es la persona a quien va a atribuirse tal hecho. Así pues, podrá acudir a los medios indicados por el Código Procesal Civil y Mercantil en el artículo 128, que son: Declaración de las partes, de testigos, documentos y medios científicos

de prueba⁽⁸⁶⁾.

Creemos que por medio de tales pruebas anticipadas podrá preparar la convicción sobre varios extremos, por ejemplo: Conducta de la madre reclamante, vida notoriamente desarreglada de la misma, impotencia, esterilidad, etc. Como se ha hecho notar, el campo de la prueba anticipada que establece nuestra legislación es amplio, pero es necesario hacer uso correcto de los medios que la misma ofrece, con la técnica del caso para cada situación en particular.

b) Breve consideración sobre la labor del Bufete Popular de la Universidad de San Carlos en la prueba anticipada.

Hemos incluido esta consideración en vista de lo siguiente: Con frecuencia sucede que una mujer se presenta a un Tribunal de Familia, con el objeto de que se cite al presunto padre de su hijo. Como la labor de conciliación de estos tribunales, generalmente no recae en personas idóneas, sino en oficiales que tienen gran aglomeración de trabajo, es natural que no se le preste la debida atención. Al concurrir a la institución citada, ésta persona recibe la atención de trabajadoras sociales, quienes se encargan de que el caso quede agotado, citando cuantas veces sea necesario a la otra parte, haciendo visitas residenciales, etc. La labor efectiva del Bufete, siempre que el citado haya estado de acuerdo con la prestación aludida, consiste en que en la institución levanta un acta, la que al pie lleva otra de auténtica en la cual se reconoce expresamente al hijo en mención. De esta manera queda solucionado el problema del principio de prueba por escrito, porque al incumplir con lo prometido en el acta se inicia el juicio ordinario sin ninguna diligencia de prueba previa.

C CUESTIONES DE INDOLE NOTARIAL.

Consideramos importante hacer un somero estudio del aspecto notarial en el sobre prueba anticipada de las partes, porque según el artículo 1o., del Código de Notariado, "El Notario tiene fé pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de

(86) Código Procesal Civil y Mercantil, Dto. Ley 107, Arto. 128.—

parte⁸⁷⁾. De lo anterior se deduce que el Estado ha delegado en el Notario la fé pública, es decir una credibilidad que no es común a cualquier persona, precisamente por el alto rango y Título con que la misma ley lo ha investido.

En lo particular, siempre hemos considerado que los instrumentos Públicos Notariales son elementos poderosos en el terreno de la prueba preconstituida extrajudicialmente, ya se trate del aspecto del futuro actor como de la defensa. Con relación a las escrituras públicas, baste recordar que este es un medio para hacer el reconocimiento de un hijo; sin embargo, cuando el mismo no ha nacido se presenta la interrogante de si puede reconocer la preñez en dicha forma. A nuestro juicio no hay impedimento legal para hacerlo, pero ya consideramos las ventajas y desventajas que tal reconocimiento conlleva al hacerse extramatrimonialmente. También recordamos un caso en que una escritura como la que referíamos sirvió de base para reclamar ejecutivamente una deuda por concepción durante la minoridad en la cual había quedado fijada la indemnización en el instrumento.

En cuanto a las actas notariales tenemos igual criterio, por que también son instrumentos públicos. Solamente debemos hacer constar que en el caso de este tipo de documentos, hay que hacer el distingo entre actas notariales de presencia de hechos y de referencia siendo más importantes para la materia de la filiación extramatrimonial, según estimamos, las de referencia, por consignarse allí no sólo la declaración de la persona obligada, sino por la presencia de testigos que de más validez a la declaración de voluntad. En reiteradas ocasiones hemos sabido del criterio de algún Juez, que no da el valor suficiente a esta clase de pruebas. Creemos que esto es un error, porque no compete al Juez valorar la autenticidad o falsedad del documento, sino al adversario, estableciendo el Código Procesal Civil y Mercantil en el artículo 186, "Los documentos autorizados por Notario o funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fé y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redarguirlos de nulidad o falsedad⁽⁸⁸⁾.

2) LA DEMANDA. ELEMENTOS Y REQUISITOS

La demanda, "Es el acto típico y ordinario de iniciación procesal, esto es,

(87) Código de Notariado, Dto. No. 314 del Congreso de la República. Arto. 142.-

(88) Código Procesal Civil y Mercantil, Dto. Ley 107. Arto. 186.-

aquella declaración de voluntad de una parte, por la cual ésta solicita que se dé vida a un proceso y que se comience su tramitación. Es en definitiva, el acto procesal de parte constitutiva de la relación jurídico procesal"⁽⁸⁹⁾. Hecha esta relación de lo que se entiende por demanda en la doctrina española, diremos que el concepto se adapta a la demanda en nuestro proceso civil.

La demanda de filiación en nuestra legislación, debe interponerse en juicio ordinario según la prescripción del artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil, que dice: "Las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario"⁽⁹⁰⁾. De lo anterior es fácil deducir que no teniendo las demandas de filiación en tramitación especial, se deben interponer en juicio ordinario.

Los elementos de la demanda. A nuestro juicio deben ser los siguientes:

- 1) **Parte introductoria:** Que debe comprender el órgano jurisdiccional a quien se solicita intervención, todos los datos de identificación personal de la parte actora o de quien gestione en su representación, la manifestación del abogado a quien se encomienda la dirección y procuración profesional del juicio, el lugar que se señala para recibir notificaciones y los nombres y apellidos de la persona demandada (si tiene identificación de personas con varios nombres deberá incluirse), la dirección o lugar a donde puede notificársele y el de su residencia si se conoce.
- 2) **Parte Expositiva:** Que contendrá una relación concreta pero con todos los elementos posibles de hecho, es decir, la historia del caso de una forma que sin ser excesiva, demuestre con la mayor claridad posible, al Juez que hay relación entre los hechos que se exponen y la fundamentación del derecho que se alega.
- 3) **Parte de Fundamentación Jurídica:** Debe contener a nuestro juicio, no solamente una cita de leyes aplicables al caso que se expone, sino una verdadera relación lógico-jurídica entre la norma y el hecho, haciendo previamente una fundamentación jurídica de la legitimación que se tiene para demandar, en el sentido procesal.
- 4) **Parte de Ofrecimiento de Prueba:** Todavía hay algunos Abogados que

(89) Casso y Cervera, Opus Cit. Tomo apéndice, Pag. 352.

(90) Código Procesal Civil y Mercantil, Dto. Ley 107. Arto. 96.

establecen esta parte con el título de "Pobranza", que traía el anterior Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, creemos que lo apropiado es denominarlo "Medios de Prueba" o simplemente "Pruebas". Esta parte es de ofrecimiento, el que no debe ser antojadizo sino que debe referirse solamente a los medios que se emplearán en el proceso.

Es muy notorio el error también frecuente en algunos litigantes, que en la parte de pruebas del memorial de demanda indican "Propongo la Prueba de etc.". Es error, pues consideramos que el trámite de la prueba tiene varias facetas en el juicio ordinario y que según creemos, la proposición procede hacerla, el término en el cual se encuentra abierto a prueba el juicio.

5o.) **Parte Petitoria:** Es otro de los elementos más importantes en toda demanda, puesto que contiene en la parte última, lo que será en caso de declararse procedente la demanda, prácticamente la parte resolutive de la sentencia. Consideramos importante indicar que es muy útil para los efectos de una buena técnica, dividir la petición en: a) De trámite y b) De sentencia o de fondo. En la primera se solicitan todas aquellas cuestiones que tiendan precisamente al trámite o curso inicial de la acción procesal, tales como: Reconocimiento de personería, dirección y procuración, providencias cautelares, etc., variando según la técnica de redacción de cada abogado litigante. En la segunda se solicitarán todas aquellas cuestiones relativas al fondo que entraña la acción, esto es, el resultado de la exposición de los hechos y de su fundamentación jurídica.

6o.) **Cita de Leyes:** Es otro apartado que tiene que figurar indefectiblemente en el memorial de demanda y que no debe confundirse en ningún caso con la parte de fundamentación jurídica de la demanda, pues son conceptos que deben incluirse por razones de técnica y para evitar la inadmisión de la demanda por no cumplir con el requisito legal. Opinamos que siendo el memorial de demanda un solo texto, no es necesario repetir la fundamentación jurídica de la misma, sin embargo los litigantes lo acostumbran para darle mayor mérito a dicho acto procesal.

7o.) **Copias:** Hemos de referirnos a algo importante que son las copias, no solo del memorial, sino de los documentos que se acompañan. Su importancia obedece a cuestiones formales que la misma ley exige, al interés y derecho

que la parte demandada tiene de conocer no solo la demanda sino los documentos que a ella se acompañan, y la posibilidad de extravío del expediente original.

8o.) **Documentos Acompañados:** Deben reunir todos los requisitos que la ley exige para llenar su cometido. Así, si se trata de documentos otorgados ante Notario deberán presentarse cuidadosamente en papel sellado, con los timbres, etc. En igual forma si los documentos fueron expedidos por una dependencia del Estado, será conveniente cuidar que llenen los requisitos, para evitar ulteriores problemas, tales como la falta de un sello, etc. Cuando son documentos privados, debe tenerse cuidado de presentarlos en el mejor estado posible, para evitar que su valor probatorio quede destruido, por una raspadura, borrones etc.

9o.) **Otras Cuestiones Importantes:** Es necesario cuidar de algunos elementos tales como la perforación y sello de los timbres forenses, la fecha de interposición, la firma del demandante y el auxilio y sello del Abogado.

Los Requisitos Legales de la Demanda: Los encontramos enumerados en el artículo 106 del Código Procesal Civil y Mercantil que dice "En la demanda se fijarán con claridad los hechos en que se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición"⁽⁹¹⁾.

Similar disposición encontramos en el mismo Código en su artículo 61, que se titula "Escrito Inicial" y que contiene casi todos los elementos a que nos referíamos anteriormente, pero con la salvedad de la prueba. Hemos visto demandas que no han sido admitidas por los Tribunales de Familia, "por no llenar los requisitos de toda primera solicitud, "resolución que a menudo se fundamenta en dicho artículo, que como ya dijimos no tiene el aspecto de la prueba.

De lo anterior deducimos que el legislador se ha querido referir a toda solicitud al regular el escrito inicial, sin denominarle demanda. Aún cuando la mayoría de Tribunales son exigentes en los requisitos que establece el artículo 61, no siempre reparan en omisiones y se da trámite a escritos verdaderamente faltos de técnica.

(91) Código Procesal Civil y Mercantil, Dto. Ley 107, Arto. 106.

3) ACTITUD DEL DEMANDADO.

Al quedar emplazado el demandado puede asumir varias actitudes que entramos a analizar a continuación: 1) Podrá contestar la demanda en sentido afirmativo confesando los hechos que son objeto de la pretensión. Este caso no presentaría mayores problemas pues si el memorial se acompaña con auténtica notarial o si es ratificado ante el tribunal, podrá el juez ordenar al Registro Civil, que se anote marginalmente, la partida correspondiente, sin más necesidad de trámites, quedando esta figura asimilada a la denominada confesión, sin posiciones. 2o.) Podrá contestarse la demanda con allanamiento, dando iguales alternativas al juez que las que referíamos con anterioridad. 3o.) Podrá contestarse en sentido negativo la demanda interponiendo las excepciones previas que estime pertinentes, caso en el cual, al resolverse las mismas, quedará o no la alternativa de proseguir la tramitación del juicio ordinario. 4o.) Según nuestra opinión cabe la posibilidad de una reconvencción por daños y perjuicios aunque si bien es cierto, en la realidad no lo hemos observado.

Cuestión de mucha importancia es también el problema de la competencia territorial en la interposición de la demanda ordinaria de filiación porque a tenor del artículo 17 del Código Procesal Civil y Mercantil, el demandante tendrá derecho a ejercitar su demanda ante el juez del domicilio del demandado, aunque este renuncie o se someta a otro, por lo cual esta disposición ha dado lugar a la interposición de excepciones previas como la de incompetencia por razón del territorio. En lo particular creemos, que debiera decretarse una disposición en la cual el actor en las demandas de filiación, cuando se trate de menores, puede ejercitar su acción en cualquier parte, precisamente por el interés que la ley otorga a estos.

4) LA PRUEBA EN LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

A) Limitaciones Legales. B) Valoración de la prueba en la Sentencia. La prueba en la filiación extramatrimonial, presenta aspectos verdaderamente interesantes, por razones diversas, influyendo en la problemática de su valoración, el derecho sustantivo, los medios tan reducidos con que se cuenta en nuestro medio para investigar sistemáticamente la filiación, la falta de criterio uniforme en la jurisprudencia, etc.

Es por ello que consideramos pertinente referirnos a las limitaciones legales de la prueba y a la valoración de esta en la sentencia, por lo que se vertirán como en la mayor parte de este apartado, algunas ideas y experiencias propias.

A) **Limitaciones Legales.** Nuestra Legislación Procesal Civil y Mercantil, contempla en general varios medios de prueba a los cuales se puede acudir por cualquier litigante, encontrándose establecidos en el artículo 128 del Dto. Ley 107, que dice, "Son medios de Prueba: 1o.) Declaración de las partes; 2o.) Declaración de testigos; 3o.) Dictamen de expertos; 4o.) Reconocimiento Judicial, 5o.) Documentos, 6o.) Medios científicos de Prueba y 7o.) Presunciones"⁽⁹²⁾.

El problema de la prueba en la filiación extramatrimonial, es que no siempre se puede acudir a cualquiera de los medios enumerados arriba, pretendiendo producir plena convicción en el Juzgador, porque como se verá más adelante, la misma ley sustantiva establece ciertas restricciones, no en cuanto al medio que ha de utilizarse, sino a casos en que procede la declaración judicial y es por ello que la pertinencia o impertinencia de la prueba estará sujeta, al criterio del Juez en la aplicación que haga de la ley sustantiva y a los elementos de convicción que se hayan presentado al proceso, variando con cada caso en particular.

Como ya explicamos, quizás en materia de filiación el problema más agudo sea el de declarar la paternidad extramatrimonial, porque como expondremos al llegar al capítulo de aspectos médico-legales, las conquistas científicas más recientes en el plano de la biología, no se han dado sino hasta mediados del presente siglo y aún hay muchas discusiones al respecto.

Por ello es que cada caso merece una valoración especial de la prueba, puesto que si por ejemplo se trata de procreación como mero producto de relaciones amorosas, no podrá nunca pretenderse demostrar la filiación del mismo modo que si se trata de concepción por delito sexual, o que se pretenda por vida maridable al tiempo de la concepción, ya que cada caso establecido en la ley, presenta distinto uso del medio de prueba y la

(92) Código Procesal Civil y Mercantil, Dto. Ley 107. Arto. 128.

valoración tendrá que cambiar con cada situación en particular. Concluyamos indicando, que en la mayoría de los casos sigue rigiendo como uno de los mejores elementos de convicción, la prueba escrita, pero eso no impide que la filiación, pueda al menos reforzarse con otros medios de prueba que no sean estrictamente los documentales.

B) Valoración de la Prueba en la Sentencia.

Cuando ya se ha agotado el trámite-normal del proceso ordinario, corresponde al Juez hacer la declaración respectiva, de procedencia o improcedencia de la demanda, por lo que previamente el órgano jurisdiccional deberá hacer las consideraciones sobre las pruebas rendidas y darles su justo valor.

Nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, establece como sistema de valoración de la prueba, el de la "sana crítica" y así lo prescribe el artículo 127 en su tercer párrafo, cuando dice: "Los Tribunales, salvo texto de Ley en contrario, apreciarán el mérito de las pruebas de acuerdo con las reglas de sana crítica. DEsecharán en el momento de dictar sentencia las pruebas que no se ajusten a los puntos de hecho expuestos en la demanda y su contestación"⁽⁹³⁾

En el terreno de la Jurisdicción Privativa de Familia, el principio se halla recogido en el artículo 12 del Decreto Ley 206. Consideramos que es precisamente en esta jurisdicción en donde debe atenderse con más atención el principio dyla sana crítica, pero desafortunadamente no siempre ocurre así, observándose a menudo algunas injusticias por apegarse el Juez excesivamente el tenor de la ley o por falta de criterio flexible para resolver.

Sería prolijo enumerar todos los casos que se pueden analizar en cuanto a la valoración a la prueba en sentencia; sin embargo, aún cuando no se pretenda hacer una narración completa de los que se recuerdan, es interesante exponer un ejemplo que consideramos interesante:

Una señora demandaba la filiación paterna de unos menores, a otra persona con la cual había vivido maridablemente durante algún tiempo. En

(93) Código Procesal Civil y Mercantil, Dto. Ley 107, Arto. 127.

diligencias de prueba anticipada, logró la confesión ficta del absolvente y al ser emplazado, éste interpuso excepciones previas, las que fueron declaradas improcedentes. Durante el término de prueba del incidente, ella presentó las declaraciones de testigos con relación a la vida maridable al tiempo de la concepción. Al continuar el juicio, en el término probatorio logró presentar una carta enviada por él demandado en donde le reclamaba algunas cuestiones y se refería vagamente a los menores. Finalmente en sentencia, el Tribunal consideró que la prueba testimonial estaba prácticamente fuera del juicio y asimismo la declaración de confesión ficta en prueba anticipada, sin concederle ningún valor probatorio a la carta enviada por el demandado. Según creemos, el Tribunal emitió un fallo excesivamente injusto y antitutelar. Al apelarse la sentencia, la Sala revocó la misma, declarando con lugar la demanda.

Hemos estimado que mientras no se admitan por nuestra legislación sustantiva, en forma rotunda, las pruebas periciales y en tanto la determinación de la filiación extramatrimonial esté limitada científicamente por el escaso aporte de los investigadores, seguirá prevaleciendo la prueba documental como la más eficaz. Por lo anterior, consideramos que importancia hacer las siguientes recomendaciones: 1o.) Los documentos públicos y auténticos que demuestren la filiación, pueden presentarse conjuntamente con la demanda; 2o.) Los documentos privados sin legalización de firma deben sujetarse al procedimiento especial de reconocimiento de documentos, que establece el Código Procesal Civil y Mercantil, en los artículos 184 y 185, y se pueden reforzar con prueba parcial caligráfica (cotejo de letras); 3o.) El juez debe estimar como plena la diligencia de prueba anticipada cuando se haya verificado en forma legal y la parte demandada no haya demostrado la ineficacia de la prueba durante el juicio o previamente en la diligencia; 4o.) La prueba documental, sirve también para los efectos de la defensa en juicio, pudiendo tomarse diversos elementos que forman la convicción de que la persona, de la cual se reclama, no es a la que corresponde demandar o que hay otras situaciones de hecho que imposibilitan la determinación de la filiación, así se podrá acudir a telegramas, informes médico-forenses, espermogramas, documentos privados dirigidos al actor o a terceros, pero con relación al caso que se discute, etc; 5o.) Debe tenerse en cuenta la importancia del cotejo de letras, al que en contadas oportunidades recurren los litigantes; 6o.) El hecho de que la

prueba documental sea quizás la más eficaz para la declaración judicial de la filiación extramatrimonial, no impide que el litigante acuda a otros medios de prueba, para reforzar la prueba documental, pero obviamente este refuerzo debe tener un plano secundario, tal es el caso de los testigos o del reconocimiento judicial; 7o.) Se necesita tener un criterio muy especializado para apreciar las presunciones humanas con acierto y es frecuente que alguno de los fallos injustos emanen de jueces con poco conocimiento de la materia; 8o.) Mientras el Organismo Judicial no instruya debidamente a los jueces de la materia, o se nombre a profesionales idóneos como tales, debe el litigante dirigir la demanda o la defensa con sumo cuidado, tratando de evitar errores en la demanda, su contestación, ofrecimiento, diligenciamiento, proposición y presentación de la prueba.

5o.) **FILIACION EXTRAMATRIMONIAL POSTUMA.**

La muerte de una persona no impide que se declare posteriormente a su fallecimiento el vínculo jurídico y biológico de filiación, que entre ésta y otras personas haya existido desde la fecha de la procreación, motivo por el cual tanto en el aspecto sustantivo como en el procesal, la ley confiere a quienes tengan interés legítimo en la declaración de la filiación paterna o materna, el derecho a que se determine judicialmente el vínculo referido. Esta declaratoria es de tipo contencioso, por lo cual débese aclarar que no se trata de un reconocimiento voluntario, como el que expusimos en su oportunidad que pueden efectuar los abuelos paterno y materno respectivamente, debido a varias hipótesis como son: Que los abuelos no tengan la representación de la herencia, que ya no vivan, que en caso de vivir no sepan la certeza del vínculo o simplemente no estén de acuerdo en efectuar el reconocimiento aludido.

Es conveniente indicar que en este apartado se tratarán preferentemente la acción de filiación póstuma en caso de no haber albacea testamentario y particularmente la radicación de la sucesión intestada, porque para el caso de la sucesión testamentaria, el mismo instrumento que contenga la disposición de última voluntad, puede tener declaraciones relativas al reconocimiento o desconocimiento de hijos y también podrá declararse en él la cuestión relativa a la representación hereditaria.

El primer supuesto interesante en el aspecto de las acciones póstumas, es el

de la determinación de la representación de la persona fallecida de la cual se reclama el derecho de la filiación. Recordamos al respecto, la prescripción del segundo párrafo del artículo 44 del Código Procesal Civil y Mercantil, que establece: "Las personas que no tengan el libre ejercicio de sus derechos no podrán actuar en juicio sino representadas, asistidas o autorizadas conforme a las normas que regulen su capacidad"⁽⁹⁴⁾. Por lo anterior podemos considerar que la representación de la mortuoria, o sea de los derechos y obligaciones que queden al fallecimiento del causante la puede tener cualquier persona, con capacidad civil suficiente debidamente designada, y es así que los requisitos que se establecen por nuestra legislación procesal civil y Mercantil son los siguientes: "1o.) Ser mayor de diez y ocho años; 2o.) Ser de notoria buena conducta; 3o.) Estar domiciliado en el lugar donde se abra la sucesión y 4o.) Tener bienes inmuebles con que asegure el manejo y resultado de la administración, o a falta de ello dar garantía a satisfacción del Juez"⁽⁹⁵⁾.

En la práctica hemos observado que la representación de la mortuaria de la persona de la cual se reclama la filiación, indistintamente podrá recaer en un pariente dentro del grado de ley (que consideramos de mucho valor para los efectos procesales de prueba, de posesión notoria de estado y de actitud de la parte demandada), o bien podrá recaer en cualquier persona que reúna los requisitos legales establecidos en párrafos anteriores. El artículo 509 del Código Procesal Civil y Mercantil dice: "Mientras no se haya reconocido a los herederos, podrá el Juez autorizar al administrador para que gestione lo que proceda en favor de los intereses hereditarios, ya se trate de intentar las demandas que tengan por objeto recobrar bienes o hacer efectivos derechos pertenecientes a la mortuaria o de contestar las demandas que contra éste se promuevan, así como cualquier otra diligencia extrajudicial. Una vez reconocidos los herederos, a estos compete exclusivamente la representación de la mortuaria"⁽⁹⁶⁾.

Como se pudo observar, la representación a que nos referimos puede recaer en tercero no interesado en la masa hereditaria o en los derechos y obligaciones que del causante provengan, mientras no se haya reconocido a

(94) Artículo 44 del código Procesal Civil y Mercantil Dto. Ley 107.

(95) Artículos 505 y 508 del Código Procesal Civil y Mercantil Dto. Ley 107.

(96) Código Procesal Civil y Mercantil, Dto. Ley 107, Arto. 509.

los herederos, porque si ya se efectuó la declaratoria de herederos, según la ley, ya se estará al que haya quedado como representante administrador en el testamento, a falta de disposición o de testamento, en el que designe la mayoría de ellos o a elección del Juez, haciendo también la reserva correspondiente con respecto a los herederos que la pidan con mejor derecho, dentro del término de diez años a partir del auto de declaratoria.

Existen otros supuestos interesantes en el terreno de la filiación póstuma extramatrimonial, que conviene indicar, como en el caso de varios intestados radicados a la vez, o de varios testamentos. En el primer caso creemos que procedería la acumulación de procesos, prevaleciendo el más antiguo, a menos que éste adoleciera de nulidad plenamente declarada. En el segundo, quizás habría que considerar aspectos como el de la nulidad de la declaración testamentaria, que en opinión del que escribe, no acarrea la revocación del reconocimiento, pero que por el contrario, si serviría para la nulidad del acto de voluntad, con respecto al desconocimiento de parientes o de hijos.

No pretendemos establecer en este trabajo, todas las cuestiones que podrían suscitarse con motivo de filiación post-mortem extramatrimonial, pero hemos de hacer las siguientes reflexiones que consideramos de alguna importancia: 1o.) Quien pretenda radicar una sucesión con el objeto de demandar filiación póstuma, tendrá que cerciorarse previamente de la existencia o no de testamento, para los efectos de la representación de la mortuoria; 2o.) La actitud del representante administrador de la mortuaria ante la demanda, no tiene importancia, a no ser que se pretenda demostrar lo contrario, pero en todo caso, a quien toca probar, es a la parte actora; 3o.) Cuando hayan varias sucesiones, se puede asegurar que de no existir nulidad, prevalece la primera y procede la acumulación; 4o.) En cuanto a la prueba, pueden utilizarse todos los medios de prueba enumerados por el artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil, con atenuación en lo que respecta a la declaración de las partes (del que haya engendrado y esté muerto) y al dictamen de expertos.

CAPITULO IV.

OTROS INSTITUTOS LEGALES AFINES AL PROBLEMA DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN NUESTRO PAIS.

- 1o.) Incidencia de las cuestiones registrales, asiento, reposición y rectificación de partidas. La identificación de persona y la cédula de vecindad.
- 2o.) Proceso especial relativo a beneficiarios en el Código de Trabajo. Reglamentos del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social para la determinación de beneficiarios.
- 1o.) **INCIDENCIA DE LAS CUESTIONES REGISTRALES, ASIENTO, REPOSICION Y RECTIFICACION DE PARTIDAS. LA IDENTIFICACION DE PERSONA Y LA CEDULA DE VECINDAD.**

Cuestiones importantes de filiación extramatrimonial se suscitan al estudiar algunas instituciones registrales. El Código Civil establece: "Las certificaciones de las actas del Registro Civil prueban el estado civil de las personas"⁽⁹⁷⁾. Efectivamente, como dice la ley, "El Registro Civil es la institución pública encargada de hacer constar todos los actos concernientes al estado civil de las personas"⁽⁹⁸⁾, lo que hace que cada acto jurídico que tienda a dar nacimiento, suspensión, modificación o extinción de derechos y obligaciones en cuanto al estado de una persona, sea obligatoria registrarlo para determinar su condición.

Hemos observado diferentes cuestiones que ocurren en la práctica, debido a la incidencia que las anotaciones del Registro conllevan en el problema de la filiación extramatrimonial. Frecuentemente la alteración de una partida, las anotaciones defectuosas, una omisión o cualquier deterioro, pueden evitar que se ejerciten plenamente los derechos ya adquiridos, con la

(97) Código Civil, Dto. Ley 106, Arto. 371.

(98) IBIDEM, Arto. 369.

libertad con que deberían gozarse. Es por ello que hacemos alusión a las cuestiones del Registro Civil que repercuten directa o indirectamente en la filiación extramatrimonial.

CAPÍTULO VI

Asiento, reposición y rectificación de partidas: Con el título de "Asiento y rectificación de partidas" se encabeza el artículo 443 del Código Procesal Civil y Mercantil, que dice: "En caso de haberse omitido alguna partida o circunstancia esencial en los registros civiles, el juez de primera instancia, en vista de las pruebas que se le presenten, de las que oficio recabe, y previa audiencia al Ministerio Público, resolverá que repare la omisión o se haga la rectificación correspondiente mandando aplicar las sanciones que establece el Código Civil, si fuere el caso" (99). El precepto anterior es consecuencia de dos artículos del Código Civil, el 371 que dice: "Si la inscripción no se hubiere hecho, o no apareciere en el libro en que debiera encontrarse, o estuviera ilegible o faltaren las hojas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, podrá establecerse el estado civil ante juez competente, por cualquier otro medio de prueba, incluso las certificaciones de las partidas eclesíasticas" (100), y el 432 que indica: "Cuando en el acta se hubiere incurrido en omisión, error o equivocación que afecte el fondo del acto inscrito, el interesado ocurrirá al juez competente para que, con audiencia del registrador y del Ministerio Público, se ordene la rectificación y se anote la inscripción original" (101).

Como podrá observarse, el Código Civil es más completo, porque contempla no solo el problema de la omisión de asientos registrales, sino también la cuestión de la reposición de las partidas que se hallen deterioradas, hipótesis que es muy diferente. Por otra parte se halla comprendido en el Código Civil el procedimiento de audiencia al Registro, que no se contempla en el Código Civil y que los Tribunales con acierto han integrado.

Hemos observado diferentes cuestiones que ocurren en la práctica, debido a la incidencia de las anotaciones del Registro Civil en el (99) Código Procesal Civil y Mercantil, Dto. Ley 107, Arto. 443. (100) Código Civil, Dto. Ley 106, Arto. 371. (101) Código Civil, Dto. Ley 106, Arto. 432.

Hay determinadas circunstancias y actos de la vida de una persona que deben inscribirse en los registros civiles, para determinar el ejercicio de los derechos y obligaciones que emanan de los mismos. Así por ejemplo, el nacimiento de una persona debe inscribirse dentro de los treinta días posteriores al alumbramiento, haciendo incurrir en caso de retraso, al que deba hacer la inscripción, en una multa que impone el registro respectivo. Cosa similar, ocurre con el matrimonio y la unión de hecho, instituciones a las que nos referimos en apartados anteriores y en las que la ley fija presunciones sobre la legitimidad de los hijos procreados, estableciendo plazos que las determinan.

En cuanto al asiento de la partida de nacimiento, se hallan supuestos interesantes, entre ellos los siguientes: 1o. El nombre de la persona, provenga de la inscripción que los padres casados hayan hecho, o de los padres no casados que hubieren reconocido o por la persona o institución que los inscriba, cuando sean hijos de padres desconocidos; 2o. La persona que está obligada a dar aviso del nacimiento, es decir sus padres (o uno u otro), quien haya asistido al parto, pudiendo ser los mismos hospitales o instituciones de socorro que lo hayan atendido, y también cualquier persona enterada del hecho del nacimiento; 3o. Otro aspecto interesante, es que los padres pueden encargar especialmente a otra persona para que cumpla con el requisito de inscripción pudiendo en este caso, como en alguno de los referidos anteriormente en el 2o. inciso, incurrirse en errores que afecten la filiación, por desconocerse los verdaderos apellidos de los que dan el encargo o por llevar documentos incompletos o falsos. También es preciso indicar que cuando el aviso del nacimiento se da por encargado es obligatoria la ratificación del encargo en el término de sesenta días, por los padres que lo hubiera conferido, aspecto que nos interesa determinar, porque en la práctica no lo hemos observado, quizás por la falta de control del registro o por desconocimiento de la materia legal que lo regula; 4o. Supuesto interesante, es también el de los nacimientos dobles o el de más de dos personas, en los cuales hay obligación de hacer detalladamente la identificación de cada uno, en partidas separadas, con todos los datos que los individualicen; 5o. El asiento de partida del recién nacido, debe inscribirse aunque hubiese fallecido. En fin, hay una cantidad de cuestiones que interesan en torno al asiento de los nacimientos.

Puede también hablarse de la importancia de los asientos de partida de defunción, precisamente por el interés que tienen las certificaciones de ellas, con relación a diligencias póstumas como la declaratoria de unión de hecho y

filiación, extramatrimonial, post-mortem, diligencias de adopción, la tutela legítima, y, la judicial, etc. Hemos observado algunas cuestiones que es necesario indicar: 1o.) Cuando no se ha podido reconocer el cadáver de una persona y generalmente se identifica como xx, es necesario recurrir a diligencias de tipo procesal penal, tales como exhumación de cadáver, identificación administrativa por el gabinete policial, dictámenes médico-legales etc., para luego proceder a las diligencias voluntarias de rectificación; 2o.) Los avisos de la defunción de una persona, que corrientemente se dan cuando los deudos están sufriendo crisis emocionales, que los hacen incurrir en errores de identidad de nombres, con repercusiones legales posteriores. 3o.) Los avisos dados por funerarias, con desconocimiento del problema que representa asentar defectuosamente estas partidas, tal el caso de indicar que el muerto es soltero, que tiene una nacionalidad diferente, un oficio distinto o lo que es peor, un nombre o apellidos totalmente diferentes. 4o.) Las constancias dadas por facultativos inexpertos, por personas empíricas o por encargados de la policía del lugar, generalmente presentan los mismos problemas relatados con anterioridad. Cuestiones similares a las explicadas con relación al asiento de partidas se suscitan con el proceso de reposición. La diferencia que existe entre el proceso de reposición y el de asiento es obvia, puesto que en la reposición de lo que se trata, es de reparar el deterioro de hojas, de renglones, por quemaduras, raspaduras o cualquier otra cuestión similar que impide la comprobación plene del contenido de un asiento registral. En el caso del asiento judicial de partidas el problema es diferente, porque el asiento es extemporáneo; es decir, que nunca se efectuó por diversas razones. Hecha la diferencia anterior, podemos asegurar que debido a algunas experiencias que hemos tenido, es más fácil determinar la filiación por medio de procesos judiciales de reposición, que los relacionados con asientos extemporáneos por varias razones como: 1o.) Cuando una partida está incompleta es mucho más fácil hacer uso del medio de prueba de presunciones, precisamente porque el asiento no es inexistente, sino solamente parte del contexto; 2o.) El uso de partidas eclesásticas, facilita los trámites de reposición de partidas, debido a la práctica que utilizan las parroquias de que, en la mayoría de los casos se efectúan bautizos, pero en base a la presentación de atestados del registro; 3o.) Los informes vertidos por los registros, en caso de reposición judicial tienen que ser conformes con las diligencias, acostumbrándose que los mismos quedan expuestos en las certificaciones negativas que sirven de documento inicial para la tramitación. En algunos casos estas certificaciones nos, en negativas del todo y muchas veces se acostumbra expedirlas, tal y como se encuentran los

libros, facilitando la determinación de filiación, por el hecho mismo de poner frases o apellidos incompletos en la forma como están escritos.

Estas situaciones registrales de asiento, reposición y rectificación de partidas, las hemos incluido en este apartado, porque de no ser como en el caso de hijos de padres desconocidos, casi siempre las diligencias entrañarán un fondo de filiación. Efectivamente, si por ejemplo, se pretende hacer el asiento de una partida de nacimiento, indicando, que se es hijo de tal o cual persona o de dos, deberá acreditarse tal hecho en forma, ya sea documental o por comparecencia del presunto padre en las diligencias a manifestar su conformidad. Para estos casos consideramos adecuada la incorporación de documentos públicos de matrimonio cuando sea el caso, precisamente por la presunción de la paternidad que la institución conlleva.

El problema agudo, se presenta cuando se trata de asentar judicialmente una partida en lo extramatrimonial y uno de los padres ha fallecido o se halla ausente, porque a nuestro juicio convendrá seguir únicamente las diligencias con el reconocimiento de la persona que comparezca.

Para el caso de rectificación de partidas de nacimiento, diligencias que casi siempre entrañan la filiación, conviene decir que consideramos que no siempre será necesaria la comparecencia del padre o de la madre del que rectifica, porque hay ocasiones en las cuales no es lógico gravar a la parte que gestiona, con la forzosa comparecencia de uno de los padres que nada tenga que declarar, porque el error no les afecta. Por ello, es que hemos criticado reiteradamente la posición que adoptan los tribunales civiles en la admisión de solicitudes de esta naturaleza, y de los dictámenes vertidos por las instituciones, Ministerio Público y Registro Civil, en donde a menudo se vierten opiniones demasiado formalistas. Por ejemplo en la rectificación de la partida de nacimiento de un menor que está reconocido con el nombre correcto del padre y el error u omisión se halla en el apellido de la madre, juzgamos que no será correcto que el tribunal o cualquiera de las instituciones aludidas requieran necesariamente la declaración del padre en las diligencias, pues a nuestro juicio, tal como indica el Código Civil, el reconocimiento no es revocable y por otra parte, siendo el mismo un derecho adquirido por la persona a quien corresponde el atestado, no serán las diligencias de rectificación donde débanse impugnar los reconocimientos del padre o de la madre.

La identificación de persona y la cédula de vecindad.

Estos, son dos aspectos, que también consideramos de interés en el instituto objeto de nuestro trabajo. No pretendemos hacer un estudio integral de las dos cuestiones, pero sí, establecer algunas opiniones que consideramos pertinentes.

En cuanto a la identificación de persona, hay diversidad de hipótesis que nos interesan. El Código Civil indica en el artículo ya citado en⁽⁷⁰⁾, que "La identificación y el cambio de nombre no modifican la condición civil del que la obtiene, ni constituye prueba alguna de la filiación", pero por otra parte, hemos de recordar que uno de los elementos que consagra la legislación para la determinación de la posesión notoria de estado, es, "Que el hijo haya usado, constante y públicamente, el apellido del padre". A juicio de quien esto escribe, la prohibición del citado precepto⁽⁷⁰⁾, es para evitar identificaciones de persona en forma antojadiza. Pero el problema es más serio, porque no se dice, para quien es la prohibición, si a la persona del hijo o para la del padre o madre. Creemos que la prohibición es para el hijo, cuando pretenda con ella determinar la posesión notoria de estado y también cuando la identificación hubiera sido hecha del padre o madre, sin noticia de ellos con el mismo objeto. Pero el caso cambia, cuando por ejemplo la persona desea hacer la rectificación de partida de un hijo y usa varios nombres, o simplemente desea reconocerlo voluntariamente, haciendo indicación de los nombres que ha usado pública y constantemente, porque en este caso la prohibición no tendría ninguna razón lógica para existir, en virtud de ser una declaración de voluntad libremente expresada. Otro supuesto de interés, será el caso de una identificación de persona de tercero muerto, con el objeto de demandar póstumamente la filiación, porque, entonces se podrían intentar oposiciones del representante de la mortuoria y en este caso con más fundamento.

La cédula de vecindad, que generalmente es el documento de identificación por excelencia, no tiene carácter de probatorio en asuntos de filiación, porque como ya citamos en⁽⁹⁷⁾ "las certificaciones de las actas del registro civil prueban el estado civil de las personas".

Sin tratar de ahondar en el terreno legal de la cédula de vecindad, creemos conveniente hacer mención de algunos problemas, que en la práctica suceden con relación a dicho documento de identificación.

El Código de Notariado establece en el artículo 29 inciso 4o. "Los instrumentos públicos contendrán, la identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimaren conveniente"⁽¹⁰²⁾. La anterior disposición hace que reflexionemos sobre, qué sucedería en el caso de que una persona hiciera el reconocimiento de un hijo en escritura pública ante Notario, con una cédula que fue extendida sin tener a la vista su certificación de partida de nacimiento. Obviamente, el reconocimiento, no sería válido, a menos que ésta misma persona indicara posteriormente, que existe total identidad de persona entre los nombres que se usan por ella en el documento de identificación y los que legalmente le corresponden.

Los problemas derivados de la cédula de vecindad, no son sólo de carácter instrumental, como el que exponíamos, sino de diversa índole. Pueden ocurrir otros también de carácter registral, conexos con dicho documento, tal es el caso de la persona que comparece ante el Registro Civil a hacer el reconocimiento de un hijo y presenta un documento que no está extendido en la forma debida, o en la cual aparece un "nombre usual", sin hacer previa identificación de persona. Existen otros casos también, en los cuales los errores provienen no sólo de la persona que hace la manifestación de voluntad, sino que concurren en variadas ocasiones, negligencia o impericia de quien tenga a su cargo efectuar una inscripción; por ejemplo, cuando una persona comparece a reconocer a un hijo sin tener ningún documento de identificación y se hace asistir de dos testigos, el funcionario, en estos casos, deberá tener el cuidado de hacer una minuciosa investigación de los nombres con que se efectuará el reconocimiento, tratando de desentrañar —de ser posible— el nombre correcto y la filiación de quien comparece. Sería demasiado prolijo enumerar todas las situaciones que pueden darse con relación a la identificación del sujeto que reconoce, sin embargo a continuación exponemos algunas recomendaciones, que pueden ayudar en la determinación de la filiación:

1o. Siempre que se haga un asiento de partida, si el que la hace no tiene suficiente preparación como para prevenir un futuro problema de filiación, el funcionario debe investigar a fondo la identidad de quien comparece, naturalmente, sin retardar dicho acto; 2o. Para evitar la existencia de reposiciones inútiles, que traigan como consecuencia que una persona quede sin

(102) Código de Notariado, Dto. 314 del Congreso de la República, Arto. 29.

filiación, los registros (por lo menos en las ciudades más populosas) deberían utilizar el sistema de microfilm; 3o. Las partidas eclesiásticas, no siempre pueden ser utilizadas, ya que los párrocos y escribientes de las iglesias, también incurren frecuentemente en errores en el asiento de sus partidas; 4o. Los tribunales no deben resolver en los autos definitivos en los que se ordena la inscripción tardía de una partida de nacimiento, cuando se ha manifestado ser hijo de padres desconocidos, la imposición de la multa, porque la omisión no ha sido causada por el solicitante; 5o. Los tribunales no deben ser tan exigentes en la comprobación de la filiación cuando se trata de reposición de partida y se haya demostrado con otros medios, por ejemplo con partidas eclesiásticas, porque si la alteración de los apellidos del solicitante, no es tan grave, se puede por medio de pruebas conducentes llegar al convencimiento de que lo afirmado es cierto; 6o. En los problemas de rectificación de partida, cuando no haya verdadera alteración de concepto, no será necesaria la intervención del juez, si la parte lo solicita y a los que afectaría la anotación están de acuerdo, pudiendo por lo tanto solucionarse el problema en forma registral; 7o. Cuando una persona ha sido reconocida, por ejemplo por el padre y la partida tiene un error con relación al apellido de la madre, bastará que se de audiencia a ésta última, sin que sea forzoso (como generalmente se acostumbra), darle audiencia al padre, puesto que no podría en las diligencias de rectificación, impugnarse un reconocimiento hecho con anterioridad; mucho menos corresponderá al juez poner ese obstáculo para la rectificación; 8o. La identificación de persona no debe tomarse en cuenta cuando es en los nombres del padre o de la madre y ha sido hecha sin el consentimiento de estos por el hijo a quien beneficia; 9o. La identificación de persona, sea anterior o posterior al reconocimiento de un hijo, surte sus efectos si el identificado no impugna dicho asiento; 10o. La cédula de vecindad, no siempre debe tomarse en cuenta como único medio para identificar a una persona, si nó está expedido, con base en la certificación de partida de nacimiento del interesado; 11o. El pasaporte no presenta los mismos problemas que la cédula, porque siempre se requieren más requisitos, para ser expedido.

2o.) PROCESO ESPECIAL RELATIVO A BENEFICIARIOS EN EL CODIGO DE TRABAJO. REGLAMENTOS DEL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL, PARA LA DETERMINACION DE BENEFICIARIOS.

En este apartado consideramos conveniente el tratamiento de algunos

conceptos de índole laboral y de previsión social, porque a nuestro juicio tienen relación con la determinación de la filiación extramatrimonial, dándose algunas cuestiones de importancia, precisamente por no ser aspectos legales de la jurisdicción privativa de familia, ni de derecho común.

El segundo párrafo del inciso A) del artículo 85 del Código de Trabajo establece: "La calidad de beneficiarios del trabajador fallecido debe ser demostrada ante los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, por medio de atestados del Registro Civil o por cualquier otro medio de prueba pertinente, sin que se requieran las formalidades que conforme al derecho común fueran procedentes, pero la declaración que el juez haga al respecto no puede ser invocada sino para los fines de este inciso, la cuestión debe tramitarse en incidente; etc."¹⁰³). Esta norma está referida a los derechos que los herederos o la concubina tienen al terminar el contrato por muerte del trabajador, sin que se extingan las prestaciones e indemnizaciones correspondientes, tanto en lo que establece el Código de Trabajo, como los reglamentos de previsión social emitidos por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. La importancia que en la determinación de filiación extramatrimonial le hemos concedido, radica en el siguiente análisis que hacemos de la norma citada: 1o. Al decir el Código de Trabajo que la calidad de beneficiarios puede ser demostrada por atestados del Registro Civil, se refiere a los expedidos por el Registro Civil, pero como en el terreno laboral no se supedita la prueba a cuestiones de rigor excesivamente formal, creemos que dicha determinación puede basarse no solamente en certificaciones de las actas, sino también en boletas o papeletas expedidas como comprobante del asiento registral; 2o. Al decir la norma citada, "o por cualquier otro medio de prueba pertinente", se está refiriendo a la pertinencia que al momento de dictarse la resolución final del incidente, se dará a los medios probatorios utilizados por el solicitante, coincidiendo nuestro criterio con el del tratadista Couture quien manifiesta que la cuestión de la pertinencia o impertinencia de la prueba, debe quedar para la decisión final y no como los tribunales reiteradamente resuelven, "en cuanto al medio de prueba tal, etc, por impertinente no ha lugar a tenerlo por ofrecido, confundiendo así la admisibilidad con la impertinencia de la prueba. Estos medios pueden ser, la declaración de testigos, reconocimiento judicial, documentos de toda clase, confesión judicial del patrono o institución demandada, presunciones, etc, que tiendan a demostrar la calidad de beneficiario del que la pide 3o. Existe, sin

(103) Código de Trabajo, Dto. del Congreso No. 1441, Arto. 85.—

embargo una prohibición, cuando la misma norma dice: "Pero la declaración que el juez haga al respecto, no puede ser invocada sino para los fines de este inciso". Lo juzgamos una prohibición porque la norma impide que el incidente que ya ha decidido la calidad de beneficiario, sea utilizada, por ejemplo, para la determinación póstuma de filiación, puesto que la misma ley establece en el artículo 16 que "en caso de conflicto entre las leyes de trabajo o de previsión social con las de cualquier otra índole, deben predominar las primeras"⁽¹⁰⁴⁾. Por lo anterior consideramos que aún cuando la prohibición es rotunda, no impedirá que el litigante presente certificación del incidente de beneficiarios en el juicio de filiación póstuma contra la mortual y se pueda valorar, como prueba de presunciones y no como de carácter documental.

Existen otras leyes de previsión social que tienen aspectos importantes en la determinación de beneficiarios, las que pasamos a analizar. El artículo 39 del Acuerdo No. 410 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, indica: "Para los efectos de este Reglamento, la esposa del afiliado o en su defecto la compañera y los hijos menores de dos años, deben inscribirse en el correspondiente Registro del Instituto en la forma y oportunidad que éste prescriba. El instituto podrá emitir documentos especiales de identificación y dictar normas para evitar el uso fraudulento de los servicios"⁽¹⁰⁵⁾ y el artículo 40 indica: "Para todos los fines de este Reglamento la compañera del trabajador afiliado, a fin de tener o causar derechos a prestaciones, debe haber convivido con aquel en condiciones de singularidad durante un tiempo ininterrumpido no menor de un año inmediatamente anterior a la realización del riesgo, o al inicio de la respectiva prestación según el caso, y depender en ese momento económicamente de aquel"⁽¹⁰⁶⁾.

Los preceptos citados nos dan una clara idea del valor que las certificaciones que tanto el Registro de afiliados, como de la determinación de beneficiarios, extendidas por dicha institución, pueden tener, en caso de oposición por el padre trabajador, en juicio ordinario de paternidad, puesto que la norma del artículo 40 es concluyente al atribuir una cierta posesión notoria de estado (dependencia económica), así como una época de concubinato de un año, presunción similar a

(104) Código de Trabajo, Dto. del Congreso 1447; arto 16.

(105) Reglamento sobre la protección relativa a enfermedad y maternidad. Acuerdo No. 410 de la Junta Directiva del IGSS. Arto. 39.

(106) IBIDEM, Arto. 40.

la establecida por el Código Civil para la declaración de filiación en el caso de vida maridable (unión de hecho no registrada de los padres). Los documentos emanados de la institución del Seguro Social, que acrediten estos extremos deben ser valorados, como de carácter público y por lo tanto de plena validéz en la determinación de la filiación extramatrimonial.

Relativas a la identificación e inscripción de los beneficiarios con derecho a prestaciones del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, hay algunas normas que tienen conexidad con las que exponíamos anteriormente, del Acuerdo 410 de la Junta Directiva y que corresponden al Acuerdo No. 466 de la misma entidad y órgano respectivos. La norma del artículo 8o., establece: "La esposa o compañera del afiliado, al solicitar prestaciones, deberá presentar su documento de identificación establecido por el Instituto y el certificado de trabajo del afiliado emitido por el patrono", más adelante prescribe: "Para obtener el documento de identificación de la compañera del trabajador afiliado, deberá procederse a su inscripción para cuyo efecto debe presentar el documento de identificación del afiliado establecido por el Instituto, la cédula de vecindad de la compañera o en su defecto cualquier otro medio de identificación aceptable para el Instituto, y comprobar haber convivido con el afiliado en condiciones de singularidad durante un tiempo ininterrumpido no menor de un año inmediatamente anterior al inicio del embarazo o al principio de la respectiva prestación, según el caso, y depender en ese momento económicamente de aquel"⁽¹⁰⁷⁾. Como se puede observar, la norma referida va íntimamente relacionada a las prescripciones a que nos referíamos anteriormente y el documento de identificación, a nuestro juicio, puede ser un elemento de prueba de carácter valioso, en los juicios de filiación paterna.

Otras disposiciones de singular importancia están contenidas en el Reglamento sobre prestaciones en dinero de la Institución aludida, en el capítulo II, artículo 57 párrafos 2o., 3o., 4o., 5o. y 6o. en las que se indica: "Para las beneficiarias citadas en el párrafo precedente, es requisito indispensable que a la fecha en que se soliciten las prestaciones mantengan el vínculo matrimonial, la unión de hecho o convivencia con respecto al afiliado". Para determinar la convivencia de un trabajador afiliado con respecto a la beneficiaria en las condiciones a que se refiere el artículo 40 del Reglamento sobre Protección Relativa a Enfermedad y Maternidad, bastará la investigación administrativa que

(107) Reglamento de asistencia médica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Acuerdo No. 466 de la Junta Directiva del IGSS. Arto. 8o.—

lleve a cabo el Departamento de Servicio Social o la División de Inspección del Departamento Patronal del Instituto. Se estima que también hay convivencia cuando por razones de trabajo, el afiliado se encuentra residiendo en un lugar distinto de su hogar y este hecho no impida el cumplimiento de todos o la mayor parte de sus obligaciones derivadas del matrimonio, unión de hecho o convivencia. En el supuesto anterior, si la conviviente acude a los servicios en demanda de la protección del Programa de Maternidad, el servicio respectivo de la unidad que corresponde levantará acta con la declaración de dos testigos idoneos en relación a la identificación y a los extremos puntualizados en el artículo 40 del Reglamento sobre Protección Relativa a Enfermedad y Maternidad. Las beneficiarias menores de edad deben acreditar esta condición mediante certificación de la partida de nacimiento expedida por el Registro Civil. Su convivencia la dependencia económica en los términos que exige el artículo 40 del Reglamento sobre Protección Relativa a Enfermedad y Maternidad y su identidad, la demostrarán con declaración de dos testigos idóneos. Los testigos a que se refiere este artículo, previo a su declaración serán advertidos de las responsabilidades civiles y penales en que incurren si la misma adolece de falsedad o inexactitud⁽¹⁰⁸⁾.

El artículo 59 del citado Reglamento, establece: "La filiación de los hijos del afiliado con derecho a la protección del Régimen, se probará con las constancias del Registro Civil; a falta de éstas, o si las mismas son defectuosas, incompletas o dudosas, para el solo efecto de que evidencien su condición de hijos del afiliado ante el Instituto, se seguirá una investigación administrativa a través del Departamento de Servicio Social, con el exclusivo objeto de determinar si el beneficiario o beneficiarios, tienen derecho a gozar de las prestaciones establecidas en el Reglamento sobre Protección Relativa a Enfermedad y Maternidad"⁽¹⁰⁹⁾.

Todas las disposiciones anteriores tienen gran valor, para ser utilizadas en los juicios en los que se trata de establecer la filiación. Como conclusión, podemos afirmar, que todo documento expedido por la Institución del Seguro Social, que tienda a demostrar evidentemente la filiación, podrá ser utilizado como medio de prueba documental de carácter público, sin ninguna restricción que no sea la de falsedad o nulidad, ya que las leyes de previsión social anteriormente aludidas, no tienen, según hemos visto, ninguna prohibición como la del artículo 85 del Código de Trabajo, para ser empleadas en aspectos del derecho común.

(108) → Reglamento sobre prestaciones en dinero del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Arto. 57.

(109) IBIDEM, Arto. 59.

CAPITULO V

LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD Y SU RELACION CON LA ACCION DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL PATERNA.

- 1o. Rapto 2o. Estupro 3o. Violación 4o. Abusos deshonestos 5o. El delito de adulterio y su limitación en cuanto a la acción de impugnación de paternidad matrimonial.

De conformidad con el artículo 221 inciso 3o. del Código Civil vigente, la paternidad fuera del matrimonio puede ser judicialmente declarada: "En los casos de violación, estupro o rapto, cuando la época del delito coincida con la de la concepción"⁽¹¹⁰⁾. Por tal motivo consideramos de importancia hacer un análisis de los referidos delitos y reflexiones sobre los delitos de abusos deshonestos y adulterio que la legislación civil no contempla, para exponer aspectos interesantes en torno a la acción de impugnación de paternidad matrimonial y su determinación judicial en lo extramatrimonial.

1o. El delito de rapto:

El artículo 334 del Código Penal, establece: "El rapto de una mujer, ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas, será castigado con la pena de cinco años de prisión correccional, a no ser que a la violencia carnal corresponda mayor pena, caso en la cual se impondrá sólo esta última. Si la raptada tuviere menos de doce años, se impondrá la misma pena aunque fuera ejecutado con su anuencia"⁽¹¹¹⁾. La característica propia del delito está en las miras deshonestas del delincuente hacia la víctima de la acción. Consiste en tomar a una mujer, por medios violentos o sin ellos, privarla de su libertad sexual, llevándola a un lugar distinto con el objeto de efectuar determinados actos de carácter sexual. Esto último es necesario, porque de lo contrario se podrán tipificar otras figuras, no así el rapto, por ejemplo: detener a una mujer para lograr rescate o simplemente para privarla de su libertad, podrán configurar

(110) Código Civil, Dto. Ley 106, Arto. 221.

(111) Código Penal, Dto. Leg. 2164, Arto. 334.

delitos como el plagio o secuestro o detención ilegal, pro no rapto. Lo que interesa determinar, es pues el móvil sexual. Según Eugenio Cuello Calón, el sujeto pasivo de la acción criminal, "ha de ser una mujer mayor o menor de edad, no es menester que sea doncella ni siquiera de vida honesta y buenas costumbres, pues. el Código solo dice mujer. Sus elementos son: 1o. La sustracción de una mujer del lugar donde se encuentra, llevándola a otro donde su libertad sexual se halle desprovista de protección. Es indiferente la duración de la privación de libertad y *el delito existe aún cuando no se intente yacimiento ni abuso deshonesto alguno*; 2o. Ha de ejecutarse con miras deshonestas las cuales comprenden n o solo el propósito de yacer sino la de ejecutar cualquier género de actos lúbricos, no es menester que estas miras sean personales del ejecutor del rapto, pueden ser de este o de otro por cuenta del cual obre el ejecutor material del hecho. 3o. Ha de ejecutarse contra la voluntad de la ofendida mediante amenaza, engaño o sin su voluntad, como en el caso de la mujer privada de razón o de sentido.⁽¹¹²⁾ Hemos subrayado lo dicho por el tratadista citado, de que existe el delito, aún cuando "no se intente el yacimiento ni abuso deshonesto alguno", porque a nuestro juicio e independientemente de la cuestión de orden criminal, para que la acción de paternidad extramatrimonial prospere, será necesario determinar, no solo el hecho de la privación de libertad "con miras deshonestas", sino demostrar que hubo relaciones de tipo sexual con alguna posibilidad de fecundación, porque aunque el delito haya sido cometido, la presunción de paternidad sería relativa, pues de no haber cópula sexual perfecta o imperfecta, la concepción no tendría lugar.

2o. El delito de estupro.

El artículo 332 del Código Penal, reformado por el artículo 20 del Decreto 51-70 del Congreso de la República dice: "El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de dieciocho, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada se castigará con la pena de un año de prisión correccional."⁽¹¹³⁾ Igual pena se encuentra fijada para el estupro cometido en la persona de la hermana o descendiente aún siendo mayor de edad y con seis meses de prisión el que se comete con mujer mayor de doce años y menor de dieciocho y los abusos deshonestos en cualquier circunstancia análoga a las anteriores, por personas del mismo o diferente sexo.

(112) Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Tomo II, pags. 550 y 551.

(113) Código Penal, Dto. Leg. 2164, Arto. 332.

El delito consiste en la conjunción carnal con desfloramiento de la membrana himenal de una menor de dieciocho años y mayor de doce, bastando un solo yacimiento, por lo cual es necesario que la víctima sea doncella. La doctrina sustentada por Cuello Calón, es de que la doncellez significa no necesariamente la virginidad de la estuprada, necesitándose eso sí, que la mujer sea de vida honesta. Nuestra Jurisprudencia, parece ser, que si se pronuncia, para el encuadramiento de la figura de estupro, por el hecho del desfloramiento, esto es un primer coito y desgarró de la membrana himenal. Nuestro Código Penal contempla varias figuras del estupro: el incestuoso, al que ya nos referíamos, con prevalimiento, también ya citado, y el engañoso que es frecuente cuando concurre con la falsa promesa de matrimonio.

La conclusión a que podemos llegar con relación a la paternidad proveniente del delito, es de que consideramos que no será necesario que el procesado sea condenado por el delito para que pueda determinarse la paternidad, basta que el mismo haya sido indagado ampliamente y en la diligencia haya manifestado que tuvo cierto tipo de conjunción carnal, para que con otras presunciones a favor de la solicitante pueda prosperar la acción civil. Otros aspectos, tales como el noviazgo, la existencia de correspondencia amorosa, promesa de contraer matrimonio con el objeto de lograr el perdón de la parte ofendida —en la hipótesis de que no se celebre— contribuirán a declarar con lugar la acción de filiación paterna.

3o. El delito de Violación:

Consiste en un hecho de yacimiento ilícito, es decir forzado hasta el último momento o por medio de intimidación o amenazas, que el delincuente varón emplea sobre la mujer víctima, para ejecutar un acto de conjunción carnal. Nuestra legislación no dice en qué consiste el hecho del yacimiento, por ello el Doctor Mora, indica en su obra, "Es verdad que el Diccionario de la Real Academia Española, le da al término yacer la acepción de tener trato carnal con una persona; pero esto no aclara si el trato carnal puede ser solamente la introducción del órgano viril o si es necesario que se consume con la eyaculación"⁽¹¹⁴⁾. Nuestro Código Penal contempla distintas figuras del delito en el artículo 330, o sea el artículo 18 del decreto 51-70 del Congreso de la República, que lo reforma, estableciendo las penas de ocho años, si se trata de

(114) Carlos Federico Mora. Manual de Medicina Forense, pag. 394.—

mujeres mayores de edad, de quince años de prisión si la mujer está entre los diez y doce años de edad y la pena de muerte para el caso de violación de "una mujer menor de diez años"⁽¹¹⁵⁾.

Para el objeto de este trabajo, interesa establecer, cuando el delito de violación determina la paternidad del delincuente como consecuencia natural. Quien esto escribe, considera que para que prospere la acción de paternidad por motivo del delito, será preciso tener especial cuidado de probar en el juicio criminal, que no solamente hubo intromisión del miembro viril (inmissio penis), sino que la cópula estuvo realizada con caracteres perfectos o casi perfectos, esto es, que se haya efectuado la eyaculación (inmissio seminis), puesto que en caso contrario sería mucho más difícil emplear únicamente la presunción ya citada del Código Civil, sobre las épocas coincidentes de la concepción y comisión del delito.

El juicio criminal también tiene otros aspectos que es necesario tener muy en cuenta, para los efectos posteriores de la determinación de la paternidad, tales como el reconocimiento médico forense de ofensor y ofendida, la existencia de otros indicios, tales como correspondencia, actitudes del delincuente previas a cometer el delito, etc. Quizás uno de los problemas que se suscitan en nuestro medio con más frecuencia, es el de que la mujer víctima, no denuncia el hecho criminal, sino hasta cuando ya está encinta, evitando así la eficacia del reconocimiento médico. También es frecuente que los tribunales no ordenen en su debido tiempo dichas diligencias y que cuando al fin reparan la omisión, todo indicio físico del delito (que no sea la preñez), ha desaparecido.

La necesidad de probar que hubo una o varias eyaculaciones en la comisión del delito, estimamos, obedece a razones de orden muy natural, ya que es frecuente que a personas con plena capacidad para la fecundación, les es muy difícil la procreación, a pesar de reiteradas cópulas sexuales. Ello nos ha llevado a la conclusión de que es necesario probar en el juicio criminal, que haya habido cópulas completas, para que la presunción del Código Civil sobre la coincidencia entre la concepción y la comisión del delito quede reforzada y pueda prosperar el juicio de paternidad.

(115) Decreto del Congreso No. 51-70 artículo 18.—

40. El delito de abusos deshonestos:

La importancia que hemos concedido al incluir en este capítulo, consideraciones especiales sobre el delito de abusos deshonestos, es que, desde el punto de vista médico, hay probabilidades de fecundación, existiendo o no la membrana himenal, sin necesidad de efectuar el acto sexual con caracteres de total perfección. También es de importancia hacer notar, que el artículo ya citado 221 del Código Civil, no contempla a este delito como en el caso violación, rapto o estupro, como causa para declarar la paternidad. Se aclara previamente, que nos referimos al delito de abusos deshonestos, en el cual el sujeto activo de la acción criminal es el varón, porque el caso contemplado por la doctrina y la ley, que puede ser cometido por una mujer, no tiene ningún interés para el caso que nos ocupa, o sea la determinación judicial de paternidad.

El Código Penal, en su artículo 331, o sea el artículo 19 del decreto del Congreso 51-70, no contempla una definición de lo que podríamos entender por abusos deshonestos, indicando Cuello Calón, que "se trata de cualquier acto impúdico del hecho contra la víctima, excluyéndose el yacimiento".⁽¹¹⁶⁾ Ello nos interesa, porque al excluirse el yacimiento, podría pensarse que si por ejemplo, el criminal llegara a efectuar una cópula imperfecta (por ejemplo, eyacuación sobre las ropas interiores de la víctima, o sobre el propio aparato genitourinario), no cabría la posibilidad de fecundación. Ello es relativo, porque se recuerda un caso en que dos personas tuvieron relaciones amorosas incompletas, en la forma antes descrita, resultando posteriormente embarazada dicha mujer, a pesar de ser virgen. Como se podrá observar, no siempre las situaciones son similares y habrá casos en los que será muy posible la fecundación aunque no exista cópula carnal completa, aunque si bien es cierto, en esta forma es mucho más difícil, que en los casos contemplados, de violación, estupro y rapto, cuando en este último haya cierto tipo de conjunción carnal.

El Doctor Mora dice en su obra citada: "Los abusos contra personas de sexo femenino son de dos clases: atendados sodomíticos (sodomía conyugal si son casados) y toques impúdicos sobre los órganos genitales. Los primeros se prestan a las mismas consideraciones médico-forenses que los actos pederásticos entre hombres; los segundos, ejecutados generalmente en niñas impúberes, lo son por medio del miembro viril, de los dedos o de cuerpos extraños, etc."⁽¹¹⁷⁾.

(116) Eugenio Cuello Calón, Op. Cit. página 506.

(117) Carlos Federico Mora, Op. Cit. Página 407.—

Todo lo anterior nos merece una conclusión. Si bien es cierto, que la fecundación es muy difícil por medio del abuso deshonesto, en el cual no hay "inmisio penis", no se pueden descartar absolutamente todas las posibilidades, por lo que opinamos que la ley debiera contener una disposición, en la que se pudiera establecer la paternidad por el delito de abusos deshonestos, cuando en el juicio criminal haya sido plenamente probado el hecho de la eyaculación y que este hecho haya dado lugar al embarazo.

5o. El delito de adulterio y su limitación en cuanto a la acción de impugnación de paternidad matrimonial.

El artículo 325 del Código Penal, dice: "El adulterio será castigado con dos años de prisión correccional. Comete adulterio la mujer casada, que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada".⁽¹¹⁸⁾. La disposición anterior, tiene aspectos relevantes en lo que toca al problema de la filiación extramatrimonial, por las siguientes razones: 1o. La prohibición contenida en el Código Civil, de impugnar la filiación de un hijo concebido durante el matrimonio, por su esposa y un tercero, aún cuando la misma declare en su contra, salvo el caso de ocultación del embarazo y nacimiento del hijo.⁽¹¹⁹⁾; 2o. La prohibición contenida en el artículo 215 del Código Civil, de hacer reconocimiento de hijos de mujer casada con otro, salvo el caso de que el marido haya impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable; 3o. El hecho frecuentemente observado en nuestra realidad social, en el cual, basta la separación temporal de hecho del esposo, para que algunas mujeres tengan relaciones carnales con personas distintas. Como se observa, para el autor de esta tesis, la importancia radica, no sólo en los problemas relativos a la impugnación de paternidad dentro del matrimonio, sino también a la determinación de la paternidad cuando el marido ha obtenido sentencia favorable en la impugnación y prácticamente el hijo queda sin filiación paterna.

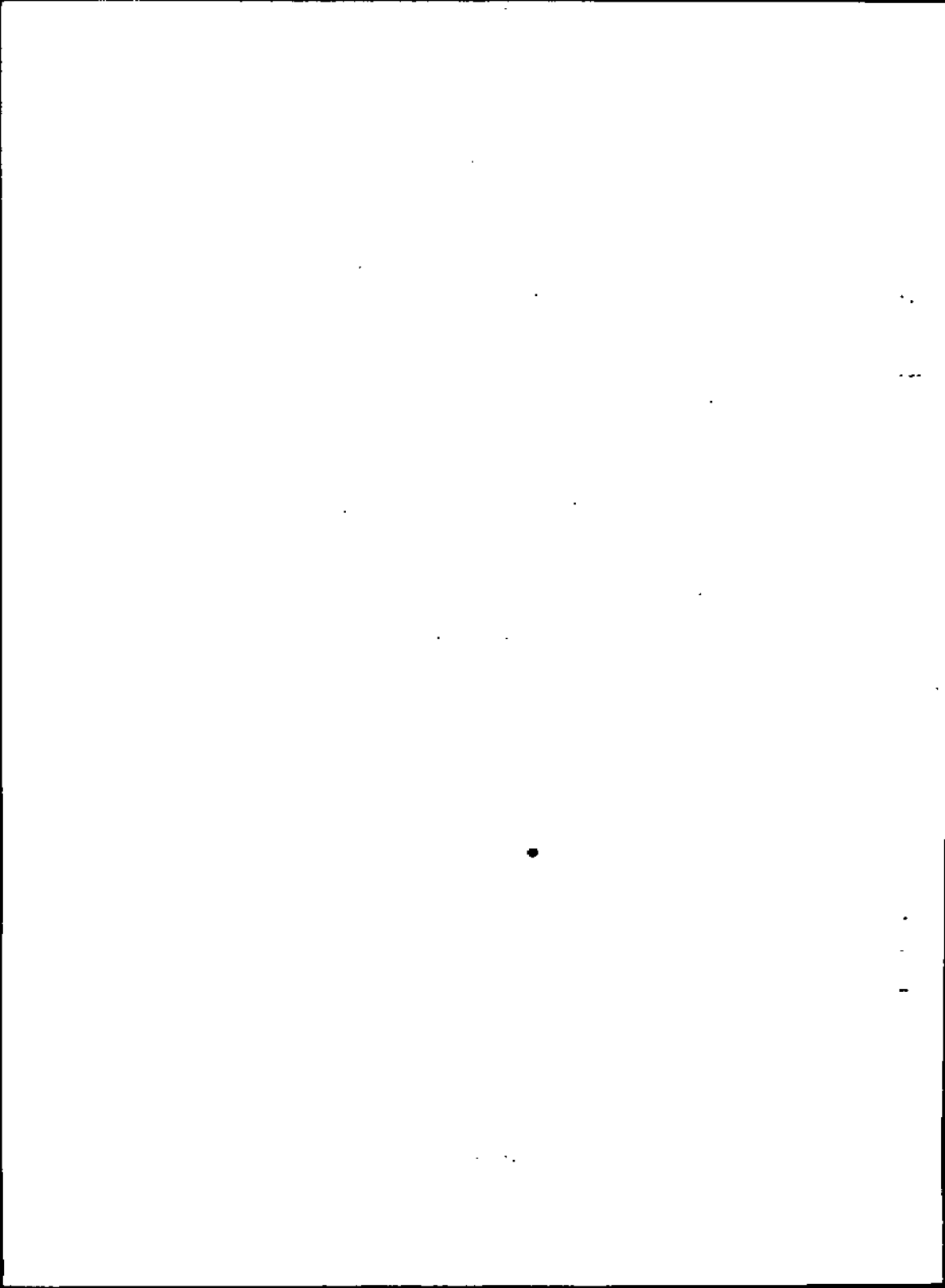
En este delito, como en los anteriormente tratados, consideramos necesaria la culminación, por lo menos de la eyaculación del copartícipe varón, para los efectos no sólo de índole criminal, en lo que concierne a la consumación del delito, sino principalmente para dar paso a la determinación de paternidad. Problema serio, es el que se plantea cuando la mujer comete tantos delitos de

(118) Código Penal, Dto. Leg. 2164, arto 325.

(119) Código Civil, Dto. Ley 106, arto 203.

adulterio, como relaciones tenga con otros varones, que no sean su esposo, porque en este caso será mucho más difícil (si no imposible) científica y legalmente la determinación de la paternidad del hijo procreado.

En este delito existe, no sólo un atentado al ambiente familiar y a la educación de los hijos, sino también una protección al patrimonio del obligado por el vínculo matrimonial, a hacer efectivos los deberes que de la institución se derivan. Por tal motivo, consideramos que la ley actualmente es muy restrictiva en cuanto a la posibilidad de demandar la impugnación de paternidad. Estimamos, que la legislación civil debiera contemplar, que si a pesar de que el marido no hubiera obtenido sentencia favorable de adulterio, se logra demostrar civilmente y luego de variados exámenes y dictámenes científicos, que no hay ninguna posibilidad de que es él, padre de determinado hijo, darle aún la posibilidad de demandar la impugnación antes dicha o bien por lo menos, aceptar para estos casos de confesión de la esposa. Esta reflexión está hecha en base de que modernas investigaciones científicas han concluido, con que si bien es cierto, no es posible afirmar conclusivamente la paternidad por medio de exámenes de sangre, si es posible excluirla.



CAPITULO VI

ASPECTOS MEDICO LEGALES DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

Reiteradamente se ha establecido en este trabajo, la concurrencia de múltiples situaciones reales que en nuestra legislación no tienen aparente solución satisfactoria, llevando al juzgador a hacer aplicaciones analógicas. En otras circunstancias, lo que ocurre es que existen restricciones legales para el ejercicio de acciones, que desde el punto de vista humano y médico sí se justifican. Un ejemplo de tales restricciones lo encontramos en la laguna de la ley, que no contempla la acción de impugnación de paternidad en lo extramatrimonial, debiéndose quizás la omisión, a que el Código Civil establece la irrevocabilidad del reconocimiento. Sin embargo, hay ocasiones en que es necesario conceder el ejercicio de dichas acciones, cuando se plantean por ejemplo, por error, dolo o coacción.

También en este trabajo se ha dicho que no debería existir en la ley, la actual prohibición para el varón casado, de impugnar la paternidad, con motivo del adulterio de la esposa, pues como actualmente se encuentra la ley, la acción de impugnación no se concede "aunque la misma declare en contra de la paternidad del marido", dejando a salvo que se le haya ocultado el embarazo y el nacimiento. En el capítulo II de la tesis, considerábamos que lo anterior obedece a la seguridad que la ley otorga a la institución del matrimonio, y por ende, a la filiación matrimonial.

Lo que podemos afirmar, es que la ley no establece la acción de impugnación de paternidad para los hijos procreados extramatrimonialmente, dejando únicamente al varón, la posibilidad de no efectuar el reconocimiento voluntario en caso de duda o de negar los hechos en la demanda ordinaria en que se pida la declaración judicial.

Con base en las consideraciones anteriores, el presente capítulo se dedica

especialmente a exponer cuestiones de tipo médico, que puedan servir en el futuro, tanto al legislador en la creación de nuevos preceptos relativos a la filiación en sus dos aspectos matrimonial y extramatrimonial, como al juez en la aplicación de los actuales preceptos. Este capítulo no pretende sentar bases científicas indefectibles, sino manifestar lo que hasta ahora se conoce médicamente del problema, por lo que el mismo no tendrá conclusiones. También es conveniente indicar, que aunque nuestro campo profesional no es la medicina, la genética, ni ninguna otra ciencia práctica similar, juzgamos que en la actualidad el derecho no debe estar divorciado de las demás ciencias, por lo que en abono de lo antes dicho, pasamos a la siguiente descripción.

A) NOCIÓN DE LA FERTILIDAD MASCULINA

Un hombre es fértil, cuando su esperma o semen posee un número adecuado de células espermáticas (espermatozoides), de los cuales un alto porcentaje tiene morfología, vitalidad y movilidad, suficientes para fecundar el óvulo (célula germinal femenina), en el canal genital femenino.

El estudio médico de la fertilidad masculina, se basa en el conocimiento exacto de los componentes del esperma y de la posibilidad de acceso de dicho líquido, al canal genital femenino (vagina-útero-trompas de falopio).

Cualquier circunstancia que afecte las características, tanto de las células germinales, su vehículo acuoso y/o sus vías de expresión, puede considerarse como causa de infertilidad

La infertilidad masculina puede ser:

1) POR SU ORIGEN:

- a) *Primaria*: Cuando el individuo nunca ha sido fértil antes;
- b) *Secundaria o adquirida*: Cuando se establece en un individuo que ha gozado de fertilidad.

2) POR SU NATURALEZA:

- a) *Absoluta*: Cuando las causas que la determinan, impiden de manera definitiva la procreación.

b) *Relativa*: Cuando las causas son reversibles o condicionadas a otros factores.

Ampliando las clasificaciones que anteceden, podemos decir que en la infertilidad absoluta, el semen carece de espermatozoides (azoospermia), ya sea por agenesia, por falta de maduración o bien porque exista imposibilidad de orden mecánico, para ser transportados al líquido seminal.

En la relativa, pueden existir espermatozoides en el semen, pero su número ser insuficiente (oligospermia), su movilidad defectuosa o ausente (astenospermia), o su sobrevivencia muy corta.

Teóricamente y por razones de ley biológica, un solo espermatozoide es suficiente para la fecundación, como lo comprueban hechos experimentales. Esto se debe a que de todas las células del cuerpo, los espermatozoides, como los óvulos, poseen únicamente la mitad de cromosomas, con el objeto de que la unión de ambas células, dé un huevo, cuyo número de cromosomas, es la suma de la de ambas. Las células humanas poseen 23 pares de cromosomas. Espermatozoides y óvulos tienen 23 cromosomas cada uno.

No existe un acuerdo unánime entre los autores, pero se acepta que una eyaculación es normalmente de 3 a 4 centímetros cúbicos y cada centímetro posee no menos de 40 millones de espermatozoides.

Según McLeod⁽¹²⁰⁾, el espermograma puede tener tipos de calificación, así:

	Millones por cc	% de células activas	% de formas normales
MALO:	20	40	60
REGULAR:	20-39	40-50	60-70
BUENO:	40 o +	60 o +	80 o +

Existen otros factores que son estudiados por el laboratorista, que aunque pueden influir sobre el comportamiento de los espermatozoides, no son

(120) Meredith F. Campbell. Urología. Pag. 336.—

directamente determinantes. Tales, el fenómeno de licuefacción, la viscosidad, el PH (grado de acidez o alcalinidad) y la presencia de elementos celulares anormales (leucocitos, eritocitos, bacterias).

B) DESCRIPCION DE LAS CAUSAS DE INFERTILIDAD

1 – ABSOLUTA: A) Primarias; a) Defectos en la génesis o maduración de los espermatozoides.

- 1– Agenesia de células espermáticas
- Síndrome de Klinefelter;
Síndrome de Turner;
Síndrome de Frolich;
a) Hermafroditismo verdadero;
Intersexo dero;
b) Pseudohermafroditismos.
- 2– Agenesia de testículos (ausencia bilateral congénita);
3– Hipoplasia testicular bilateral idiopática;
4– Criptorquidia bilateral del adulto.

b) Anomalías que impiden el libre paso al exterior.

- 1– Agenesia bilateral de epididimos;
2– Agenesia bilateral de conductos deferentes;
3– Falta de unión, epididimo-deferencial bilateral.

b) Secundarias o adquiridas: a) Pérdida de ambos testículos;

- 1– Causa traumática;
2– Causa quirúrgica;

b) Atrofia de ambos testículos;

- 1– Infecciosa o post-infecciosa (orquitis urleana, (por el virus de la parotiditis u otra infección);

- 2 – Radiaciones ionizantes (exposición profesional prolongada a los rayos X o radioactividad, explosiones atómicas).

c) Obstrucción a nivel de ambos epididimos:

- 1 – Resección quirúrgica (por quistes o tumores);
2 – Traumatismos o sus secuelas;
3 – Infecciones (tuberculosis, sífilis, etc.).

d) Obstrucción a nivel de ambos conductos deferentes:

- 1 – Traumática o post-traumática;
 a) Lagaduras; y
2 – Quirúrgica
 b) Ligadura y sección (vasectomía esterilizadora).
3 – Infecciosas (post-blenorrágicas, tuberculosas, etc.).
 e) Infecciones prostáticas o prostato-vesiculares:
1 – Prostatitis crónica esclerosante no tuberculosa, con o sin cálculos;
2 – Prostatitis tuberculosa.

f) Obstrucción a nivel de la uretra:

- 1 – Destrucción traumática o infecciosa irreparable (estas personas necesitan una derivación permanente contra-natura de la orina).

II – RELATIVA:

A) PRIMARIAS:

- a) Oligospermias idiopáticas;
b) Deformidades congénitas de genitales externos:

- 1 – Epispadias completo;
2 – Hipospadias completo (escrotal o perineal)
NOTA: estas no impiden la eyaculación ad-portum.

B) SECUNDARIAS:

- a) Estados o enfermedades consuntivos:

1 – Agudos: (infecciones y trastornos nutricionales, estados tumorales, cáncer).

- 2–Crónicos:
- a) infecciones
 - b) trastornos nutricionales
 - c) trastornos endocrinos

enfermedades de la hipófisis
enfermedades de las glándulas
suprarrenales;
hipotiroidismo;
diabetes;

- d) cirrosis hepática; y
- e) uremia.

b) Debidos a factores locales:

- 1–Varicocele bilateral;
- 2–Hidrocele bilateral

c) Debidos a estados traumáticos
transitorios:

- 1–Orquitis;
- 2–Epididimitis;
- 3–Funiculitis;
- 4–Prostato-verisulitis

d) Deformaciones adquiridas del
pene o la uretra;

- 1–Amputaciones parciales o totales (traumáticas o quirúrgicas);
- 2–Fístulas de la uretra, hacia el penineo.

e) La impotencia: Es una condición caracterizada por la falta de erección peneana, de causa orgánica o psicossomática. Constituye una causa relativa de infertilidad, puesto que en algunos casos permite la eyaculación en estado de flacidez y por lo tanto la inmisio séminis (eyaculación ad-portum). Dado el carácter íntimo de esta condición, y de lo complejo de sus mecanismos, sería imposible aportar una prueba de ella.

c) CUESTIONES BIOLÓGICAS EN LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

Ya expresamos nociones sobre la fertilidad e infertilidad masculinas. Conviene establecer ahora, que cuando una persona de sexo masculino es fértil, hay otros medios biológicos para establecer, si es o nó, a la cual se atribuye la paternidad. Estos medios consisten en el estudio de los grupos sanguíneos.

Partamos del acerto, de que no es posible por medios biológicos, afirmar la paternidad de una persona con relación a otra, porque el supuesto padre podría tener casualmente el mismo grupo de sangre al cual pertenece el padre legítimo. Lo que sí es seguro, es la exclusión de paternidad por el estudio de los caracteres sanguíneos. El doctor Ramiro Fernandez, dice: "Se debe admitir que es más factible excluir la paternidad que aseverarla. O sea, la exclusión de la paternidad es concluyente, en cambio, la asignación no lo es"⁽¹²¹⁾.

El Doctor Carlos Federico Mora, establece, que previamente a entrar al estudio de los grupos sanguíneos, debe atenderse a los factores raciales, porque; "si un niño no pertenece a la raza de ninguno de los dos progenitores, la ilegitimidad es segura". Refiere a continuación, el caso de un matrimonio alemán que tuvo en su seno a una criatura que presentaba caracteres étnicos de la raza indígena guatemalteca. El marido entabló la acción de impugnación de paternidad, que fue desestimada en primera instancia, "por no haberse ocultado el embarazo y el alumbramiento", juicio que según se sabe, fue ganado por el esposo en segunda instancia.⁽¹²²⁾

Es necesario establecer algunas nociones importantes que preceden al estudio de los factores biológicos de la sangre. En condiciones normales, en la sangre los glóbulos no se encuentran aglutinados, sino sueltos o apillados como monedas. Refirámonos entonces, en primer lugar al fenómeno de la aglutinación, también denominado de iso-aglutinación. Consiste, en la reacción por la cual los glóbulos sanguíneos, suspendidos en un suero, se reúnen en grumos o flóculos. Es decir, que la aglutinación aparece cuando los glóbulos se ponen en contacto

(121) Ramiro Ferrández. Aspectos médico-legales de la genética. "Exclusión de la paternidad". Tribuna médica. Tomo V. No. 6. Pag. 104.

(122) Carlos Federico Mora. Op. Cit. Págs. 432-433. -

con un suero de tipo distinto, y que posee ciertas sustancias llamadas "aglutininas", que actúan contra los glóbulos en mención y los aglutinan.

Hemos creído conveniente exponer el fenómeno de aglutinación, porque como ya dijimos, en estado normal, los glóbulos se encuentran sueltos, es decir en estado de suspensión homogénea, en un líquido de composición compleja llamado plasma. Este líquido desprovisto de sus proteínas es llamado SUERO SANGUINEO

Como el afán de esta tesis no está encaminado a hacer un exámen total de aspectos médicos en forma profunda, sino solamente exponer cuestiones de interés en al determinación científica de la filiación, pasamos en seguida al estudio de los grupos sanguíneos.

El Doctor Carlos Federico Mora expresa: "Landsteiner fue el primero que demostró cómo podría agruparse a los seres humanos fundándose en la cualidad de aglutinar o ser aglutinada que poseyera su sangre: Los cuatro grupos en que finalmente quedó fijada su clasificación se designan con las letras O, A, B y AB y la manera cómo se influyen mutuamente, aglutinando o dejando de hacerlo, se expresa de una manera gráfica en el siguiente cuadro:

SUEROS	GLOBULOS:			
	O	A	B	AB
O	-	+	+	+
A	-	-	+	+
B	-	+	-	+
AB	-	-	-	-

+ Indica que hay aglutinación
 = Indica que no hay aglutinación. "(123)

(123) Dr. Carlos Federico Mora. Op. Cit. Página 434.

Existe otro factor denominado RH (en consideración a que fue encontrado en monos rhesus), cuya presencia en la sangre de un individuo, lo clasifica como RH positivo. Su ausencia lo clasifica como RH negativo. Conveniente será también que expliquemos que existen subgrupos sanguíneos, que hacen el estudio más complejo. "En el grupo A se pueden distinguir tres subgrupos: A1, A2 y A3. Los eritrocitos del grupo A1 absorben mucho más aglutinina A que los del grupo A2; el subgrupo A1 es 4 a 6 veces más común que el A2, en los blancos, el subgrupo A2 es más frecuente en los negros y falta en los mongoloides. Existen sujetos A1B y otros A2B."⁽¹²⁴⁾

Para poder comprender las tablas y cuadros siguientes será necesario exponer que existen también tres tipos identificados biológicamente con suero de conejo sensibilizado, estos son los denominados: M, N y MN, que resultan valiosos en medicina legal, ya que los eritrocitos humanos contienen siempre aglutinogeno M, N o MN, pero nunca faltan. Estos últimos factores son descubrimientos hechos por Landsteiner y Levine en 1907.

A continuación exponemos la siguiente tabla de legitimidad posible de THOMSEN, FRIENDENREICH y WORSAAE, que ha sido tomada igualmente del autor anteriormente citado.⁽¹²⁵⁾

GRUPO DE LOS PADRES.	HIJOS POSIBLES	HIJOS IMPOSIBLES
A2 y O	O, A2	A1
A2 y A2	O, A2	A1
A2 y B	O, A2 B, A2B	A1, A1B
A2B y B	A2, B	A1
A2B y O	A2, B, A2B	A1, A1B
A2B y A2	A2, A 2B, B	A1, A1B
A2B y A2B	A2, B 2B, B	A1, A1B
A1B y O	A1, B	A2,
A1B y A1	A1, B, A2B, A1B	A2
A1B y A2	A1, B, A2B	A1B, A2

(124) B. Houssay, J.T. Lewis, O. Orías, E. Braun Menéndez, E. Hug. V.G. Foglia, L.F. Le-loir, "FISIOLOGIA HUMANA", Páginas 72 y 75.—

(125) Dr. Carlos Federico Mora. Op. Cit. Página 437.—

Continuación al cuadro anterior.

GRUPOS DE LOS PADRES	HIJOS POSIBLES	HIJOS IMPOSIBLES
A1B y A2B	A1,B, A1B,A1B	A2
A1B y B	A1,B,A1B	A2,A2B
A1B y A1B	A1,B,A1B	A2,A2B
A1 y O	O, A1,A2	—
A1 y A1	O,A1,A2	—
A1 y A2	O,A1,A2	—
A1 y B	O,A1,A2,B,A1B,A2B	—
A1 y A2B	A1,A2,B,A1B,A2B	—

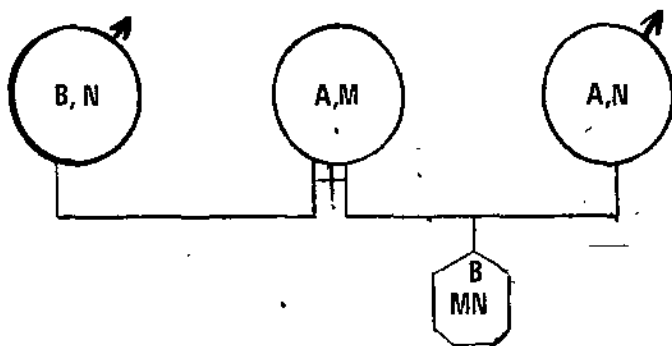
Para el Doctor Mora, la tabla anterior es el resultado de la combinación de los cuatro grupos primarios entre sí, dylos cuales se obtienen doce diferentes clases de sangre y de las subdivisiones en los sub-grupos A1,A2,A1B,A2B, de los cuales saldrán 18 grupos.

El Doctor Ramiro Fernández, indica que el factor RH puede ayudar como indicio adicional, tomando en cuenta una serie de antígenos que sería prolijo enumerar. Dicho autor también hace alusión a ciertos factores heredológicos que pueden coadyuvar en la investigación de la paternidad, tales como los caracteres alelomorfos transmisibles. Con relación a lo anterior conviene transcribir lo afirmado por el Doctor Mora, quien dice: "El gran interés práctico que la determinación de los grupos sanguíneos tiene en las cuestiones de filiación, se debe a que tales grupos se transmiten hereditariamente, según lo demostraron Ottenberg y Epstein en 1908, demostrando al mismo tiempo que la transmisión obedecía a las leyes biológicas de la herencia".⁽¹²⁶⁾

Ya hemos indicado que la asignación de paternidad por métodos biológicos no es conclusiva, pero la exclusión si lo es, por ello consideramos interesante reproducir dos cuadros del Doctor Ramiro Fernández, sobre la exclusión y asignación de paternidad, que incluyen los grupos: A,B, AB y O así como los factores: M, N, y MN.

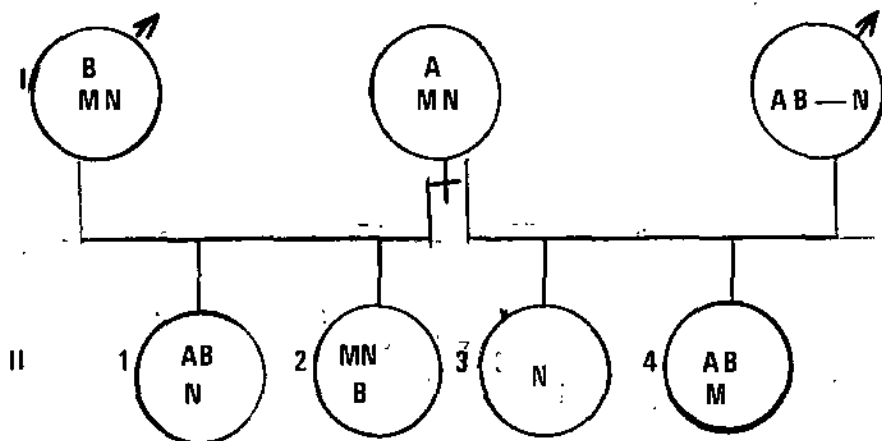
(126) Dr. Carlos Federico Mora, Op. Cit. Pág. 434.—

Exclusión y asignación de paternidad:



En la gráfica de arriba, el marido A, N, acusa al señor B, N, de ser el padre del niño B, MN. La madre es A, M. No existiendo antígeno B ni en marido ni en mujer, la sospecha es correcta.

Exclusión de la paternidad:



En la gráfica que precede, supongamos un caso de disputa de paternidad que comprende a una mujer y dos varones. Conociendo las propiedades de los de los grupos sanguíneos y su transmisión genética, solo podemos excluir al padre AB-N en el caso del hijo II-3. El resto de la prole puede ser de uno u otro. Por tanto, hay que echar mano a otras evidencias.

En ocasiones como la anterior, en las que es muy difícil determinar genéticamente el vínculo biológico entre padres e hijos, debe acudir a otra serie de expertajes, tales como el parecido físico y similitud de los rasgos entre el hijo, el padre que alega la exclusión, la madre y el presunto padre.

D) CONSIDERACION FINAL.

En éste capítulo, se han dejado expuestas varias cuestiones relativas a la paternidad, desde el punto de vista médico y biológico. A lo largo de este trabajo, se ha insistido en la conveniencia de dividir la filiación en sus dos aspectos, paternidad y maternidad, porque para el derecho importan los mismos, pues son los que participan en la procreación de la persona individual. Esta importancia deriva no sólo de los derechos y deberes que emanan del vínculo, entre padre y/o madre y el hijo, sino también por razones prácticas de la misma representación en juicio.

La disputa legal sobre la paternidad, como hemos visto, no presenta las mismas características en todos los casos y su determinación por medios científicos no resulta fácil. Cabe preguntarse entonces, la importancia que juega el aspecto de la maternidad en la filiación, máxime cuando ésta es extramatrimonial. Hemos hecho hincapié en ese elemento —si bien menos frecuente— que se entable una demanda para determinar la maternidad. Algunas hipótesis que nos interesan en cuanto a la maternidad son: 1o. Que dos mujeres den a luz en una misma casa y una de ellas pretenda la maternidad de un menor en especial (famoso juicio de Salomón); 2o. El caso de los niños expósitos de los cuales se pretende posteriormente en juicio determinar la filiación materna, por reclamos de la expositora. 3o. La impugnación del vínculo materno por un hijo que por hechos ciertos, conoce su falta de filiación con relación a la mujer que lo ha inscrito en el Registro como suyo. En fin, en la casuística podremos encontrar una serie de motivos interesantes que den origen a la discusión judicial sobre la filiación materna.

Hemos realizado una exposición sobre algunos aspectos médicos y biológicos en lo que toca a la paternidad, sin entrar a consideraciones de carácter ginecológico. Lo anterior obedece a que nuestra experiencia ha observado cuestiones de determinación de filiación materna, pero referidas más exclusivamente a aspectos del Registro Civil y como ya dijimos, en nuestro medio lo que es más frecuente, son las demandas para determinar o impugnar la paternidad, debido a que generalmente la madre por razones instintivas, casi siempre conserva al hijo y que en la mayoría de los casos, la declaración judicial de paternidad antecede al reclamo de los alimentos y ulteriormente a la sucesión.

Sólo será conveniente agregar: a) Para la determinación científica de maternidad, puede aprovecharse lo ya expuesto sobre grupos sanguíneos; b)

Cuando se pretenda alegar infertilidad de la madre, serán cuestiones relativas al expertaje ginecológico, las que arrojen la prueba concluyente de lo que se afirma. En todo caso cuando se trate de determinar científicamente la filiación, ya sea en el aspecto paterno o en el de la madre, es necesario que indiquemos, que ésta clase de pruebas significan estudios sumamente cuidadosos que afectan la economía de quien litiga. Por otra parte, nuestros servicios públicos hospitalarios no tienen un mecanismo apropiado para solucionar científicamente y en la cantidad en que se requiera su intervención, teniendo que acudir el litigante al expertaje privado y así aportar pruebas en los procesos judiciales sobre la declaración de la filiación.

CONCLUSIONES DEL CAPITULO I.

- 1o. Toda persona tiene una filiación, aunque ésta sea desconocida, con una o dos personas, por lo que consideramos que la denominación doctrinal de afiliación no es correcta, pues la persona como sujeto de derechos y deberes es siempre producto de un acto de fecundación de carácter biológico. Por ello es que aún en el caso de que una persona sea hijo de padres desconocidos, quedará la alternativa imprescriptible de su derecho a ser reconocido en cualquier tiempo y lugar.
- 2o. Los conceptos doctrinarios que establecen la filiación como mera "relación" entre padres e hijos, o los que indican que es "relación natural y jurídica", no satisfacen teóricamente por ser incompletos, es decir, no establecen que clase de relaciones son estas y cuando dicen "naturales", no aclaran qué tipo de relaciones naturales son las que existen entre unos y otros, por lo que hemos preferido el vocablo VINCULO JURIDICO Y BIOLOGICO.
- 3o. Hemos ensayado una definición de la filiación en términos generales diciendo que es **EL VINCULO DE CARACTER BIOLOGICO Y JURIDICO EXISTENTE ENTRE PADRES E HIJOS O BIEN ENTRE UNO SOLO DE AQUELLOS Y ESTOS, QUE TIENE SU ORIGEN EN LA CONCEPCION NATURAL DE LA PERSONA HUMANA Y QUE AL ESTAR DECLARADO EN FORMA LEGAL, HACE DERIVAR ENTRE LOS MISMOS, DIVERSOS DERECHOS Y OBLIGACIONES RECIPROCOS.**
- 4o. Las clasificaciones doctrinales de: filiación legitimada, natural, legítima putativa, adoptiva e ilegítima, no se adaptan a nuestro sistema legislativo, siendo además discriminatorias y cuando algunas legislaciones las recogen, no es más que el producto de un notorio retraso social. Por el contrario, las clasificaciones de filiación conocida y desconocida, y filiación legítima, si se adaptan a nuestro sistema de derecho positivo, siendo para quien esto escribe, la filiación legítima la que puede asimilarse a la filiación matrimonial.
- 5o. La clasificación que nuestro derecho civil vigente hace la filiación

matrimonial y extramatrimonial, es indudablemente un acierto legislativo de connotado avance social y encaja un alto concepto humano al consagrar la igualdad de derechos de la persona humana.

CONCLUSIONES DEL II CAPITULO.

- 1o Todas las presunciones que sobre la filiación contiene el Código Civil, dentro de las instituciones del matrimonio, la unión de hecho, y en el aspecto extramatrimonial, son presunciones IURIS TANTUM y por lo mismo admiten pruebas en contrario. En tal virtud, no aceptamos las posiciones doctrinarias que indican que se trata de presunciones IURIS ET DE IURE.
- 2o. Aunque la institución del reconocimiento de preñez y parto está establecida especialmente para la mujer casada, no impide a la parte que voluntariamente desee reconocer tales hechos, hacerlo en forma judicial o notarial.
- 3o. La norma del artículo 207 del Código Civil que contiene dos presunciones de paternidad en caso de nuevas nupcias de la madre, debe reformarse, dejando tan solo una presunción, que relacione al hijo, ya sea con el primero o segundo matrimonio.
- 4o. La filiación de los hijos procreados durante la unión de hecho declarada, debe gozar de la seguridad que se concede a los hijos procreados en el matrimonio, por producir iguales efectos la inscripción de tal hecho siendo también a juicio de quien esto escribe, posible atacarla por medio de acción de impugnación de paternidad.
- 5o. Debe mantenerse el principio de igualdad de los hijos ante la ley, por ser una conquista legislativa a partir del año 1945.
- 6o. Debe continuar la regulación de la prohibición de revocar el reconocimiento de un hijo en forma voluntaria, por acto posterior del que lo hizo. Pero el reconocimiento hecho por error, dolo o coacción, quedará sujeto a acciones de impugnación, nulidad, etc.
- 7o. La posibilidad de impugnación del reconocimiento por parte de un hijo ha cumplido la mayoría de edad no debería estar sujeto a hacerse dentro del año en que se haya cumplido tal edad, sino dentro de un año a partir del momento en que se ha conocido su falta de filiación.

- 8o. La acción de indemnización por haber ejercitado la tutela de hecho de menores, por razones de técnica debería estar situada en el Código en capítulo aparte o bien en el capítulo de la patria potestad, pero no en el de la filiación.
- 9o. Nuestro Código Civil, no contempla en especial la filiación de los hijos procreados por inseminación artificial en el caso de desconocerse la procedencia del semen generador, en lo extramatrimonial, ni hace alusión al caso en que sí se conozca.
- 10o. El reconocimiento de un hijo por los abuelos, es de carácter voluntario y no contencioso. Por lo mismo puede interponerse contra este reconocimiento cualquier acción de impugnación o de nulidad.
- 11o. No creemos válida la posesión de estado de un hijo que ha sido tratado como tal por los familiares del padre únicamente. Debe ser el tratamiento un hacer reiterado y directo del padre a quien se reclama.
- 12o. Los elementos doctrinarios de la posesión notoria de estado, NOMEN, TRACTATUS Y FAMA, se encuentran en nuestra ley sustantiva y cuando dice: "Que los padres hayan proveído a su subsistencia y educación nos encontramos ante otro elemento que puede combinarse con los ya mencionados.

CONCLUSIONES DEL CAPITULO III

- 1o. En la filiación extramatrimonial, cada situación en particular necesita de empleo de medios adecuados de prueba, no pudiendo indicarse con toda certeza cuál sea el medio más apropiado, porque cada caso presenta distinto origen y modalidades también diferentes.
- 2o. Las pruebas anticipadas pueden ser utilizadas, tanto por el actor como por la parte que considere la posibilidad de ser demandada en juicio de filiación.
- 3o. Para que la prueba anticipada de posiciones surta todos sus efectos legales, debese evitar que ocurra en su diligenciamiento alguna circunstancia que impida dar el valor probatorio a la diligencia de declaración de parte, tal como caso fortuito, fuerza mayor, falta de citación, debida, etc.
- 4o. Las declaraciones de testigos y el reconocimiento judicial, son medios de prueba de situaciones no directas, sino relacionadas con los hechos que constituyen el verdadero fondo de la acción y deben utilizarse.
- 5o. Tanto para la determinación de la filiación como para la impugnación, es conveniente acudir a los medios científicos de prueba, utilizando medios como dictámenes médico-forenses, dictámenes químicos-legales, etc.
- 6o. Las cuestiones de índole notarial, en el campo de la prueba anticipada deben considerarse de pleno valor probatorio y no es al juez a quien compete la impugnación de los mismos, sino al adversario.
- 7o. Cuando se trate de discusión de la filiación de menores de edad, la ley debe reformarse y establecer que el actor que solicite la filiación de estos, pueda demandar en cualquier territorio sin sujetarse a ninguna regla especial de competencia por razón de ser acción personal.
- 8o. Los documentos públicos y auténticos pueden presentarse conjuntamente con la demanda y los de carácter privado deben sujetarse al procedimiento de reconocimiento, debiendo emplearse también el cotejo de letras.
- 9o. Para apreciar la prueba de presunciones humanas con acierto, deben tenerse

por el juez, no sólo un conocimiento amplio de la materia de la filiación sino un criterio flexible y especializado.

10o. Es obligación del Organismo Judicial, instruir a los funcionarios judiciales sobre los problemas de filiación y nombrar para los mismos puestos, a persona con idoneidad y capacidad reconocida.

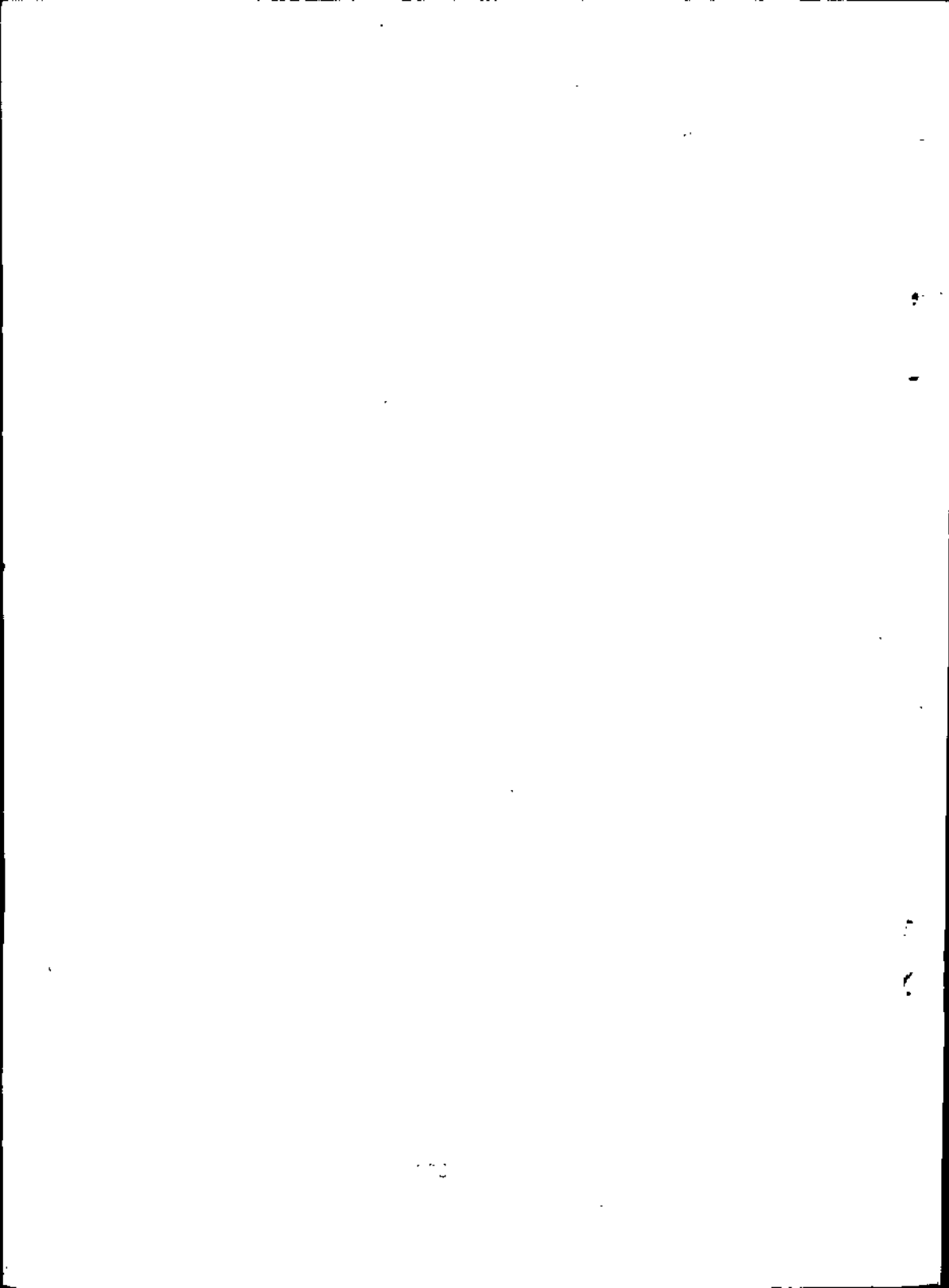
11o. Cuando trata de demandarse la filiación extramatrimonial póstuma, es conveniente que el representante administrador de la mortual, sea familiar del fallecido, por razones tales como la posesión notoria de estado, vida maridable, etc.

12o. Todos los medios de prueba utilizables en juicios de filiación en vida del que se reclama, pueden ser empleados en el juicio póstumo de filiación, pero naturalmente con atenuación en lo que respecta a la declaración de parte y dictamen de expertos.

CONCLUSIONES DEL CAPITULO IV.

- 1o. Las constancias con que se prueba fehacientemente la filiación, son las certificaciones de las actas y partidas del Registro Civil. Otros documentos, sólo servirán para formar presunciones en las diligencias de asiento, reposición y rectificación de partidas. Aún así, los jueces no deben ser excesivamente formalistas para resolver. Deben por lo tanto, cuando ha sido ofrecido dicho medio de prueba, resolver de acuerdo al medio probatorio de presunciones.
- 2o. Los tribunales no deben atender exclusivamente a los dictámenes vertidos por el Registro Civil o el Ministerio Público, para dictar los autos definitivos, puesto que estos no son siempre correctos. Deben dictar sus resoluciones en forma original, —empleando medidas de oficio si fuera el caso, ya que la ley lo establece y no se acostumbra.—
- 3o. Cuando una partida está incompleta es mucho más fácil hacer uso del medio de prueba de presunciones, precisamente porque el asiento no es totalmente inexistente, sino solamente parte del contexto.
- 4o. El uso de las partidas eclesiásticas, facilita los trámites de reposición de partidas, debido a la práctica de las parroquias de exigir el atestado del Registro Civil para efectuar el bautizo.
- 5o. Cuando se pretende asentar judicialmente la partida de nacimiento de una persona, cuyos padres se encuentran ausentes o uno solo de ellos lo está, es preferible asentar la partida con el sólo nombre de quién comparezca en las diligencias a reconocer al solicitante, puesto que en caso contrario las diligencias no prosperarían por entrañar la filiación con relación a la persona del que no se ha presentado. Si la falta de los padres fuere total, debe hacerse la inscripción como si se tratase de hijos de padres ignorados o desconocidos, para evitar problemas con la filiación.
- 6o. A juicio del autor de la tesis, en las diligencias de rectificación de partida, cuando entrañan la filiación en uno de los padres, no es forzosa la presentación del otro padre a vertir su declaración en la tramitación. Esta opinión se basa en el hecho de que el reconocimiento de un hijo es irrevocable, por lo que se estima innecesario dar audiencia al otro padre.

- 7o. El Código Civil indica que la identificación de persona y el cambio de nombre no constituyen prueba alguna de la filiación. El autor de esta tesis considera, sin embargo, que a pesar de la prohibición que aparece en la ley en forma rotunda, si la identificación de persona se ha hecho por el mismo padre a quien podría afectar la filiación y declara que reconoce con un solo de los nombres al hijo, la identificación de persona puede utilizarse favorablemente por quien pretenda que se declara su filiación. Quien esto escribe, juzga que la prohibición se hace para evitar identificaciones de personas antojadizamente practicadas, con el interés de crear situaciones como la del "nombre", que tanta relevancia tiene en la posesión notoria de estado.
- 8o. Para efectuar asientos y anotaciones, los Registros Civiles, deben ser extremadamente cuidadosos en verificar los nombres de quienes comparecen y tratar de sanear muchas situaciones de trámite, que posteriormente puedan repercutir en la filiación extramatrimonial.
- 9o. Para evitar la existencia de diligencias —que no tienen razón de ser— como en el caso de reposición de partidas, los Registros Civiles por lo menos en las ciudades más populosas, podrían utilizar el sistema de microfilm.
- 10o. Si la alteración de una partida no entraña verdadera alteración de concepto, no es necesaria la intervención del órgano jurisdiccional, pudiéndose rectificar con la comparecencia de los interesados ante el Registrador.
- 11o. Los documentos expedidos por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social tienen carácter de documento público y deben valorarse como plena —prueba de la filiación.—



CONCLUSIONES DEL CAPITULO V

- 1o. Nuestra ley consagra muy rotundamente que la paternidad pueda ceclararse en los casos de violación, estupro o rapto, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. A mi juicio no basta solamente que haya coincidencia entre la comisión del delito y la concepción para hacer la declaración respectiva por el juzgador. Es sumamente necesario que queden demostrados muchos aspectos dentro del juicio criminal, que más tarde, al interponer la demanda civil, puedan hacerlo prosperar.
- 2o. El Código Civil no contempla el delito de abusos deshonestos en el artículo 221, quizás por considerar el legislador que al no haber "inmissio penis", la posibilidad de fecundación sería nula. Sin embargo, a mi juicio convendría ampliar las disposiciones de la materia, dejando la posibilidad de hacer la declaración de paternidad cuando se hubiere cometido el delito de abusos deshonestos y se haya demostrado a juicio de peritos que el delito fue la causa de la preñez, extremo, probado tanto en el juicio criminal, como en el civil.
- 3o. Se debe tener extremo cuidado, por parte de quien defiende los intereses de una mujer que haya sido privada de su libertad, para que el delito sea tipificado correctamente, puesto que la consecuencia de una errónea tipificación, podría dar lugar a que quedara ineficaz la acción de paternidad por el delito de rapto, puesto que las miras de otros delitos, tales como el secuestro y las detenciones ilegales son distintas.
- 4o. Estimo que no basta solamente el rapto "con miras deshonestas", sino que el propósito delictivo, se vea realizado con cópulas sexuales, perfectas o imperfectas, porque de no ser así, no solamente estaría en presencia de una acción de paternidad injusta, sino también, la acción quizá no prosperaría. Es por ello que no acepto dos posiciones: a) Que el delito de rapto existe aún cuando no se intente el yacimiento ni abuso deshonesto alguno, porque de no existir ninguna de estas dos situaciones, quédase el juez de lo criminal, colocado ante una posición psicológica del sujeto, o sea la voluntad criminal, que costaría probar, teniendo forzosamente que tipificar la acción criminal con otro nombre. b) La discusión de que no existe el delito de rapto, cuando el raptor comete estupro en la práctica de

algún hecho lúbrico, a mi juicio no es correcta, porque los delitos de violación y estupro, tienen relieves muy claros que lo distinguen del rapto y al cometerse rapto y estupro lo que ocurre es un concurso ideal.

- 5o. En los delitos sexuales de estupro, violación y rapto, estimo que no es necesaria la condena por cualquiera de ellos, para poder iniciar la acción civil correspondiente, puesto que si en el proceso hay diligencias tales como la indagatoria, en donde se haya confesado por el procesado, que hubo cópulas sexuales, no es conveniente esperar la condena por el delito.
- 6o. En los delitos sexuales tratados, considero que es necesaria siempre la eyaculación, porque de lo contrario sería imposible la fecundación, es por ello, que aunque la legislación no establezca, por ejemplo, en la violación, si el delito se integra por la "inmissio penis" E "inmissio séminis", para los efectos civiles, si estimo que es indefectible la eyaculación que de lugar a la procreación.
- 7o. En el delito de adulterio, cuando el esposo ha obtenido sentencia favorable de impugnación de paternidad y el hijo ha quedado sin filiación, es necesario probar que el presunto codelincuente adultero, ha cometido el delito sin ninguna frustración, es decir, probar en el juicio criminal, que el yacimiento fue completo, porque de lo contrario quedaría sujeta ésta situación a las mismas consideraciones que se han hecho para los restantes delitos sexuales, para el caso de no haber eyaculación. La restricción que el Código Civil contempla para el esposo que prohíbe a este impugnar la paternidad por adulterio, es tajante y no deja posibilidad de demostrar su afirmación, a menos que obtenga la sentencia de impugnación favorable y así poderse atribuir la paternidad a otro sujeto. A mi juicio y considerando la realidad social actual, la ley no debiera ser tan restringida al esposo, quien a menudo es objeto de abusos derivados de la misma progección legal para la mujer.

BIBLIOGRAFIA.

- 1o. CANDIAN AURELIO. "Instituciones de Derecho Privado". 2a. Edición. Traducción de Blanca Caballero. México. Unión Tipográfica Hispanoamericana. 1961.
- 2o. CICU ANTONIO. "La Filiación". 1a. Edición. Traducción española Faustino Giménez Arnaud. Madrid, España. Editorial Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. 1930.
- 3o. CUELLO CALON. "Derecho Penal". Tomo II, parte especial. 2a. Edición. Barcelona, España. Bosch casa editorial. 1948.
- 4o. CAMPBELL MEREDITH. "Urología". 1a. Edición Traducción española del Dr. Homero Vela. México. Editorial Interamericana. 1958.
- 5o. DEL VECCHIO GIORGIO' "Filosofía del Derecho". 6a. Edición. Traducción española de Luis Legaz y Lacambra. Barcelona, España. Bosch, casa editorial. 1953.
- 6o. ESPIN DIEGO. "Manual de Derecho Civil" Vol. IV. Derecho de Familia. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado 1963.
- 7o. HOUSSAY, J. T. LEWIS. "Fisiología Humana". 3a. Edición. Córdoba, Argentina. Editorial Florida. 1954.
- 8o. ROJINA VILLEGAS RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Derecho de Familia. Vol. I. 2a. Edición. México. Antigua Librería Robredo. 1959.
- 9o. SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL. "Derecho de Familia". 1a. edición. Santiago de Chile. Editorial Nascimento. 1946.
- 10o. MORA CARLOS FEDERICO. "Manual de Medicina Forense". 2a. Edición. Guatemala. Ed. Unión tipográfica Castañeda Avila y Cía. 1947.
- 11o. SMITH. DONALD R. "Urología General". 2a. Edición. México 11. D.F. Editorial El Manual Moderno. 1967.
- 12o. URREJOLA. RAUL E. "Urología". 2a. Edición. Buenos Aires Argentina.

Editorial Florida. 1959.

- 13o. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO UTEHA. Tomo V. FER-HIS. 2a. Edición. México. Editorial Unión Tipográfica Hispanoamericana. 1953.
- 14o. DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. "Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro. Tomo Apéndice. 2a. Edición. Barcelona, España. Editorial Labor. 1963
- 15o. OJEDA SALAZAR FEDERICO. "Exposición de Motivos de Código Civil". Dto. Ley 106. 1a. Edición. Guatemala. Publicación del Ministerio de Gobernación. 1964.
- 16o. LA BIBLIA. "Antiguo Testamento". I. Reyes. Cap. 3. 9a. Edición. Madrid., España. Editorial Apostolado de la Prensa. 1964.
- 17o. FERNANDEZ RAMIRO. "Aspectos Médico Legales de la Genética". (Exclusión de la paternidad). Tribuna Médica. Tomo V. No. 6. Año 1. No. 48. Ediciones Lerner Internacional. Guatemala, 1970.

LEYES CITADAS.

- 1o. CODIGO CIVÍL. Dto. Ley 106.
- 2o. CODIGO CIVIL' Dto. Ley. 1932
- 3o. CODIGO CIVIL DE 1877. Dto. Gub. 175.
- 4o. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA DE 1965
- 5o. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA DE 1945
- 6o. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA DE 1956
- 7o. CODIGO PENAL, Dto. Leg. 2164
- 8o. DECRETO GUBERNATIVO No. 591. DE 1898.
- 9o. DECRETO No. 51-70 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA. (Reformas al Código Penal)