



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**“LA PRUEBA DE ADN COMO EL MEDIO IDÓNEO
PARA ACREDITAR LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD
EN NUESTRO DERECHO”**

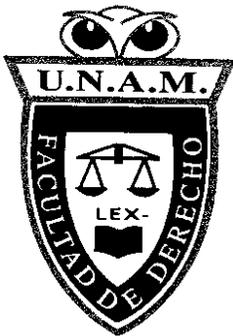
T E S I S

**QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

ANA LAURA MARTÍNEZ ZAVALA

ASESOR DE TESIS: LIC. JESÚS VILCHIS CASTILLO



CIUDAD UNIVERSITARIA

2005



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

MÉXICO, D.F. 28 DE NOVIEMBRE DE 2005

Lic. GUSTAVO ARRATIBEL SALAS

Director del Seminario de Derecho Civil UNAM

P R E S E N T E

Fui autorizado para dirigir y revisar el trabajo intitulado "LA PRUEBA DE ADN COMO EL MEDIO IDÓNEO PARA ACREDITAR LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN NUESTRO DERECHO" Mismo que fue elaborado por la alumna: ANA LAURA MARTÍNEZ ZAVALA con No. de cuenta 9061205-7 el cual a mi consideración ha sido una investigación seria, con la bibliografía adecuada, por lo que, considero, reúne los requisitos legales y formales que exige el reglamento de exámenes profesionales.

Después de haber revisado y corregido en su totalidad el trabajo en cuestión, le solicito tenga a bien aprobarla y autorizar su impresión, salvo su docta opinión al respecto.

Por lo anterior, le agradezco las atenciones que se sirva prestar a la portadora de la presente, manifestándole la más alta y distinguida consideración de mi persona.

A T E N T A M E N T E

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU."

Lic. JESÚS VILCHIS CASTILLO

CIUDAD UNIVERSITARIA, 3 DE NOVIEMBRE DE 2004

Lic. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS

Director del Seminario de Derecho Civil UNAM

Estimado Maestro:

La alumna ANA LAURA MARTÍNEZ ZAVALA con No. de Cta. **9061205-7** ha elaborado su proyecto de tesis intitulado **“LA PRUEBA DE ADN COMO EL MEDIO IDÓNEO PARA ACREDITAR LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN NUESTRO DERECHO”** con la asesoría del suscrito.

El Proyecto en comentario el cual me entregó la interesada ha sido revisado en su totalidad y en su oportunidad se le han hecho las modificaciones que consideré necesarias a efecto de que satisficiera las necesidades que un proyecto de tesis debe tener para su aprobación.

Además la investigación en cuestión cuenta con una amplia bibliografía sobre el tema, por lo antes expuesto, someto a su digna consideración el referido proyecto de capitulado para que, de no existir inconveniente alguno de su parte tenga a bien autorizar el registro del proyecto citado.

Sin otro particular reciba de mi parte un respetuoso saludo reiterándome a sus apreciables ordenes.

ATENTAMENTE:

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU.”

Lic. JESÚS VILCHIS CASTILLO

A LA UNAM.

FUENTE INAGOTABLE DE ENSEÑANZA, VALORES Y RESPETO.

AL MAESTRO

LIC. JESÚS VILCHIS CASTILLO

**AGRADECIÉNDOLE EL RESPALDO QUE ME OTORGÓ PARA
FACILITARME LOS MEDIOS PARA CONCLUIR UN OBJETIVO.**

A MIS MAESTROS.

**QUIENES CON SU ENTREGA Y
PROFESIONALISMO ME ENSEÑARON LOS
CONOCIMIENTOS DEL SABER.**

A LOS MIEMBROS DISTINGUIDOS DEL JURADO.

A MI MADRE
CON TODO MI AMOR
LAURA ZAVALA GUERRERO

A MI MAESTRA
QUIEN ME GUIÓ CON LA LUZ HACIA
EL CAMINO DE LA CERTEZA.

MARIA DEL CARMEN LÓPEZ JUÁREZ.

**A LA MEMORIA DE MIS ABUELOS
LUZ QUE ILUMINAN MI CAMINO
VALERIA DE L'OYA DIRZO
BARTOLO GUERRERO LÓPEZ.**

A MI HERMANA Y SOBRINOS

LAZOS DE AMOR

SANDRA B. MARTÍNEZ ZAVALA.

SONIA. JANETTE CORDERO MARTÍNEZ.

DANIEL ALEJANDRO CORDERO MARTÍNEZ.

A LA PEQUEÑA MARISOL CORDERO MARTÍNEZ.

A MIS AMIGOS

GUADALUPE ACOSTA MIRANDA.

GUILLERMINA EVANGELISTA TOVAR.

ARIADNA YURIRIA MEDINA FRANCO.

JORGE CORONA MUNGUÍA.

HÉCTOR ROMERO SALDAÑA.

ENRIQUE SÁNCHEZ ALARCÓN.

CON AFECTO, POR EL RESPETO Y CARIÑO.

A TODOS MIS COMPAÑEROS CON CARIÑO.

**A TODAS AQUÉLLAS PERSONAS Y AMIGOS,
LOS CUALES HAN SABIDO DARME SU
CONFIANZA, SU AMISTAD Y A LOS QUE NUNCA LES HE FALLADO.**

**“LA PRUEBA DE ADN COMO EL MEDIO IDÓNEO PARA ACREDITAR LA
MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN NUESTRO DERECHO”**

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

NOCIONES DE FAMILIA Y DE DERECHO FAMILIAR

1. Diversas acepciones de la palabra familia.	1
2. Evolución histórica.....	5
3. El Derecho de Familia.....	9
4. Concepto de Derecho Familiar.....	12
4.1. Naturaleza y fines del Derecho Familiar.	16
4.2. Contenido y definición.....	21
4.3. Fuentes.....	22
4.4. Ubicación en el campo de las disciplinas jurídicas.....	23

CAPÍTULO 2

LA PRUEBA DE ADN EN EL DERECHO COMPARADO

1. En España.	37
2. En Estados Unidos.....	43
3. En nuestro país.	50

CAPÍTULO 3

LA FILIACIÓN CONFORME AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

1. Concepto.	62
2. La filiación en sentido biológico y jurídico.	65
3. Especies de filiación.....	69
4. Prueba de la filiación matrimonial.....	73
5. Impugnación de la paternidad y maternidad.	81

6. Reclamación de estado de hijo.	83
7. La filiación extramatrimonial.	86
8. Investigación de la paternidad y de la maternidad.	91
9. Filiación matrimonial por disposición de la Ley.	96

CAPÍTULO 4

LA PRUEBA DE ADN COMO EL MEDIO IDÓNEO PARA COMPROBAR LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN NUESTRO DERECHO

1. Análisis del artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal.	100
2. Comentarios a los artículos 382, 385, 386 y 388 del mismo ordenamiento.	103
3. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.	108
4. La prueba de ADN como el medio idóneo para la investigación de la maternidad y paternidad.	114
5. Razonamientos jurídicos y sociales para que la prueba de ADN sea el medio idóneo para comprobar la maternidad y paternidad en nuestro derecho.	117
CONCLUSIONES	125
BIBLIOGRAFÍA	128

INTRODUCCIÓN

El trabajo recepcional que a continuación se presenta se denomina **“LA PRUEBA DE ADN COMO EL MEDIO IDÓNEO PARA ACREDITAR LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN NUESTRO DERECHO.”** El tema antes citado para su exposición y estudio quedó dividido en cuatro capítulos los cuales a continuación detallamos.

En el capítulo primero tal y como su nombre lo indica hablamos de los conceptos generales del Derecho de Familia con el propósito fundamental de familiarizarnos sobre el tema y precisar el concepto de dicho derecho su naturaleza, fines, contenido y definición así como las fuentes y ubicación en el campo de las disciplinas jurídicas.

La aplicación de la prueba de ADN en el Derecho Comparado es motivo de estudio en nuestro capítulo segundo donde por su cercanía geográfica e influencia jurídica citamos a Estados Unidos y a España para precisar como es que se aplica dicha prueba en estas dos legislaciones para así, compararla con nuestro país.

Siguiendo con nuestra exposición, en el capítulo tercero de nuestro trabajo hablamos de la filiación de acuerdo al Código Civil vigente en el Distrito Federal precisando su concepto desde el punto de vista biológico y jurídico, las especies de filiación existente, las pruebas de ésta así como la impugnación de la paternidad y maternidad e inclusive, la reclamación de estado de hijo. Asimismo, señalamos la investigación de la paternidad y la maternidad en nuestro derecho. De igual forma, de la filiación matrimonial por disposición de la ley.

Finalmente, en el capítulo cuarto de manera razonada se aportan los argumentos para que dicha prueba sea el medio idóneo para investigar la maternidad y paternidad en nuestro derecho. Lo anterior lo fundamentamos después de analizar los artículos 382, 385, 386, 388 y 325 del Código Civil para el

Distrito Federal donde se establece claramente y quizás con mayor seguridad la comprobación de la maternidad y paternidad de acuerdo a lo estipulado por nuestro Código Civil para el Distrito Federal, sin necesidad de recurrir a otros medios que en su momento pueden prestarse a corruptelas y a depender del poderío económico que tenga una de las partes para resolver la controversia.

Lo sustentado o a sustentar, será que la prueba de ADN, como avance de la tecnología se utilice en nuestro derecho ya que el Juez debe allegarse de los medios necesarios para investigar la verdad de la controversia planteada.

Con lo anterior quiero precisar, que la prueba de ADN aún en la Ciudad de México para muchos es desconocida y solamente se tiene conocimiento de esta por lo escuchado en los medios de comunicación masiva pero aún, para muchos abogados postulantes la invocación, interpretación, negación y procedencia de ésta se limita o se cree, que es exclusiva de personas de un buen nivel económico. Pero aún así debe practicarse a costa del Estado con el propósito de tener certeza y seguridad jurídica sobre lo planteado, cuando una de las partes no tenga solvencia económica para dicha práctica.

CAPÍTULO 1

NOCIONES DE FAMILIA Y DE DERECHO FAMILIAR

En este capítulo y como introducción de lo que en el se tratará, será conveniente precisar las nociones de familia y de Derecho Familiar, para así tener una mejor comprensión y entendimiento sobre los conceptos que a continuación se vierten.

1. Diversas acepciones de la palabra familia.

Existen distintas acepciones o conceptos de la palabra familia desde el punto de vista gramatical, biológico, sociológico y jurídico que es el que a nosotros interesa, así tenemos que, desde el punto de vista gramatical el Diccionario de la Real Academia de la Lengua la define, como, “El grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, es decir, es el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.”¹

Ahora bien, desde el punto de vista biológico “deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación.

La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.”²

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. T.III. 2ª edición, Editorial Milenio, México, 2003. p. 119.

² CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. La Familia como factor de Adaptación o de Desadaptación Social. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1990. p. 131.

Otra perspectiva nos enfrenta a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares. En algunos casos, como el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura de la denominada “familia nuclear”, que se encuentra compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. Éstos, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva y, aunque vivan separadas, se encuentran engranadas, de una forma típica, en redes alargadas de familiares por diversas partes. En otros casos, como sigue ocurriendo en las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del *pater*. En estas circunstancias, es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada familia en sentido extenso. Los integrantes de este tipo de familia no siempre estuvieron unidos por vínculos de sangre y matrimonio, como fue el caso de los siervos y clientes que vivieron bajo el mismo techo, por ejemplo la familia romana.

“De aquí que los conceptos biológico y sociológico de la familia no siempre, coincidan, puesto que el primero la define como la institución formada por el padre, la madre y los hijos de ambos; más en otras ocasiones, los parientes lejanos que se les agregaban. En cambio, para el concepto sociológico

es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.”³

En relación al concepto jurídico éste, no siempre refleja la concepción biológica, ni sociológica, es decir, el conocimiento jurídico, pues este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Así, desde la perspectiva jurídica, “la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen partes de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores. Sin embargo, no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidos por la ley hasta determinado grado o distancia.”⁴ Así, en línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral el parentesco y sus efectos sólo se extienden hasta el cuarto grado, como lo considera nuestro Derecho Civil vigente. Es necesario aclarar que no siempre ha sido así, pues en otros tiempos y en otros lugares el parentesco biológico produjo y produce efectos jurídicos a mayores distancias o grados.

Por lo tanto, y aunque se basa en los conceptos biológico y sociológico, en nuestro derecho el concepto jurídico de familia sólo la considera a partir de la

³ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZON JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 10.

⁴ *Ibidem*. p. 11.

pareja, sus descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. Así las cosas, el concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

De aquí que, atendiendo exclusivamente a los derechos y deberes que crea y reconoce la ley, la unión de la pareja y la descendencia extramatrimonial no siempre son familia desde el punto de vista jurídico, para que lo sean se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos.

“La familia sociológicamente considerada, puede ser o no reconocida por el orden jurídico, si la reconoce, es que coinciden ambos conceptos; el jurídico y el sociológico, si no la reconoce es que divergen: la familia poligámica de Turquía dejó de ser jurídicamente posible con las reformas de la República Turca; la familia fundada en vínculos religiosos dejó de tener vigencia en México con las Leyes de Reforma.”⁵

Nuestro Código Civil no define ni precisa el concepto de familia. Fundado en una concepción individualista. Sólo señala los tipos, líneas y grados del parentesco y regula las relaciones entre los cónyuges, concubinos y parientes.

⁵ AZUARA PÉREZ, Leando. Sociología. 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p. 16.

2. Evolución Histórica.

La idea de familia es natural al hombre; desde tiempos inmemoriales, el ser humano ha vivido en sociedad y, por lo mismo, se ha agrupado en diversos clanes a los que les reconoce una cierta pertenencia.

“Históricamente, esos clanes debido a los lazos de solidaridad que se desprenden, han facilitado la supervivencia de sus integrantes, toda vez que han ayudado al desarrollo del individuo en sociedad y han potenciado el trabajo grupal, pues normalmente se responde a una misma autoridad común. En estas formas de organización grupal se encuentra el origen de la familia.”⁶

Definir la estructura histórico-social del grupo familiar sería un trabajo que nos remontaría a los orígenes de la especie, que no correspondería al espíritu y límites metodológicos de esta obra que, sustancialmente, se circunscriben al estudio de la ciencia jurídica y no a la sociología o etnografía. En ese sentido, nuestro análisis elemental parte del surgimiento de la ciencia jurídica occidental en Roma.

“En la antigua Roma la familia podía ser *agnaticia* o *cognaticia*. La primera se restringía a la estirpe derivada de la línea paterna de parentesco (que conformaba a la *gens*), mientras la segunda coincidía plenamente con la familia consanguínea.”⁷

⁶ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996. p. 16.

⁷ Ibidem. p. 17.

El peso de la autoridad fáctica y jurídica en el núcleo familiar residía auténticamente en el *pater familias*, quien tenía poder sobre todos los miembros de la *gens*. Esta autoridad que durante la época más arcaica del Derecho Romano incluso consistía en la posibilidad de privar de la vida a cualquiera de los integrantes del grupo familiar, de hecho convertía en incapaces de ejercicio, para un gran cúmulo de actos y durante toda su vida, a las personas (*alieni iuris*) que se encontraban bajo su mando.

“En el caso de la mujer, su papel jurídico en la familia dependía de su situación: si era *sui iuris* o *alieni iuris*; según, si estaba casada *cum manum* o *sine manum*.”⁸

La mayoría de los matrimonios romanos se llevaba a cabo bajo el régimen *cum manu*; donde la mujer salía de su *gens* original para integrarse jurídicamente a la familia del marido, de la misma manera que un hijo, y, por lo tanto, bajo la guarda y supervisión tutorial del padre de familia.

A pesar de lo anterior, no debe menospreciarse el papel social de la mujer en Roma, pues en ella no sólo recaían los deberes de corte doméstico y reproductivo sino, fundamentalmente, los de índole religiosa. La esposa tenía que mantener vivo el fuego en el hogar y, de esa forma, rendir culto a los dioses *manes* de su nueva *gens*, esto la convertía en auténtica sacerdotista que permitía subsistir el alma de los ancestros de su marido.

⁸ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. 10ª edición, Editorial Esfinge, México, 1996. p. 72.

“En los matrimonios bajo el régimen *sine manu*, la mujer conservaba su posición jurídica independiente (*sui juris*); sin embargo, para muchos efectos civiles mantenía su carácter de incapaz de ejercicio.”⁹

En el primer siglo de nuestra era, con el advenimiento del cristianismo, se llevó a cabo una gran revolución en las relaciones familiares que habrían de modificar para siempre los supuestos jurídicos del Derecho Romano acerca del tema.

Se reconoció al menos teóricamente, la igualdad filosófica del hombre y la mujer, en tanto éstos habrían sido remitidos por Cristo idénticamente. Se propició la fidelidad conyugal y, dentro de lo posible, se trataron de evitar prácticas sexuales (por ejemplo, la homosexualidad) que, hasta entonces, eran socialmente aceptadas pero que son totalmente inadmisibles en la ética cristiana.

Asimismo, el matrimonio se elevó a sacramento y unión sagrada, dotándolo de la característica de indisoluble y perpetuo, con el tiempo, la iglesia tuvo una participación directa en los actos familiares.

Entre los primeros cristianos no hubo un rito especial para la celebración del matrimonio. De hecho la Iglesia continuó por largo tiempo el principio

⁹ Ibidem. p. 73.

consensualista romano (*consensus facit nuptiae*) y dio plena validez a los matrimonios con la sola existencia de la *affectio maritalis*.

En el siglo II San Ignacio de Antioquia dirigió una carta a San Policarpo en la que indica: “Conviene que los que se casan verifiquen su unión con el consentimiento del obispo.”¹⁰

Sin embargo, no fue hasta el Concilio de Trento (11 de noviembre de 1563) cuando se resolvió la obligación de celebrar el matrimonio frente al párroco como testigo oficial.

Desde entonces si bien los ministros del sacramento son los “esposos” (prometidos), la presencia de un presbítero es una solemnidad esencial.

Así, su santidad Juan Pablo II en *Familiaris Consortio* señala:

“El momento fundamental de la fe de los esposos está en la celebración del sacramento del matrimonio que en el fondo es la proclamación dentro de la iglesia, de la Buena Nueva del amor conyugal [...] Esta profesión de fe ha de estar continuada en la vida de los esposos y la familia. En efecto, Dios ha llamado a los esposos al matrimonio [...]”¹¹

¹⁰ Cit. Por DE LA MATA PIZAÑA, Felipe. Op. cit. p. 18.

¹¹ Ibidem. p. 23.

El cristianismo revolucionó la estructura del núcleo familiar, para dotarlo del contenido jurídico al que estamos acostumbrados tradicionalmente en occidente. Por lo mismo, es evidente que el contenido de la mayoría de las normas del Derecho Familiar de la rama romano canónica se plasmó históricamente con una fuerte carga ética, que deviene directamente del cristianismo y, en específico, de su Derecho Canónico.

Si bien es innegable que el matrimonio y la familia han pasado por un proceso de secularización universal, en mucho esta circunstancia ha sido formal pues, fundamentalmente, ha implicado exclusivamente el traspaso de facultades de una autoridad religiosa a una laica.

Inclusive, cuando el legislador ha creado figuras que atentan contra el núcleo familiar (por ejemplo, el divorcio), la gran mayoría de las normas familiares continúan apegadas a la tradición romano canónica antes indicada, por lo que contienen una fuerte carga ética.

3. El Derecho de Familia.

El Derecho es una ciencia que está relacionada con el ser humano, es una expresión de la vida misma, abarca todas las manifestaciones de la vida en lo que corresponde a la dimensión jurídica y todas le interesan, pues en su gran mayoría las actividades que realiza el hombre están reguladas por el propio Derecho. En este sentido Salvador Chávez Hayhoe manifiesta: “Entre las facultades del hombre la más íntimamente unida al Derecho, es la facultad social, mediante la

cual, el hombre a la vez que conserva su integridad de vida individual, la fortifica y complementa en el conjunto social; en una palabra viven en sociedad. De aquí nace todo el Derecho así sea individual, colectivo, el político, el internacional. Sin la sociedad no existiría el Derecho. Esta característica fundamental, es la primera y básica de la ciencia jurídica: su fin es armonizar la vida del hombre en sociedad.”¹²

Por eso si el objeto del Derecho regula la vida del hombre en sociedad, el Derecho debe fundarse en la naturaleza, es decir, en la ciencia de la vida individual y colectiva. Es evidente que la familia constituye la célula base de la sociedad y el Derecho, sobre esta materia, regula su organización, su existencia y sus bases materiales.

Es necesario tomar en cuenta las consideraciones anteriores para poder determinar que el Derecho de Familia regula un conjunto de actividades y funciones importantes en nuestra legislación, motivo por el cual se hace necesario aportar algunas definiciones de tratadistas distinguidos que nos lleven a establecer un criterio uniforme y bien cimentado en el desarrollo del presente capítulo.

A este respecto, Julián Güitrón Fuentesvilla establece que el Derecho de Familia se define como: “Un conjunto de normas jurídicas, que tiene por objeto

¹² CHÁVEZ HAYHOE, Salvador. Naturaleza Jurídica del Derecho. 2ª edición, Editorial Trillas, México, 2000. p. 83.

regular las relaciones jurídicas existentes entre la familia y cada uno de sus miembros, así como la de la familia con las demás personas no miembros de la familia.”¹³

Por su parte, Julián Bonnecase dice que el Derecho de Familia “es el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia.”¹⁴ También José Castán Tobeñas nos da su punto de vista en relación con el tema en estudio y señala: “El Derecho de Familia es el conjunto de normas o preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia.”¹⁵

De las definiciones citadas con anterioridad podemos establecer un concepto con propiedad, cuyo contenido sea representativo de las funciones que la familia representa en la actualidad, así tenemos que:

Derecho de Familia: Es el conjunto de normas jurídicas y principios que se encargan del estudio y regulación de las relaciones familiares y patrimoniales existentes entre sus miembros y entre estos y otras personas, con intervención del Estado, con la finalidad de proteger a la familia y que ésta pueda cumplir su objetivo esencial que es la procreación y formación de hombres y mujeres útiles a la sociedad.

¹³ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. 3ª edición, Editorial UNACH, Chiapas, México, 2001. p. 86.

¹⁴ BONNECASE, Julián. Tratado de Derecho Civil. 2ª edición, Trad. De José María Cajica, Editorial Cajica, Puebla, México, 1990. p. 216.

¹⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. 2ª edición, Editorial Ángel Editor, España, 1990. p. 161.

Desde este ángulo se puede deducir que el Derecho de Familia es una institución de máxima importancia, pues comprende una serie de prestaciones vitales de cuyo cumplimiento depende la existencia misma de los miembros de la propia familia, en forma especial de los sujetos a la patria potestad y todas aquéllas personas que se encuentren con algún tipo de impedimento físico o mental que no les permite dedicarse al desarrollo de un trabajo productivo y para lograr estos nobles propósitos, nuestra legislación otorga a cada individuo los recursos mínimos necesarios para que pueda sobrevivir, estos recursos son el vestido, la comida, la habitación, educación, salud, etc., es decir, lo que el Derecho Positivo Mexicano denomina: alimentos.

4. Concepto de Derecho Familiar.

Podemos definir al Derecho Familiar como el conjunto de normas jurídicas de Derecho Privado e interés público que automáticamente regulan a la familia y las relaciones personales y patrimoniales entre sus miembros, y otras personas relacionadas.

Para Sara Montero el Derecho Familiar “es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Privado y de interés público que regulan la constitución, organización y disolución de las relaciones familiares.”¹⁶

Bonnecase lo define en los siguientes términos: “El Derecho Familiar, es decir, la parte del Derecho Civil que rige la organización de la familia y que

¹⁶ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1990. p. 25.

define, dentro de ella, el estado de cada uno de sus miembros comprende tres materias: 1.- El derecho matrimonial; 2.- El derecho del parentesco; 3.- El derecho de parentesco por afinidad.”¹⁷

Desde Roma el Derecho Público se ha definido “como aquél que atañe a la organización de la cosa pública, y privado el que concierne a la utilidad de los particulares.”¹⁸

Sin embargo, un respetable sector de la doctrina está de acuerdo en que todo derecho es; por esencial, público, por emanar del Estado y porque su cumplimiento o incumplimiento repercute forzosamente en el medio social.

Si bien dicha idea es interesante, debe recordarse que la división entre Derecho Público y Privado se utiliza en forma exclusiva para efectos pedagógicos y, fundamentalmente, intenta señalar ciertas características que le son comunes a algunos tipos de normas para explicar sus efectos y naturaleza.

En razón de lo anterior, no es ocioso preguntarnos cuál es la verdadera diferencia entre Derecho Público y Privado.

Para nosotros son adecuadas las doctrinas que hablan de que la distinción entre Derecho Público y Privado se restringe a la situación de los sujetos que

¹⁷ BONNECASE, Julián. Op. cit. p. 217.

¹⁸ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op. cit. p. 74.

intervienen en las relaciones jurídicas. En este sentido considerando más acertada aquélla que identifica al Derecho Público como un conjunto de normas en que hay una relación supra o de subordinación entre el acreedor y el deudor en la hipótesis jurídico-normativa.

Es así que en el Derecho Público el acreedor de la conducta (el Estado) actúa con poder, imperio o mando frente al deudor de la misma (el gobernado), por lo mismo contiene una serie de normas imperativas que regulan al Estado y sus atribuciones.

En el Derecho Privado las relaciones entre el acreedor y deudor de la conducta se llevan a cabo en un marco de igualdad y coordinación y, por ende, la mayoría de sus normas están dotadas de mayor flexibilidad pues regulan a los particulares y su esfera jurídica.

En este sentido afirmamos que el Derecho Familiar es privado en tanto que la conducta debida se origina entre los propios miembros del núcleo familiar, entre los cuales hay mutuamente una igualdad jurídica evidente.

Esto significa que, desde la perspectiva estrictamente normativa, el respeto y la solidaridad intrafamiliar son mutuos y si bien pueden existir obligaciones de mando y disciplina por parte de algún miembro (por ejemplo, los padres) esto se ve compensado por la recíproca obligación de ejercicio moderado y respetuoso con el fin de educar adecuadamente al hijo.

Es así que no existe propiamente una relación de supra-subordinación en el Derecho Familiar, sino que debe buscarse siempre la relación de coordinación más perfecta.

Tampoco el Estado actúa con imperio, pues la familia es una institución naturalmente privada, y éste no es acreedor de ninguna de las normas derivadas del Derecho de Familia, salvo en los casos que constituyan ilícitos (por ejemplo, violencia familiar).

Cabe aclarar que el Derecho Familiar privado tiene una trascendencia social tal que, en ocasiones, órganos del Estado tienen funciones muy concretas y particulares (por ejemplo, Jueces o el Ministerio Público), a efecto de facilitar la justa aplicación normativa, pero a manera de partes o sujetos del Derecho de Familia.

El contenido fundamental del Derecho Familiar es:

- 1) “Relaciones paterno-filiales y las derivadas del parentesco.
- 2) Los derechos y obligaciones que surgen de la incapacidad.
- 3) La normatividad en torno al matrimonio y su extinción.”¹⁹

Como puede apreciarse, por su amplitud y variedad de contenido en el Derecho de Familia existen diversas disposiciones que van desde el ámbito patrimonial al no patrimonial.

¹⁹ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe. Op. cit. p. 31.

Desde nuestra perspectiva, el Derecho Familiar debe considerarse una rama autónoma del Derecho Civil, y en consecuencia con el tiempo deberá expedirse un Código Familiar en cada una de las entidades federativas.

4.1. Naturaleza y fines del Derecho Familiar.

Producto de las grandes revoluciones que caracterizaron el advenimiento del siglo XX, surgieron nuevas ramas del derecho, con características propias y distintas de las señaladas al Derecho Público o al Derecho Privado. Diéronse en llamar estas nuevas ramas el Derecho Social, denominación poco afortunada en el sentido de que social es todo derecho, el derecho es por esencia un fenómeno que se da en sociedad, no puede haber derecho que no sea forzosamente social. Sin embargo, y pese a sus críticas, la denominación Derecho social cobró carta de naturalización en el lenguaje jurídico dándosele una connotación específica, como vocablo técnico destinado a calificar ciertas ramas que tienen como denominador común las siguientes características:

- a) “Que no se refieren a los individuos en general, sino en cuanto a integrantes de grupos sociales o de sectores de la sociedad bien definidos: obreros, campesinos, trabajadores independientes, gente económicamente débil, proletarios, desvalidos.
- b) Que tienen un carácter protector de las personas, grupos y sectores que caen bajo sus disposiciones.

- c) Que son de índole económica pues regulan fundamentalmente intereses materiales (o los tienen en cuenta), como base del progreso moral.
- d) Que tratan de establecer un completo sistema de instituciones y de controles para transformar la contradicción de intereses de las clases sociales en una colaboración pacífica y en una convivencia justa.”²⁰

Pueden resumirse las características anotadas señalando que se llama Derecho Social al conjunto de nuevas ramas jurídicas protectoras de ciertos sectores específicos del grupo social. Comprende el Derecho Social entre otros: el Derecho Laboral, el Agrario, el de la Seguridad Social y con ciertas reservas, el Derecho Burocrático.

Señaladas las características de las tres grandes divisiones del Derecho: Derecho Público, Derecho Privado y Derecho Social, corresponde ubicar al Derecho de Familia dentro de uno de los tres grandes apartados, pues su ubicación tradicional dentro del Derecho Civil, o sea, el Derecho Privado en general, ha sido frecuentemente cuestionada.

La polémica acerca de la adecuada ubicación del Derecho de Familia despertó el interés de los juristas y cobró especial relieve a partir de las ideas del tratadista italiano de principios del siglo XX Antonio Cicu, expuestas entre

²⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 31.

otras, en dos de sus principales obras: El Derecho de Familia y la Filiación. Expone el famoso profesor del Universidad de Bolonia “que al Derecho de Familia no pueden aplicársele los principios generales del Derecho Privado, pues el pilar de los mismos, la autonomía de la voluntad, es inoperante en la normativa de las relaciones familiares.”²¹ La distinción entre el Derecho Público y el Privado, según explicamos en líneas anteriores, resulta de la diversa posición que al individuo reconoce el Estado; posición de dependencia a los fines superiores de interés público en los que el Estado ejercita su dominio (Derecho Público), o posición de libertad en razón de los intereses particulares (Derecho Privado). Al analizar Cicu “la estructura de las relaciones que configuran el Derecho de Familia advierte que en las mismas no predomina el simple interés particular de los individuos, sino el interés superior del grupo familiar; las normas relativas son de carácter imperativo o prohibitivo; no se deja al juego de la libre voluntad de los individuos regir las relaciones más importantes que estructuran y organizan la vida familiar: los deberes entre cónyuges, o entre padres e hijos, por ejemplo, son irrenunciables a través de las instituciones del matrimonio y de la patria potestad.”²²

Desde este punto de vista, las normas del Derecho Familiar se asemejan a las del Derecho Público, y se distancian de las características del Derecho Privado. Eso no significa, de ninguna manera que la rama del Derecho Familiar debe pertenecer al Derecho Público, pues este último es el Derecho que regula la organización y funcionamiento del Estado y demás organismos públicos. La

²¹ CICÚ, Antonio. El Derecho de Familia. 2ª edición, Editorial Bosch, España, 1990. p. 117.

²² Ibidem. p. 118.

familia no es un ente público, aunque la estructura de la misma, su organización y finalidades sean de un indiscutido interés público. El Estado está interesado en que la célula social, la familia, se integre y consolide sobre bases sólidas y profundamente éticas, de allí que las normas jurídicas que deben regirla son protectoras del núcleo, imperativas e irrenunciables.

“Si el Derecho de Familia no es Derecho Público, señala Cicu, y la estructura de sus relaciones pugna con los más elementales criterios que determinan al Derecho Privado, al Derecho de Familia debe asignársele un lugar independiente entre el Derecho Público y el Derecho Privado, es decir, la bipartición debe transmutarse en tripartición, creándose un tercer género en el que pudiera tener cabida el Derecho Familiar.”²³

Hasta aquí el pensamiento de Antonio Cicu, en que nos habla de una posible tripartición del derecho.

Quedó anotado en párrafos anteriores, que la tripartición del Derecho se ha convertido ya en una realidad con la inclusión del llamado Derecho Social. Cabría entonces preguntarse ¿Pertenece el Derecho de Familia a esta tercera categoría? La respuesta negativa nos parece contundente si recordamos las características del llamado Derecho Social: que se refieren a los individuos en cuanto integrantes de grupos sociales o de sectores de la sociedad bien definidos

²³ Ibidem. p. 119.

como obreros, campesinos, etc. ¿Pertenece la familia a un grupo especial de individuos? Obviamente no. La sociedad en su totalidad está configurada por familias. Los individuos todos pertenecen de una u otra manera a grupos familiares. El Derecho de Familia no pertenece de manera absoluta al Derecho Social.

“¿Dónde ubicar, por lo tanto, a esta importantísima rama del Derecho? ¿En una cuarta categoría, quizá? Esta solución nos parece innecesaria y fuera de lugar. Creemos que la inclusión de Derecho de Familia dentro del Derecho Privado es lo debido, pese a que en este derecho no vemos funcionar a la autonomía de la voluntad como pilar de sus principios. Pero es Derecho Privado porque rige relaciones de los particulares entre sí, como simples particulares. Pues ¿hay algo más íntimo y privado para el individuo que su esfera familiar?”²⁴

Una nueva cuestión a plantearse con respecto al Derecho de Familia es la relativa a su permanencia dentro de los ordenamientos civiles, o su posible autonomía dentro del Derecho Privado. El fenómeno de la autonomía del Derecho de Familia empieza a ser realidad cuando menos en su aspecto legislativo en muchos lugares del planeta. Los Códigos del menor y los Códigos de la familia son ya derecho vigente con independencia del Derecho Civil, lo que lleva a inquirir si lo propio debiera pasar en la legislación particular para el Distrito Federal.

A manera de resumen podemos decir, que los fines del Derecho Familiar, es el bienestar de la familia, de sus integrantes, de manera individual y colectiva

²⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 28.

así como la protección de las instituciones que de esta se derivan como son el matrimonio, el concubinato, adopción, filiación, parentesco, alimentos, etc.

4.2. Contenido y Definición.

Como lo señalamos en su momento, el contenido del Derecho Familiar, se refiere a las relaciones paterno filiales y a las que se derivan del parentesco, así también, los derechos y obligaciones que resultan de la incapacidad lo relacionado al matrimonio y su extinción.

“Con ambos conceptos, de familia y de derecho, se integra lo que conceptualmente se conoce como Derecho de Familia, parte del Derecho Civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar. De esta manera, definimos al Derecho de Familia como la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación.”²⁵

“Si se toman los elementos conceptuales básicos de los conceptos biológico y sociológico de la familia, y se incorporan los propios del concepto de derecho, se arriba a la definición de Derecho de Familia, concepto cuya interpretación resulta prioritaria para comprender con claridad este curso.”²⁶

²⁵ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Op. cit. p. 87.

²⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José. Op. cit. p. 121.

Así podemos decir que el Derecho Familiar es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Privado y de interés público que regulan la Constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público.

4.3. Fuentes.

A partir de este concepto, es fácil observar que los hechos biosociales regulados por el derecho son exclusivamente aquellos que se derivan de las instituciones matrimonio, concubinato y filiación, de aquí que se afirme que ellas constituyen fuentes, tanto de la familia como del Derecho de Familia. Sin embargo, el contenido de este último no se agota en la regulación de esas tres instituciones, ya que la ausencia de descendientes de la pareja origina, otra figura jurídica “adopción”, por medio de la cual se ha pretendido suplir el hecho biológico de la procreación, la adopción se constituye así en otra de las fuentes de las relaciones familiares.

Además de esas cuatro instituciones-matrimonio, concubinato, filiación y adopción, el Derecho de Familia regula otras como el patrimonio familiar, la sucesión y la tutela. Esta última puede darse también fuera del ámbito familiar, de modo que algunos autores la consideran casi o para-familiar. En general, podemos señalar tres grandes conjuntos de fuentes:

1. “Las que implican a la unión de los sexos, como el matrimonio y el concubinato.

2. Las que implican a la procreación, como la filiación, matrimonial y extramatrimonial y la adopción.
3. Las que implican a las instituciones familiares en términos de asistencia como la tutela y el patrimonio familiar.”²⁷

Tradicionalmente, y habida cuenta de las innúmeras objeciones que a la división de las ramas del derecho o en dos grandes sectores se han formulado, las normas jurídicas se consideran de dos clases de Derecho Público o de Derecho Privado. Surgida desde el Derecho Romano.

Derecho Público es el que atañe a la organización de la cosa pública; privado, el que concierne a la utilidad de los particulares, la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado ha persistido. Respetable sector de la doctrina jurídica está de acuerdo en esta primaria distinción señalando criterios diversos para fundarla; otros, no menos ilustres pensadores de diversas escuelas, niegan la posibilidad de la discriminación radical en dos sectores de normas, afirmando que todo derecho es por esencia, público, por emanar del Estado y porque su cumplimiento o incumplimiento repercute forzosamente en el medio social.

4.4. Ubicación en el campo de las disciplinas jurídicas.

Tradicionalmente el Derecho Familiar se ha considerado integrado en el Derecho Civil y por lo tanto, como algo que forma parte del Derecho Privado; sin

²⁷ Cit. Por BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. 3ª edición, Editorial Oxford, México, 2003. p. 10.

embargo, fue hasta la segunda década del presente siglo cuando esta línea tradicional fue discutida por el ilustre tratadista italiano Antonio Cicu.

El famoso profesor de la Universidad de Bolonia establece que “no es posible colocar el Derecho de Familia dentro del Derecho Privado y para justificar su postura al respecto, expone tres razones principales, según las cuales existen rasgos que lo aproximan al Derecho Público, y que son las siguientes:

“La primera de ellas es la consideración de que la familia no es una persona jurídica, sino un organismo, en el cual se producen vínculos de carácter orgánico, cuya característica básica es la interdependencia entre los individuos y su dependencia de un fin superior. De ello deriva que, a semejanza de lo que ocurre en el Derecho Público, pueda hablarse en el Derecho de Familia de órganos y de funciones.

“La segunda idea nace del análisis de la relación jurídica familiar. No es una relación entre sujetos iguales o relaciones de coordinación, sino de supra y de subordinación, en la que, por ello, el centro de gravedad no es la idea de Derecho Subjetivo, sino el deber jurídico. En aquellos casos en que se otorgan o atribuye a los individuos poderes jurídicos, éstos revisten más el carácter de potestades que el de auténticos Derechos Subjetivos. La estructura interna de la familia detecta la existencia de un interés familiar, que no es un interés individual, sino un interés superior inserto en una relación de carácter orgánico.

“Por último, es clara la injerencia del Estado en el ámbito familiar, lo que pone de manifiesto la existencia de un interés público y de un interés público familiar, ya que aproxima a la familia a los entes públicos y justifica las limitaciones que sufre la libertad individual.”²⁸

Referente a estas ideas, podemos mencionar que efectivamente existe interdependencia entre los individuos que constituyen una familia y que cada integrante realiza una función específica de acuerdo a las condiciones de cada familia, realizando actividades afines al grupo familiar en diferentes aspectos, como el económico, escolar, actividades propias del hogar, etc., pues los hijos tienen derecho a recibir alimentos para que puedan satisfacer sus necesidades, este mismo derecho tienen los padres cuando las circunstancias así lo determinen.

También es correcto cuando se menciona que en la relación familiar no existe una igualdad entre los sujetos que constituyen una familia, sino que es una relación de supra y subordinación, ello se justifica puesto que debe existir una autoridad en el seno familiar que haga posible un respeto y así, contribuir a la formación de una familia que sea honorable en todos los aspectos.

Por lo que se refiere a la intervención del Estado en el ámbito familiar, se puede deducir que es necesaria, en virtud de que se requiere proteger tanto a los hijos como al cónyuge inocente en el caso de la disolución familiar.

²⁸ CICÚ, Antonio. Op. cit. p. 127.

En relación a la posición de Cicu sobre el presente tema, algunos juristas no comparten su punto de vista, pues si bien existen algunas características que pueden ser aplicables, en su mayoría el Derecho Privado, tiene aspectos propios que lo sitúan en el lugar que actualmente ocupa, a este respecto Sara Montero manifiesta:

Al analizar Cicu la estructura de las relaciones que configuran el Derecho de Familia, advierte “que en las mismas no predomina el simple interés particular de los individuos, sino el interés superior del grupo familiar; las normas relativas son de carácter imperativo o prohibitivo, no se deja al juego de la libre voluntad de los individuos regir las relaciones más importantes que estructuran y organizan la vida familiar: los deberes entre cónyuges, o entre padres e hijos, por ejemplo, son irrenunciables a través de las instituciones del matrimonio y de la patria potestad.”²⁹

El mismo jurista sigue diciendo en relación a este tema, lo siguiente:

“Desde este punto de vista, las normas del Derecho Familiar se asemejan a las del Derecho Público, y se distancian de las características del Derecho Privado. Esto no significa, de ninguna manera que la rama del Derecho Familiar debe pertenecer al Derecho Público, pues este último es el Derecho que regula la organización y funcionamiento del Estado y demás organismos públicos. La familia no es un ente público, aunque la estructura de la misma su organización y

²⁹ Ibidem. p. 126.

finalidades sean de un indiscutido interés público. El Estado está interesado en que la célula social, la familia, se integre y consolide sobre bases sólidas y profundamente éticas, de allí que las normas jurídicas que deben regirlas son protectoras del núcleo, imperativas e irrenunciables.”³⁰

Los fundamentos que Sara Montero describe por medio de los cuales manifiesta que “si, bien existen algunas características que asemejan las normas del Derecho Familiar a las del Derecho Público y como consecuencia se distancian en algún sentido del Derecho Privado, también es cierto que hay razones suficientes para que el propio Derecho Familiar siga ubicado en el Derecho Civil y por lo tanto forme parte del Derecho Privado, en virtud de que la familia y su organización no son un ente público, esto, aunque el Estado tiene un interés por vigilar el desarrollo y buen funcionamiento de la familia, buscando que se integre sobre bases sólidas y éticas, creando normas jurídicas para regular las diversas funciones del grupo familiar.”³¹

Para Antonio Cicu existe una distinción muy importante entre el Derecho Público y el Derecho Privado del cual toma su posición con respecto al Derecho de Familia, y lo menciona en los términos siguientes:

“La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado resulta de una diversa posición que el individuo reconoce al Estado: posición de dependencia con respecto al fin en el Derecho Público, posición de libertad en el Derecho

³⁰ CICÚ, Antonio. Op. cit. p. 127.

³¹ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 33.

Privado, y señala que el interés del Estado es de interés superior a los intereses individuales; no puede equipararse a éstos. En el individuo, su interés es interés, no del individuo como parte orgánica, como miembro del Estado: es siempre el mismo interés del Estado. Es decir, que en la relación del Derecho Público no entra como elemento constitutivo otro interés que el superior del Estado.”³²

En virtud de la importancia que significa para el presente trabajo establecer un criterio respecto a la ubicación del Derecho de Familia, hemos acudido a la opinión de dos importantes juristas que nos dan sus fundamentos en relación al tema que se estudia:

Así para Rojina Villegas, “el único criterio firme que permita definir si una norma es de Derecho Público o Privado habrá de referirse a la naturaleza de los sujetos cuya conducta jurídica es objeto de regulación. Todas las normas que tienen por objeto estructurar al Estado, definir sus órganos y funciones, las relaciones entre los mismos o con los particulares, así como las que se originen entre los diferentes Estados de la comunidad internacional, tienen que ser de derecho público.”³³ En una palabra, el Derecho Público es el Derecho del Estado. En cambio, todas las normas que regulan la conducta de los particulares, independientemente del interés en juego de la igualdad o desigualdad de sus situaciones jurídicas, serán normas de derecho privado, por cuanto que no se refieren en ninguno de sus aspectos a la estructuración jurídica del Estado.

³² CICÚ, Antonio. Op. cit. p. 130.

³³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.II. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 97.

Cuando este interviene como persona de Derecho Privado, para los efectos de la clasificación expuesta, debe considerársele siempre en tal calidad, es decir, como particular y, por lo tanto, las normas que regulen sus relaciones patrimoniales o contractuales en general, deberán ser de derecho privado.

También José Castán Tobeñas establece su punto de vista en este sentido y afirma: “No cabe duda que el Derecho de Familia forma parte integrante del Derecho Privado, puesto que la familia no tiene hoy el carácter de corporación o ente colectivo público investido de *imperium*.”

Que las normas del Derecho Familiar tienen algunos rasgos coincidentes con las del Derecho Público pero no entran en este último sistema.

Que el sentido preceptivo y no meramente supletivo de las normas del Derecho de Familia se manifiestan también en muchas instituciones que forman el Derecho Privado y, por otra parte, no deja de tener sus excepciones dentro del Derecho de Familia que mantiene una posición de libertad en la constitución de muchas relaciones, ya de índole personal (matrimonio mismo, la adopción, emancipación voluntaria, etc.) ya de índole patrimonial (pacto sobre el régimen económico familiar).

Que, no obstante la relativa autonomía que pueda y debe concederse al Derecho de Familia dentro del Derecho Privado, no es conveniente separarlo de

las demás ramas de este último que integran el Derecho Privado Patrimonial, rompiendo la actual unidad científica del Derecho Civil, pues las relaciones familiares, por muy salientes que sean sus rasgos definitivos, van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial. La capacidad, la tutela, la sucesión *mortis causa*, el régimen económico del matrimonio, son zonas en que el Derecho de Familia y el Derecho Patrimonial aparecen unidos en indisoluble consorcio.”³⁴

Analizados los criterios de los juristas consultados en relación al lugar que debe ocupar el Derecho de Familia en nuestra legislación, podemos establecer los siguientes puntos como resultado del análisis citado.

Es importante señalar que existe un interés tanto de la sociedad como del Estado, pues ambos intervienen en los actos constitutivos principales de la familia, en ella se persiguen fines personales, familiares y sociales; es una comunidad de personas que tienen proyección social.

El Derecho de Familia dada su importancia no puede ser colocado dentro del Derecho Público, pues independiente de los diversos criterios existentes para clasificar al Derecho Público y Privado, la intervención del Estado es distinta a la que se puede observar en el Derecho Público, además predominan las relaciones entre personas que son miembros de las familias, orientadas hacia un fin familiar y social.

³⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José. Op. cit. p. 201.

Si bien es cierto que de alguna forma interviene el Derecho Público en algunos aspectos relativos a la familia, esto se deriva del interés que tiene el Estado para proteger y promover a la familia, proveerla de casa, seguridad social, trabajo, vestido, etc., para que pueda cumplir su función.

En este sentido, nuestro punto de vista es que la inclusión del Derecho de Familia dentro del Derecho Privado es la clasificación más adecuada, toda vez que el propio Derecho Privado organiza las relaciones entre los sujetos en aquellos aspectos en que el Estado no interviene ni forma parte de su estructura.

CAPÍTULO 2

LA PRUEBA DE ADN EN EL DERECHO COMPARADO

El Derecho Comparado se caracteriza por su dinamismo. Es, sin duda, una de las parcelas del conocimiento jurídico en general y del Derecho Civil en particular, sujeta a una evolución más intensa. Sin embargo, lo referente a la regulación de la relación paterno filial y su establecimiento, adolece de un estancamiento decimonónico que ha ignorado olímpicamente el avance de la genética y la fisiología, para aferrarse a los antiguos aforismos y presunciones derivadas del Derecho Romano.

Si bien tales aforismos y presunciones tenían plena justificación hace más de dos mil años, cuando aún se desconocían los mecanismos biológicos de la reproducción humana, hoy día resultan aberrantemente anacrónicos y deben ser suplidos o completados por disposiciones legales acordes con la información que nos proporciona la investigación científica.

“Dos aforismo de linaje romano han campeado con gran fortuna en la materia que nos ocupa: *mater semper certa est* (la madre es siempre cierta, conocida) y *pater is est quem justae nuptiae demostrant* (literalmente, padre es quien las nupcias demuestran, o más libremente, el padre es el marido de la madre).”³⁵ Los hechos biológicos y las presunciones correlativas en que se apoyan

³⁵ DE GENNES, Gerad. El Desarrollo Científico en la Actualidad. 2ª edición, Editorial Imagen, España, 2002. p. 117.

ambos principios, permanecen como muestra eficiente de apreciaciones basadas en la inteligencia y la lógica. Pero han cumplido ya su función histórica y encontrado límites que no alcanzaron a superar, por lo que requieren de reemplazo o complemento.

Y es que hoy día, ni la madre es siempre cierta ni el marido debe ser considerado necesariamente como el padre, desde el punto de vista legal.

¿Por qué el prestigio y la perdurabilidad de los dos aforismos citados? Porque en el orden natural de las cosas, son inobjetables.

En efecto, tal como observamos el acontecer normal, la madre es siempre cierta. Cómo no habría de serlo, si están ahí, para disipar toda duda, primeramente la concepción, que se hace evidente con la interrupción del ciclo menstrual; enseguida, la gestación, que se prolonga en promedio por nueve meses y, finalmente, el alumbramiento, que inicia la vida independiente del hijo. La mujer no tiene, no puede tener (en principio) dudas, ni biológicas ni legales, acerca de su maternidad.

Para el varón, la naturaleza no ha provisto hechos simétricos a los anteriores, que le muestren con tanta fuerza de convicción, que él, en efecto, es el progenitor. Moralmente, la certidumbre de su paternidad es tan amplia como la confianza que tiene depositada en la coprogenitora.

Por ejemplo, en nuestro derecho, de acuerdo al artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal se dice, que se presumirán hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario, los hijos nacidos dentro de matrimonio; y los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio como se establece en sus fracciones I y II del citado numeral.

La presunción anotada se basa en razones del todo atendibles. En efecto, si la mujer casada tiene el deber de relación sexual con su cónyuge y, además, el de que tal relación sea exclusiva; si llegara a concebir, la deducción lógica no puede ser otra que la de que el engendrador, es el marido.

Claro que como presupuesto indispensable para arribar a esta conclusión, debe asumirse que la mujer ha cumplido invariablemente con su obligación de fidelidad; pero, en principio, nada nos autoriza a suponer que ha ocurrido de otra manera.

El aforismo *mater semper* y la presunción *pater is est*, funcionan eficazmente cuando los acontecimientos se desarrollan de modo normal. La mujer alumbró y el infante parido es, sin duda, su hijo; el marido de la mujer fiel está cierto en cuanto a su paternidad.

“Pero la importancia del Derecho se revela en situaciones de conflicto, no en las rutinarias. La norma dice, por ejemplo, que el deudor debe pagar al acreedor. Si el deudor paga, lo postulado por la norma se satisface. ¿Tuvo alguna importancia práctica la existencia de tal norma? La disposición legal es relevante

cuando, precisamente, no se cumple; cuando el deudor no paga. Hay entonces sí, una cuestión que resolver.”³⁶

Si unimos este razonamiento al tema que ahora nos ocupa, tendríamos que, por una parte, el principio *mater semper* merma su eficacia cuando lo confrontamos con situaciones anómalas, como acontece cuando el hijo no es alumbrado tras un proceso biológico normal o bien cuando resulta dudosa la identidad del producto; y, por otra, que la presunción *pater is est* disminuye su credibilidad, si está contradicha por hechos que crean incertidumbre acerca de la paternidad del marido o de plano la hacen imposible.

¿Hacia dónde nos conducen los planteamientos anteriores? Con el adelanto científico y el avance jurídico que ahora poseemos, a la idea de que en las situaciones anómalas o de conflicto debemos desechar las presunciones tradicionales y partir de estos tres nuevos principios:

- “La madre no siempre es biológica y jurídicamente cierta.
- El marido, haya cohabitado o no con la madre, no es, necesariamente, el padre del hijo concebido por su esposa.
- El padre del hijo extramatrimonial, jurídica y biológicamente es siempre susceptible de resultar cierto (ya sea que reconozca al hijo o le imponga la paternidad una sentencia).”³⁷

³⁶ FOLGARAÍT, Alejandra. Manipulaciones Genéticas. 2ª edición, Editorial Grupo Norma, Argentina, 2001. p. 187.

³⁷ Cit. Por BARROSO FIGUEROA, José. Estudios Jurídicos en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar. 2ª edición, Editorial Cárdenas editor, UNAM, México, 1997. p. 26.

Reiteremos que estos tres principios son para ser aplicados en condiciones anómalas o de conflicto. Para las situaciones normales, bien pueden seguir funcionando los postulados tradicionales.

La problemática que en torno al establecimiento de la filiación afronta actualmente el Derecho y que hace necesaria una revisión a fondo de la normatividad relativa, es propiciada, sobre todo, por el gran adelanto científico en las técnicas para lograr la reproducción humana fuera del proceso natural y, también, por el conocimiento cada vez más profundo sobre cómo opera la herencia.

Desde hace ya algunos años, figuran dentro de lo factible y no son mera ciencia-ficción, fenómenos como la fecundación artificial *in vivo*, la fecundación artificial *in vitro*, el arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, la congelación de espermatozoides para su posterior uso (incluso tras el fallecimiento de aquel a quien perteneció dicho espermatozoide), la congelación de embriones, la histotipificación, el registro genético de espermatozoides, el establecimiento cierto de compatibilidad o incompatibilidad inmunogenética entre un individuo y su presunto hijo, la reproducción clónica, etc.

Lo antes anotado puede comprobarse, fácilmente por medio de la prueba de ADN, la cual está siendo utilizada en muchos países del mundo, razón por la cual a continuación los citamos.

1. En España.

El artículo 127 del Código Civil Español, dispone: “En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, etc.”

“La admisión de las pruebas biológicas de paternidad en el ordenamiento jurídico español ha sido cambiante, según el devenir histórico, si bien podemos indicar como conclusión general que la intención de proteger a la familia legítima provocó una tendencia contraria hacia la libre determinación judicial de la filiación. A esta actitud de recelo contribuyó también la dificultad existente por motivos científicos para determinar con certeza la paternidad ilegítima.”³⁸

La investigación de la paternidad siempre ha sido posible, si bien con distintos medios según el momento histórico. Así, en la Antigua Grecia, Hipócrates, padre de la Medicina, “incluía como método de investigación de la paternidad, la duración del embarazo, pero la falta de objetividad y seguridad de estos medios, unido al poco desarrollo científico de la época, provocó que tuvieran poca utilidad práctica, optándose por la teoría de las presunciones legales que a través del Derecho Romano, persiste en nuestro derecho en la figura de la presunción de la paternidad marital. Otro medio identificativo que daba lugar a múltiples confusiones, fue el parecido familiar o semejanza fisionómica.”³⁹

³⁸ <http://www.lapruebadeadnenespaña.com.mx>

³⁹ Ibidem. p. 4.

El principal problema que entraña la práctica de las pruebas es de que en la misma no se puede prescindir de la colaboración de un sujeto, el demandado. El hecho de que sea imprescindible su voluntad y colaboración plantea un interesante conflicto que puede afectar a derechos fundamentales si no media esa voluntad o simplemente se niega su práctica, de ahí que se haya cuestionado la constitucionalidad de este tipo de pruebas. La voluntariedad en la práctica de las pruebas biológicas ha llevado a que se plantee, si ésta no es querida por las partes involucradas en el procedimiento un conflicto de derechos, sobre el que el Derecho Positivo calla. Este silencio ha sido aprovechado para justificar esas conductas obstruccionistas sobre la base del respeto que a todo sujeto se le debe en sus derechos de integridad física, honor, intimidad, libertad, defensa igualdad ante la ley, argumentos que sin embargo no han prosperado, ante el carácter preferente de todo sujeto a conocer quién es su padre; por ello el principal problema se plantea en determinar cuándo y bajo qué condiciones se puede imponer a una persona la práctica de la prueba biológica, y cuándo se puede oponer a ella legítimamente de forma que no le sea exigible.

La jurisprudencia española en relación a la prueba de ADN, establece que, “no se puede imponer coactivamente la prueba biológica a una persona que se niega a ello ni practicarla *manu militari*, si bien de su negativa injustificada podía deducirse una declaración de paternidad como ya hemos visto; unas veces se justificó esa imposibilidad de imposición y práctica en el derecho a la integridad física e inviolabilidad del cuerpo humano (STS de 4 de marzo de 2003,

14 de abril de 2004 y 21 de mayo de ese mismo año, entre otras); en otras ocasiones se alegó el derecho e idea de libertad individual (STS de 17 de diciembre de 2004).”⁴⁰

También se había planteado el Tribunal Supremo la cuestión de la negativa injustificada a la prueba biológica, y cuándo ésta podía considerarse justificada, con la consiguiente consecuencia en el primer caso de atribuir la paternidad y lo contrario en la segunda. En algunos casos se ha aludido a negativa obstruccionista negativa irrazonable o que denota un fraude de ley y constituye un ejercicio antisocial del derecho entre otras, o que pone de relieve la falta de lealtad procesal del demandado, constitutiva de un abuso de derecho y de una falta de solidaridad y colaboración con la Administración de Justicia.

“Las Sentencias de 15 de marzo y 24 de mayo de 2003 parecen establecer como presupuesto inexcusable para que pueda exigirse al demandado el someterse a esa prueba el de la posibilidad de la fecundación de la mujer, es decir, la existencia probada o muy verosímil de relaciones sexuales de la actora con éste. Así la Sentencia de 24 de mayo de 1989 señala: “Es cierto que se ha polemizado mucho sobre el alcance que deba darse a la negativa a someterse a las pruebas biológicas para determinar la paternidad, pero hay que convenir que cuando falta el primer presupuesto de que se hizo mérito al principio, cual es la existencia de relaciones sexuales transidas de una base sólida firme para poder apoyar el hecho de la concepción, nadie está obligado a su práctica.” A su vez,

⁴⁰ Ibidem. p. 5.

las Sentencias de 24 de mayo y 27 de julio de 1989 exigen que la negativa sería justificada y manifestada por la propia persona que ha de someterse a la prueba biológica y nunca mediante negativa expresada a través del representante procesal que nunca podrá ser portador de un comportamiento personalísimo, sin que sea lícita su expresión a través de un representante judicial, salvo que actuase con poder especialísimo otorgado al efecto de expresar la voluntad del poderdante del no sometimiento a tales pruebas.”⁴¹

De otro lado, de la Sentencia de 11 de septiembre de 1991 se desprendía que la negativa tenía que constar de modo fehaciente y categórico, siendo reveladora de un deliberado propósito de no comparecer ante los peritos para someterse a las pruebas biológicas, lo que implicaba que no podía inferirse la paternidad de una supuesta negativa cuando la citación para su práctica se hizo de forma defectuosa por verificarse con premura y no personalmente sino por medio de cédula entregada a un pariente más próximo (en este caso concreto, la esposa).

La sentencia del caso Julio Iglesias resuelta por la sección 8º de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de septiembre de 1994, dispuso que la negativa a la práctica de la prueba debe ser seria, injustificada y manifestada personalmente por el interesado exigiéndose además que se haya advertido previa y expresamente al demandado de las posibilidades de su negativa y en el

⁴¹ <http://www.lapruebadeadnenelderechocomparado.com.mx>

caso concreto enjuiciado nada consta sobre la negativa con los requisitos enumerados pues lo único que aparece es que admitida la prueba por resolución firme y señalándose el día concreto en el Centro de Transfusiones de la Generalitat Valenciana para la toma de muestra de sangre, no compareció el señor Iglesias a pesar de haber sido citado a través de su Procurador y no de manera personal, sin existir en los autos ningún acto donde se exprese la voluntad del demandado contraria a dicha prueba.

La Audiencia entiende que no se demuestra de forma efectiva que dicha negativa manifestada en una rueda de prensa ante los medios de comunicación esté acreditada por medio de su aportación documental al juicio entablado. En este caso, ni siquiera se llegó a considerar que existiera una negativa expresa a la práctica de la prueba biológica puesto que dicho dato no se planteó como demostrado por el Tribunal conforme a las pruebas practicadas durante el juicio, y en todo caso dicha negativa solamente se valoraría como un indicio probatorio. Respecto de las demás pruebas existentes en dicho caso se consideran insuficientes y escasas para deducir una relación sexual apta entre el presunto padre y la madre de cuyo hijo se reclama la filiación al consistir en unas fotografías que se califican de irrelevantes así como tres testigos que no son considerados como ciertos calificándose como evidencias de gran debilidad por lo que se declara la inexistencia de la paternidad reclamada; la anterior doctrina jurisprudencial es superada por otra posterior que la deja sin efecto, siendo buena muestra de ello la Sentencia de 28 de mayo de 1999.

En nuestra opinión no cabe duda de que de la interpretación del artículo 28 y 153 de la Ley Española Civil se desprende claramente que la citación para la práctica de las pruebas biológicas podrá llevarse a cabo a través del Procurador pues el segundo de los artículos citados dice expresamente: que el Procurador firmará las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos de todas clases que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito, incluso las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante. Hay que indicar que ello se desprende claramente del inciso último del artículo transcrito al decir: “incluso las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante.”

La investigación genética ofrece al mundo jurídico un amplio campo de posibilidades (tanto en la práctica de la investigación criminal, como en los procesos civiles de investigación de la paternidad), no obstante, ante la doble alternativa que poseía el legislador de abordar una regulación general de los análisis del ADN con fines de identificación de los ciudadanos, o iniciar la regulación de un modo parcial, el costo económico, la falta de experiencia y, ante todo, los recelos que previsiblemente despertaría en la opinión pública el hecho de que los datos genéticos de los individuos figuren en bases de datos, han aconsejado que la regulación de la materia comience por el campo de la investigación criminal.

Pese a que actualmente el Derecho Español no regula específicamente los análisis genéticos, no es una técnica absolutamente ajena a dicho ordenamiento.

El artículo 39.2 de la Constitución se refiere a la investigación de la paternidad: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.” Basado en este precepto, el artículo 127 del Código Civil admite a dicho fin las pruebas biológicas.

2. En Estados Unidos.

Estados Unidos. “En la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, se expuso por primera vez en los Estados Unidos, la teoría general de la aceptación de la evidencia científica.” Verruno y Haas, en su obra, incluye una detallada relación de los Estados de la Unión Americana que aceptan la prueba de sangre en la investigación de la filiación, agrupándolos de acuerdo a diversos criterios.

Veamos cuál es la admisibilidad de que disfruta la prueba hematológica en algunos países: “**Alemania.** Según los datos con que se cuenta, se le admite desde 1927. En ese entonces el conocimiento científico no había alcanzado altos niveles en esta materia y su valor se consideraba relativo. Hoy día en cambio, se le otorga alta credibilidad y su empleo en tribunales es frecuente.”⁴²

Argentina. “El artículo 325 del Código Civil, modificado por la ley 14.367 del año de 1954, menciona la admisión de la investigación de la paternidad de todas las pruebas que se admiten para probar los hechos y que concurran a demostrar la filiación natural.”⁴³

⁴² <http://www.lapruebadeadnenelderechocomparado.com.mx>

⁴³ Ibidem.

“**Bélgica.** Los tribunales fueron facultados para disponer, de oficio, el examen sanguíneo o cualquiera otra indagación de acuerdo a los métodos científicos probados, por el artículo 313-C del Proyecto Belga de 1978; lo anterior no implica la obligación para alguien de someterse a la extracción de sangre, pero queda al arbitrio del Juez la valoración de tal negativa.”⁴⁴

“**Costa Rica.** El Código de la Familia que data de 1974, admite la prueba de los grupo sanguíneos y otras más de carácter genético, para excluir la paternidad, ya sea que el hijo haya nacido dentro o fuera del matrimonio; la prueba debe ser efectuada por el organismo de investigación judicial de la Suprema Corte de Justicia.”⁴⁵

“**Dinamarca.** La legislación procesal admite que los tribunales exijan la práctica de la prueba de la hematológica; la negativa de los presuntos progenitores a que se efectúe, se considera indicio que debe ser valorado por el Juez.”⁴⁶

“**Francia.** El artículo 340-1, inciso 3, del Código Civil, establece como condición para la admisibilidad de la acción de filiación, el sometimiento al análisis de grupos sanguíneos o de otros métodos médicos ciertos.”⁴⁷

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Idem.

“Suiza. Se admite la prueba hematológica con restricciones (artículo 256 del Código Civil).”⁴⁸

La denominada prueba de ADN que se desarrolla en la década de 1980, a raíz de un avance científico espectacular en el campo de la genética forense con el descubrimiento de las regiones hipervariables del ADN, ha venido a dar un notable impulso a la medicina forense. Esta prueba, relativamente sencilla, ha permitido apoyar la investigación criminalista en forma espectacular, de tal forma que gran cantidad de reclusos sentenciados a pena de muerte, han sido liberados al aplicarse con recursos del Estado y de ONGS la prueba, para comprobar su inocencia. La prueba ha demostrado su versatilidad y facilidad de uso. En México se aplica solo en casos muy específicos por la Procuraduría General de la República, y muy poco por las Procuradurías de Justicia de las Entidades Federativas, alegándose la carencia crónica de recursos de que adolece nuestro país.

“El ácido desoxirribonucleico y ribonucleico, ADN y ARN, son componentes químicos del núcleo celular. En el siglo veinte se ha descubierto su responsabilidad total en la transmisión genética de la herencia y la preservación de la vida. Estos componentes son los programas operativos de los procesos químicos-biológicos, físico-químicos, bioquímicos y fisiológicos de la vida en la tierra. Todos los seres vivos, incluidos los virus lo contienen.”⁴⁹

⁴⁸ Cit. Por BARROSO FIGUEROA, José. Op. cit. pp. 41 y 42.

⁴⁹ FLORES TREJO, Fernando. Bioderecho. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 205.

Las características del ADN han permitido su aplicación en la medicina forense particularmente por los descubrimientos de análisis de la década de 1980. Actualmente es de uso generalizado en los países desarrollados para la investigación criminalística, para lo cual se han creado organizaciones que normalizan las pruebas de análisis y conjuntan una base de datos de las poblaciones humanas particularmente de Europa y Norteamérica.

La aplicación en E.U. de la prueba de análisis de los polimorfismos del ADN en la medicina forense es aún muy limitada, en contrapartida con países que como Argentina con menor economía su uso se ha generalizado.

Nuestra hipótesis es que el uso de la prueba de ADN en los E.U., no es generalizada por la falta de voluntad de los personajes que tienen que ver con la toma de decisiones, así como por la falta de participación y reclamo ciudadano.

Haciendo un poco de historia, podemos decir que, desde el inicio de la humanidad la gente se pregunta como se heredan los caracteres de padres a hijos, y aunque muchas veces los hijos se parecen más a un padre que al otro, generalmente sus características son una mezcla de ambos progenitores y de los abuelos. Durante siglos la humanidad ha estudiado empíricamente la mejora de la raza con buenos resultados como para seleccionar razas de caballos más veloces, perros más dóciles, maíces más productivos, flores más bonitas, etc., y lo hacen mediante el control de la reproducción seleccionando a los individuos

con las características buscadas para cruzarlos controladamente. Sin embargo, no existía ningún método científico para predecir el resultado del vástago buscado. “Hasta el año de 1865 un monje Agustino Gregorio Mendel descubrió que la herencia está determinada por un factor discreto, que después se conocieron como genes, los cuales son heredados de los padres. Su estudio riguroso y matemático permitió que la genética se transformara de arte a ciencia. El inicio con los padres versátiles y contando el número de hijos con diferentes características de color, estableciendo así relaciones proporcionales de la herencia que se cumplían conforme a pronóstico aunque en ocasiones había variaciones. En su trabajo en vez de ver a la planta de chícharos entera Mendel se enfocó en las características de los frutos, encontrando colores verde y amarillo.”⁵⁰ Como resultado de sus experimentos él concluye razonablemente que los padres tenían dos pares de genes, que los genes no se mezclan, que la herencia sigue ciertas reglas y que los genes son cosas reales. Mendel publicó su trabajo en 1865 con el título “Experimentos de Hibridación de Plantas” y les envió copias a muchos científicos en diferentes países, sin embargo, su concepto abstracto del gen no se apreció por los naturalistas de la época, que estaban en la paradigma solo de clasificar y categorizar seres vivos. Así que el trabajo de Mendel fue confirmado por tres científicos independientes hasta 1900. Ya en esa época se aceptaba a la célula como la unidad más pequeña e indivisible de vida y se concluye que los genes están dentro de la célula. “El estudio de la célula y el comportamiento de los cromosomas en la reproducción celular confirmó el

⁵⁰ Ibidem. p. 206.

concepto de gen de Mendel en el siglo XX. Al estudiar la división celular o mitosis usando tinturas se pudo apreciar el proceso de transmisión de herencia en el ámbito celular y se enfocó el problema en el ámbito molecular esto es ¿en qué parte del núcleo de la célula estaban los genes conceptualmente descubiertos por Mendel? La genética Mendeliana no puede explicar completamente la salud y el comportamiento humano. Los genetistas de la primera mitad del siglo erróneamente pensaron que podría mejorarse la raza humana mediante mejoras cruzas y de hecho llevaron a los experimentos bárbaros y horripilantes de los Nazis de 1933 a 1945 que desacreditó la eugenesia humana.”⁵¹

“El ácido ribonucleico, ADN, como un componente químico del núcleo celular fue descubierto más o menos en la misma época en que Mendel y Darwin publicaron sus hallazgos. Pero a principios del siglo XX las proteínas grandes eran consideradas como mejores candidatos para poder transmitir la herencia celular. Aunque se sabía que el ADN es una molécula grande, su estructura es un sistema monótono de repetición de cuatro moléculas, como si fuera un polímero, por lo que se desacreditaba con posibilidades de transmisión hereditaria. Además, no tenía ninguna función específica en el metabolismo o fisiología celular que pudiera evidenciarse en la época por los estudiosos.”⁵²

Los trabajos posteriores de Archibal Garrod en 1902 confirmados posteriormente por George Beadle y Edward Tatum en 1941 confirmaron que el ADN y las proteínas son moléculas clave en el núcleo de la célula. Posteriormente

⁵¹ FLORES TREJO, Fernando. Op. cit. p. 198.

⁵² <http://www.lapruebadeadnenloseu.com.mx>

se descubre que un gen genera una proteína y que los genes están constituidos de ADN. Que las bacterias y virus tienen ADN también y que la molécula de ADN está configurada como una escalera retorcida y que una mitad de la escalera está templada para copiar toda, que el ácido ribonucleico ARN es un intermediario o mensajero entre el ADN y la proteína.

“La molécula de ADN se compone de A, T, C y G (adenina, guanina, citosina y timina) que según el orden elaboran el código o programa de fabricación de proteínas y por ende la construcción celular, de tejidos y organismos como el hombre. Las siglas del ácido desoxirribonucleico, formado por un azúcar (2- desoxi-D-ribosa), ácido fosfórico y bases nitrogenadas, su estructura es la de una doble hélice en la que las bases se encuentran situadas en el interior de la molécula y los grupos fosfato se disponen en el exterior. Las bases nitrogenadas se unen siempre del mismo modo (adenina con timina y guanina con citosina) a través de puentes de hidrógeno.”⁵³

El ADN se presenta físicamente en el núcleo de la célula empaquetado a distintos niveles, formando los cromosomas. Reciben la denominación de ácidos nucleicos porque el ADN fue aislado por primera vez del núcleo celular, pero tanto el ADN como el ARN se encuentran también en otras partes de las células. Hay dos tipos de ácidos nucleicos: el ácido desoxirribonucleico (ADN) y el ácido ribonucleico (ARN). “Son componentes principales de las células, y constituyen, en conjunto, entre el 5 y el 15% de su peso seco. Un gen es una secuencia de

⁵³ FOLGARAT, Alejandra. Op. cit. p. 188.

nucleótidos de ADN y el ARN informa si algo se ha modificado. Algunos virus almacenan información genética de ARN de tal forma que el ARN fue la primera molécula genética en la evolución de la vida en la tierra. Las mutaciones son cambios en la información genética y algunos tipos de mutaciones son automáticamente reparadas. El ADN es el soporte físico que contiene toda la información genética de un organismo, definiéndose como gen cada una de las porciones de su molécula que se pueden traducir en una proteína. El orden en que se presentan las cuatro bases es el que determina el código genético.”⁵⁴

El ADN fue aislado por primera vez de las células del pus y del espermatozoides de salmón, y estudiado intensamente por el suizo Friedrich Miescher, es una serie de investigaciones comenzadas en 1869. Lo llamó nucleína debido a su participación en el núcleo celular. Se necesitaron casi 70 años de investigación para poder identificar por completo los sillares principales y la estructura del esqueleto de los ácidos nucleicos.

A fines del siglo XX con el avance de las modernas técnicas y aparatos de análisis químicos con ayuda de computadoras de alta capacidad de proceso se deriva en una prueba que ha venido a revolucionar la medicina forense genética.

3. En nuestro país.

Tradicionalmente los ordenamientos legales han regulado separadamente el desconocimiento de la paternidad y la investigación de la misma. Se justifica

⁵⁴ <http://www.lapruebagenicadeladnenloseu.com.mx>. p. 16.

este proceder, porque en el primer caso se trata de excluir a un hijo nacido de matrimonio, es decir, se refiere al supuesto de un hijo que se imputa legalmente a un individuo determinado (el marido), y que éste no quiere admitir como suyo. En el segundo caso no existe imputación legal de paternidad, pero sí un juicio enderezado a probar que cierto hijo extramatrimonial lo es de determinado padre.

Empero hay una unidad esencial entre ambos casos, porque en los dos el punto central reposa en la determinación de si existe o no, la procreación de un individuo por otro.

Pero refirámonos separadamente a cada una de estas dos situaciones.

“Desde la época del Derecho Romano, la prueba idónea se basa en la comprobación de que no pudo haber habido relación carnal entre la madre y el presunto padre (o sea el marido), durante la época en que debió ser engendrado el hijo. Es esta orientación la que sigue al Código Civil vigente en el Distrito Federal.”⁵⁵

El artículo 324 establece quiénes se presumen hijos de matrimonio. Y, enseguida los artículos 325 y 326 disponen:

“Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

⁵⁵ BARROSO FIGUEROA, José. Op. cit. p. 36.

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

“Artículo 325.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han procedido al nacimiento, así como aquéllas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”

“Artículo 328.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”

De los preceptos transcritos (mucho habría que comentar respecto a ellos) sólo nos interesa ahora, aquello de “no se admite otra prueba” (artículo 325) y “no podrá desconocer a los hijos... a no ser que” (artículo 326); esto es, nos importa destacar lo cerrados que son, lo limitantes que resultan para el infortunado supuesto progenitor, que aún conociendo de cierto que los hijos que se le atribuyen no son suyos (la esposa incluso podría haber confesado el adulterio), está impedido de destruir la presunción porque la ley le restringe, hasta el estrangulamiento, los medios de prueba.

Agravando lo anterior, concurre el breve lapso de sesenta días que concede el artículo 330 sustantivo, para contradecir que el nacido es hijo de matrimonio.

“Artículo 330.- En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad, debe deducir la acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento.”

En tiempos como los actuales, en que la prueba genética es absolutamente viable, una disposición del juez de las dichas, es simplemente inicua. Reflexionaremos nuevamente sobre esta problemática más adelante.

En nuestro derecho, el artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal hace fácil la investigación de la paternidad al establecer lo siguiente.

“Artículo 382.- La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o

proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.”

En base a lo citado, debemos pugnar porque dicha prueba, no sea prohibida de nuestro derecho, sino por el contrario debe abaratarse y estar al alcance de todos los ciudadanos.

¿De qué manera suele proceder quien arrastra las dificultades que entraña el establecimiento de que un cierto hijo lo es de determinado padre, en un juicio de investigación de la paternidad? El litigante, en este caso, enfrenta el problema de dar credibilidad a su pretensión, por lo cual debe aportar los elementos dirigidos a crear en el ánimo del Juzgador, la certeza absoluta de que el demandado es el procreador.

En ausencia de prueba basada en la pericia genética, el actor debe recurrir a elementos tales como fotografías (que de alguna manera sugieran la relación íntima entre el presunto padre y la progenitora), cartas (quizá algún renglón revele la aceptación que de su paternidad hace el imputado), testimonios de amigos de la pareja supuestamente procreadora, documentos diversos (por ejemplo, copia del recibo de pago extendido por la clínica de maternidad al presunto padre) y otras probanzas más de las que se deduzca la estrecha relación habida durante la época de la concepción del hijo, entre la madre y aquél a quien se pretende es el padre.

La compilación y aporte de estos elementos de prueba es siempre una tarea laboriosa, tardada, molesta para la dignidad y, a menudo, infructuosa.

Recuérdese que la defensa clásica en estos casos, es la comprobación de que la madre solía tener relaciones, íntimas, con una pluralidad de individuos. De modo que aunque se demuestre que, en efecto, el presunto padre pudo tener acceso carnal con la madre en tiempos de la concepción, al no ser el único, se crea confusión sobre cuál de todos los participantes, es finalmente el engendrador.

Salvo excepción, el resultado de las pruebas aportadas en el juicio no suele ser totalmente convincente.

El día de hoy, todas estas penalidades pueden ser obviadas por la prueba de compatibilidad inmunogenética para la investigación de la paternidad/maternidad.

¿Qué se requiere para practicarla? “Una simple extracción de sangre, equivalente a cualquier extracción indicada para los análisis comunes de laboratorio bioquímico, inocua, indolora, no invasora y atraumática, es el único material biológico necesario para llegar a un diagnóstico de asignación de filiación con una certeza aproximada de 100%.”

Hay que insistir en que la prueba de pericia hematológica es productora de una convicción total. En esto, sobre todo, radica la recomendación de su empleo.

Verruno y Haas no lo podrían haber expresado mejor, cuando refiriéndose a la combinación de los índices de probabilidad acumulada, aseveran que “presentan una certeza aún mayor que si el progenitor dejara las huellas digitales grabadas en el niño.”⁵⁶

Veamos en qué consiste esta prueba:

“El ser humano posee en cada una de sus células 46 cromosomas, que portan toda la información genética transmitida por sus progenitores. Los 46 cromosomas conforman 23 pares; cada par contiene uno de origen paterno y otro de origen materno, debido a que al ocurrir la fecundación, el espermatozoide y el óvulo son portadores, cada uno, de 23 cromosomas impares, que se organizan en pares en el embrión, para dar lugar al cariotipo (conjunto de los 46 cromosomas de una célula).”⁵⁷

De lo antes citado surge una consecuencia muy importante; todo material genético del hijo en el que no esté representado uno de los padres, necesariamente debe provenir del otro. Obtenemos así una regla de exclusión y en su caso de imputación de la paternidad con valor absoluto, para el supuesto de que el hijo presente material genético que no pueda proceder del marido o del presunto padre (si el hijo es extramatrimonial (y si, en cambio, aparezca el de la madre; en uno y otro caso, el varón imputado no puede ser el engendrador

⁵⁶ Enciclopedia Médica del Hogar. 2ª edición, Editorial Salvat, México, 2000. p. 183.

⁵⁷ Ibidem. p. 184.

(*mutatis mutandis*, la prueba es idónea también para la exclusión de la maternidad).

Las características genéticas se heredan de padres a hijos siguiendo las Leyes de Mendel, su descubridor. Los cromosomas contienen en su estructura ácido desoxirribonucleico (ADN); la porción de molécula de ADN que codifica un determinado carácter (por ejemplo, el grupo sanguíneo, “A) se llama gen. Un cromosoma contiene miles o millones de genes, pues existen tantos genes como características genéticas. El conjunto de genes es el genotipo y cada mitad paterna o materna, el haplotipo: por tanto cada individuo compone de un haplotipo materno y otro paterno. La combinación visible de ambos grupos de genes, constituye el fenotipo.”⁵⁸

La conformación del fenotipo está determinada por la índole de los genes. “Algunos genes siempre se expresan en el fenotipo, son los llamados genes dominantes. Otros en cambio sólo se expresan en el fenotipo si se encuentran en pares en el genotipo, es decir, que el padre y la madre otorgan el mismo gen en cuyo caso se denomina gen recesivo y la condición de manifestarse es la señalada. Una tercera categoría de genes es la llamada genes codominantes donde siendo distintos ambos genes paternos, se expresan ambos en el fenotipo. En los estudios de filiación se detectan especialmente aquellos genes que son codominantes.”

⁵⁸ BARROSO FIGUEROA, José. Op. cit. p. 28.

“El aspecto estadístico tiene en esta materia una gran importancia. Si lo que se pretende es identificar a una persona con otra por su vínculo biológico, deben buscarse sus características comunes. Si se toma como referencia el grupo sanguíneo y ambas personas (presuntos padre e hijo) lo comparten, la circunstancia de que una gran parte de la población lo posea, disminuye la importancia del resultado. Pero si se opta por una combinación de características fenotípicas que incluya varias decenas de factores, la probabilidad de determinar la relación paternal se multiplica hasta el extremo de la convicción total. Para dar una idea clara, si tomamos exclusivamente el sistema HLA, los genotipos posibles son más de 325,000'000,000.”⁵⁹

Finalmente, habrá que mencionar la necesidad de tomar en cuenta los alelos, que son las formas alternativas de un mismo gen. El padre alegado quedará excluido si no presenta el alelo del gen que le corresponda.

La prueba de compatibilidad inmunogenética es muy completa y consta de cuatro partes: determinación de los grupos sanguíneos eritrocitarios y los subgrupos; de los antígenos humanos leucocitarios o antígenos del sistema HLA; de las proteínas de suero sanguíneo o proteínas séricas, y de los alelos de las enzimas también ubicadas en el suero sanguíneo. Por obvias razones no abundaremos mayormente sobre estos aspectos que son de carácter biológico y pueden ser ampliamente consultados en la obra de Verruno y Haas ya citada.

⁵⁹ FLORES TREJO, Fernando. Op. cit. p. 190.

Como se dejó sentado previamente al hacer referencia a la regulación que suelen efectuar los ordenamientos legales del desconocimiento de la paternidad y de la investigación de la misma, estas figuras jurídicas son al fin y al cabo las dos caras de una misma moneda; en ambos casos se trata de determinar si existe o no la procreación de un cierto individuo por otro determinado.

Desconocimiento de la paternidad: En lo que concierne al desconocimiento del hijo nacido de matrimonio, dada la redacción de los artículos 325 y 326 (que ya antes transcribimos), la prueba basada en la pericia hematológica es, conforme a esta redacción inadmisibles. Tal solución es evidentemente injusta para el marido, que a sabiendas de que no puede ser el padre, debe soportar las consecuencias de presunciones poco menos que insalvables.

Investigación de la paternidad: En cuanto a la investigación de la paternidad, la cuestión puede ser observada desde dos puntos de vista diferentes: el de hijo, que aspira a establecerla en relación a su presunto padre, y el de éste que pretende rechazarla.

En lo que se refiere al hijo, si bien el Código Civil dice expresamente que puede emplear todos los medios ordinarios de prueba, es claro que tiene esta posibilidad, sobre todo si se considera que respecto de la investigación de la maternidad, el ordenamiento citado explícitamente lo autoriza.

Por otro lado, en tanto que el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles admite como medio de prueba todo aquello que es capaz de generar

convicción en el Juez, no parece haber dificultad para que la prueba pericial hematológica sea admitida por los tribunales. De por sí la prueba pericial es una de las previstas y reguladas legalmente y su objeto es el de ilustrar al Juez “cuando son necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia” (artículo 293 del Código de Procedimientos Civiles); empero, su valoración la debe hacer el tribunal apreciándola dentro del conjunto de las pruebas, “atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia” (artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles).

En lo que atañe al padre imputado, el mismo artículo 289 aludido funda la posibilidad de que aquél recurra a la prueba pericial sobre compatibilidad inmunogenética, para demostrar que no es el progenitor.

No obstante todo lo anterior, sería deseable que el Código Civil se refiriera a la prueba que nos ocupa, autorizando expresamente su empleo, para disipar cualquier duda que pudiera existir al respecto.

Consideramos que debe incentivarse la utilización de la prueba de ADN en nuestro país, con el propósito de que ésta sea accesible a todos los mexicanos y que verdaderamente sea convincente para el ánimo del Juzgador, además que se unifiquen los artículos 324, 325 y 326 con el 382 del Código Civil para el Distrito Federal, unificar, lo entendemos como que, los numerales citados sean acordes con lo establecido por el artículo 382 del ordenamiento citado.

CAPÍTULO 3

LA FILIACIÓN CONFORME AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

De manera general, podemos decir que la filiación es el vínculo que se establece entre padre e hijo, y entre éste y la madre. De ahí surge la filiación consanguínea o adoptiva. Jurídicamente, esta relación implica más deberes y obligaciones por cumplir de parte de los progenitores, que derechos otorgados. La filiación que no se establece voluntariamente, puede ser objeto de un juicio donde se determine si es o no hijo o hija del señor, de la señora o de la pareja.

“En el pasado, en el Distrito Federal, la filiación se calificaba por las clases de hijos que regulaba la ley. Aún en la mayor parte de los Códigos Civiles de la República Mexicana, discriminan a los hijos, calificándolos con adjetivos peyorativos, según sea el origen de las relaciones sexuales de sus progenitores. Si son producto de un adulterio, la filiación es adulterina y el adjetivo así se estampa o se especifica en el acta de nacimiento respectiva. Algunos Códigos, expresan que no debe calificar a los hijos y paladinamente en sus textos, disponen que se les diga de madre desconocida, incestuosos, expósitos o abandonados, sin dar una fórmula legal que les dé verdadera igualdad.”⁶⁰

En el Distrito Federal, hasta el 1 de junio del año 2000, cuando menos había doce clases de hijos, que agregados a los mencionados, eran de madre o

⁶⁰ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 229.

padre desconocido; huérfanos; de la cárcel; de concubinato; naturales; legitimados; de matrimonio y otros. Frente a estas atrocidades, la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez, ha emitido disposiciones, verdaderamente protectoras de los menores; en el caso concreto, México, junto con otros seis países, en 1989, lanzó la iniciativa, que Carlos Salinas, Presidente de México, celebró en Nueva York, en la sede de las Naciones Unidas. Últimamente, el Presidente Vicente Fox, destacó en este foro, que en la misma, deben agregarse temas sobre pornografía infantil, violencia familiar, maltrato, y abandono de menores. Debe actualizarse la Convención de los Derechos de la Niñez, porque en más de diez años, la ley no se ha actualizado y sus hipótesis en algunos casos, resultan obsoletas, a pesar de las declaraciones de altos funcionarios de las Naciones Unidas, respecto a ésta.

En la actualidad, la filiación se regule en los artículos 324, 325, 326, 329 al 333 y del 335 al 341 y de este artículo al 353-Quáter. Con el propósito de ahondar sobre el tema será oportuno precisar lo siguiente.

1. Concepto.

En sentido amplio, por filiación se entiende la relación jurídica entre los progenitores y sus descendientes; y, en sentido estricto, se refiere a las relaciones jurídicas que surgen entre el padre o la madre y su hijo. En este caso hablaremos de paternidad o maternidad, respectivamente.

Sin mayor distinción, el Código Civil define filiación en estricto sentido, de la siguiente manera: “es la relación que existe entre el padre o la madre, y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia.”

Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni señalan que: “La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos;”⁶¹ asimismo, María Josefa Méndez Costa y Daniel Hugo D’ Antonio definen la filiación como “el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con el generado.”⁶²

Al respecto, José Antonio Álvarez Caperochipi manifiesta: “El régimen legal de los vínculos de filiación parte de la tajante distinción entre maternidad y paternidad. La maternidad es cierta y se define y prueba por el hecho del parto y la identidad del hijo, mientras que la paternidad es un vínculo que el Derecho viste discretamente con principios jurídicos y sociales.”⁶³

De lo anterior, se puede decir que la maternidad antecede lógicamente, conceptual y registralmente a la paternidad. El vínculo jurídico de paternidad *prima facie* se identifica jurídicamente mediante presunciones que parten de una maternidad cierta; la comprobación biológica de la paternidad se funda también en una maternidad cierta. La inscripción de la filiación materna resulta simplemente de la declaración del parto o comprobación reglamentaria y sólo

⁶¹ Cit. Por Enciclopedia Jurídica Omeba. T.III. 10ª edición, Editorial Dris-Kill, Argentina, 1998. p. 1040.

⁶² Ibidem. p. 1041.

⁶³ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A. La Filiación. 3ª edición, Editorial Bosch, España, 1996. p. 301.

puede impugnarse justificando la suposición de parto o la falta de identidad del hijo.

Zannoni expresa que: “La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad.”⁶⁴ De allí que la procreación constituya el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial. Aún así, esta relación puede constituirse sin atender al hecho biológico, como acontece en la adopción y en la legitimación adoptiva. En tales casos la filiación constituida obedece a imperativos juzgados de interés familiar por la ley, que atañen al orden público. Del mismo modo, las modernas técnicas de fecundación asistida permiten dissociar la procreación de la cópula entre los progenitores, mediante la inseminación artificial o la fecundación extracorporal e, incluso, la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta, obliga a replantear la determinación de la maternidad por el parto.

A manera de resumen, podemos decir que la filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre, hija o hijo.

Este concepto amplio de filiación toma los nombres específicos de paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, en razón de la persona a quien se refiera en un determinado momento esta relación. Así, se llama

⁶⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit. p. 1043.

maternidad la relación de la madre con respecto a su hijo o hija; paternidad, la relación del padre con su hija o hijo, y estrictamente filiación cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija con respecto a su madre o a su padre.

La maternidad es un hecho indubitable derivado de los datos comprobables del embarazo y del parto, se dé la misma dentro o fuera de matrimonio. En la actualidad de acuerdo a la proliferación del tráfico y robo de recién nacidos, también la maternidad ya debe comprobarse por medio de la prueba de ADN.

La paternidad es siempre una presunción jurídica *juris tantum*, admite prueba en contrario. Surge con certeza relativa dentro del matrimonio. *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre. La paternidad habida fuera de matrimonio es incierta por principio y sólo puede establecerse por reconocimiento voluntario por parte del padre o por sentencia que así lo declare en un juicio de investigación de la paternidad.

2. La filiación en sentido biológico y jurídico.

De las instituciones que constituye el Derecho de Familia, la filiación tiene una relevante importancia. La responsabilidad que se genera con la procreación es única, sobre todo en los primeros años que exigen una permanente atención al hijo hasta que alcanza su desarrollo que le permita integrarse a la comunidad.

En esta materia encontramos también presente el amor que es fundamental para la procreación y educación de los hijos. La relación humana vinculante de la filiación está impregnada de amor; consecuentemente también lo está la relación jurídica, si se quiere ser congruente entre Derecho y vida.

Las relaciones íntimas, afectivas o amorosas no son coercibles, o lo son difícilmente. Esto, sin embargo, no impide que el Derecho las contenga como relaciones jurídicas, pues no sólo lo coercible es materia del Derecho.

La concepción, gestación y nacimiento son hechos naturales del hombre que se toman en consideración por el Derecho y tienen relación con la paternidad y filiación. La procedencia de los hijos respecto de los padres es un hecho natural que interesa, no sólo a los padres e hijos, sino también a la comunidad y al Estado. Esta relación de padres e hijos puede verse, tanto desde el punto de vista natural, como desde el punto de vista jurídico.

Paternidad significa, en sentido estrictamente gramatical, “calidad de padre, como maternidad significa calidad de madre. La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres; significa una relación de origen que permite conocer quiénes son los ascendientes de una persona determinada.”⁶⁵

⁶⁵ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 399.

Paternidad y filiación no siendo sinónimos, se refieren a la misma relación humana que existe entre procreantes y procreados. Desde un ángulo se contempla como paternidad, que afecta a los padres y madres, y desde el otro como filiación, que hace referencia a los hijos.

Desde el punto de vista del Derecho, el término de filiación tiene dos acepciones. “Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, los nietos, los bisnietos y tataranietos, etc. Además, de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima como en lo natural un estado jurídico.”⁶⁶

Por lo tanto, en sentido jurídico significa la relación permanente que existe entre los padres e hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares.

⁶⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p. 656.

“La relación de paternidad es la que se da entre padres o hijos, o sea entre generantes y generados. Constituye la filiación un hecho natural, ya que está basada en la procreación y un hecho jurídico, puesto que produce consecuencias jurídicas.”⁶⁷

Como todas las instituciones del Derecho de Familia, ésta tiene también trascendencia moral y patrimonial-económica para la persona y para la familia. Moral, porque de la filiación puede depender el nombre de la persona, su honor y la integración al grupo familiar. Económico, porque de ella se derivan el derecho a los alimentos y los derechos sucesorios entre los principales que podemos mencionar. Adicionalmente está siempre presente el interés del Estado.

Siguiendo a Planiol, la filiación “puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados.”⁶⁸

La filiación, desde el punto de vista jurídico, reconoce la realidad biológica por la que unos seres descienden de otros, pero no toda filiación biológica necesariamente es jurídica. Se requiere que se cumplan los extremos previstos en la ley para que el hecho natural de la filiación y esa relación nacida de la naturaleza tenga consecuencias jurídicas. Es decir, para que tenga

⁶⁷ Ibidem. p. 659.

⁶⁸ PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés. 3ª edición, Trad. De José María Cajica, Editorial Cajica Puebla, México, 1990. p. 208.

consecuencias jurídicas se requiere, o bien, que se trate de una filiación nacida del matrimonio, o bien, que fuera reconocida por los medios previstos en la legislación.

Es decir, la filiación como vínculo jurídico no es sólo biológica, se requiere adicionalmente el reconocimiento legal. Lo usual es que la ley se base en la biología para generar el vínculo jurídico, pero tenemos también la filiación adoptiva que no tiene nexo alguno en la biología.

3. Especies de filiación.

La filiación se clasifica en matrimonial y extramatrimonial. Asimismo, se equiparan a ella las relaciones jurídicas que surgen de la adopción plena.

“La filiación matrimonial es aquélla en que el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley, de forma tal que se reputa nacido dentro de la unión legítima conyugal de marido y mujer.”⁶⁹

Para efectos de establecer la filiación se estará, a lo dispuesto a las disposiciones generales establecidas en el artículo 324 fracciones I y II del Código Civil para el Distrito Federal las cuales ya señalamos así como a la prueba de la filiación de los hijos la cual se acreditará con el acta de nacimiento como lo establece el artículo 340 del mismo ordenamiento.

⁶⁹ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 268.

“La filiación es extramatrimonial cuando el nacimiento se encuentra fuera de los plazos a que se refiere la ley y, por ende, se reputa como hijo nacido fuera del matrimonio.”⁷⁰

Es importante resaltar que esta última clasificación doctrinal no busca, de ningún modo, colocar una marca infamante en ninguna persona.

Debe recordarse que en el pasado se clasificaba legalmente a los hijos en naturales, legítimos, adulterinos, incestuosos, etc., y en virtud de dicha condición se les dotaba de diversos derechos de orden sucesorio y alimentario.

Sin embargo, desde la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 fue desapareciendo la importancia de dicha clasificación para que, finalmente, a partir del Código Civil de 1928, se equiparara plenamente a los hijos por lo que hace a sus derechos independientemente de su origen.

Dicho proceder inspiró profundamente al legislador del año 2000 y, por ello, se intentó desaparecer cualquier reminiscencia de los distintos tipos de filiación.

En ese sentido, hoy día se sentencia de forma más que tajante: “La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen” (artículo 338-Bis).

⁷⁰ Ibidem. p. 269.

Sin embargo, la desaparición total de los distintos tipos de filiación no es jurídicamente viable mientras se siga el sistema establecido en, prácticamente, todas las legislaciones del sistema roma canónico, en que se presumen hijos nacidos dentro del matrimonio aquellos que vienen al mundo dentro de ciertos plazos establecidos en la ley.

Por ende, la clasificación de los tipos de filiación tendrá actualmente la exclusiva importancia respecto de la prueba de la misma, y nunca más respecto de los diferentes efectos que tuviere en relación con los hijos.

Al respecto, María Begoña Fernández González opina que, “hay clases de filiación por los distintos procedimientos que se siguen para su determinación pero no hay clases de hijos, porque todos los hijos son iguales. La clasificación fundamental de la filiación.”⁷¹

La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. Se deduce, a *contrario sensu*, que será no matrimonial si el padre y la madre no están casados entre ellos en el momento del nacimiento. En cuanto a la filiación por naturaleza y en lo que se refiere a la matrimonial, hay que señalar que son tres los elementos que integran el concepto de hijo matrimonial: a.- El matrimonio de los padres. B.- La maternidad de la mujer casada. C.- La paternidad del marido.

⁷¹ BEGAÑA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María. La Filiación Matrimonial. 3ª edición, Editorial Tecnos, España, 1996. p. 267.

La filiación puede ser por naturaleza o por adopción; la primera viene determinada por vínculos de sangre, la segunda, es la derivada de la adopción. La filiación por naturaleza, a su vez, puede distinguirse por naturaleza propiamente dicha y asistida, que es la derivada de las técnicas de reproducción asistida. La filiación por naturaleza propiamente dicha puede ser, a su vez, matrimonial o no matrimonial. “a) Matrimonial, cuando los padres están casados entre sí, aunque los hijos hayan nacidos antes del matrimonio. Lo que hace a los hijos matrimoniales es el matrimonio, no la fecha de su nacimiento. b) No matrimonial, son los hijos de personas no casadas entre sí. La filiación asistida puede ser, también, matrimonial o no matrimonial. a) Matrimonial, cuando los padres consienten que el hijo nazca mediante las técnicas de reproducción asistida. b) No matrimonial, cuando los convivientes dan su consentimiento para que el hijo nazca mediante las técnicas de reproducción asistida. Actualmente hay cinco estados civiles de filiación, dos por naturaleza, dos por filiación asistida y otro por adopción, a los que hay que añadir otro estado de falta de filiación, hijos de padres desconocidos, cuya filiación no ha sido determinada.”⁷²

A manera de resumen diremos que, toda vez que la filiación es una fuente del parentesco, evidentemente las consecuencias que se actualicen de ella son semejantes. Por lo mismo los derechos de alimentos, de sucesión legítima y del nombre, así como la obligación de la tutela legítima y las prohibiciones al matrimonio serán siempre efectos derivados de la misma.

⁷² DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y JIMÉNEZ GARZÓN, Roberto. Op. cit. p. 286.

Aunque, sin duda, el efecto fundamental de la filiación será actualizar los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad.

Ese es el sentido del artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal que si bien en su texto establece, que, las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse de conformidad con lo previsto en este mismo código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

4. Prueba de la filiación matrimonial.

Como expusimos anteriormente, ésta especie de filiación es el vínculo jurídico que se crea entre los progenitores y el hijo nacido dentro del matrimonio.

Cabe recordar que si bien la reforma del año 2000 (en concordancia con el espíritu que inspiró al legislador de 1928) intentó desaparecer completamente las diferencias entre los tipos de filiación, debe ser manifestado que no lo consiguió por completo pues las pruebas con que se acredite el estado de hijo de matrimonio serán diferentes de aquéllas necesarias para acreditar el estado de hijo extramatrimonial.

En este sentido, la maternidad es fácilmente comprobable por vía de los siguientes elementos:

- 1) El acta de nacimiento, de acuerdo con el artículo 340 que establece:
“La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.”

El acta de nacimiento contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre o nombres propios y los apellidos paterno y materno que le correspondan; asimismo, en su caso, la razón de si el registrado se ha presentado vivo o muerto y la impresión digital del mismo. Si se desconoce el nombre de los padres, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciendo constar esta circunstancia en el acta, como se establece en el artículo 58 del Código Civil para el Distrito Federal.

- 2) A falta de actas de nacimiento y de matrimonio, se debe probar que el hijo nació de las entrañas de la mujer en términos del artículo 40 que señala:

“Cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles, faltaren las formas en que se pueden suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumento o testigos.”

A la luz de dicho artículo debe analizarse el texto del artículo 382, que indica en lo conducente: “La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor

se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.”

Evidentemente sólo si no existe el acta, es ilegible o faltan las respectivas formas autorizadas son admisibles otros medios de prueba ordinarios, entre ellos, periciales, médico genéticos, instrumentos o testigos.

“Cabe señalar que en la doctrina procesal por instrumento, normalmente se entienden todos aquellos elementos probatorios que permitan llegar al conocimiento de la verdad. En efecto, la palabra instrumento viene del latín *instruere* que significa enseñar y, en ese sentido, se refiere a todo elemento probatorio que facilite el conocimiento de algún hecho que dentro de juicio adquiere tal carácter.”⁷³

Por lo mismo, cuando el artículo 40 del Código Civil para el Distrito Federal señala que se admitirán instrumentos, en realidad se refiere al enunciado general del artículo 382 del ordenamiento citado; esto es, todos los medios de pruebas ordinarios.

Por otra parte, una vez determinada la maternidad es fácilmente imputable la paternidad dentro del matrimonio en términos de las presunciones del artículo 324 que establece:

⁷³ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Op. cit. p. 232.

“Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la ex cónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

Por lo mismo, se presumirán hijos del matrimonio los hijos nacidos durante el mismo, independientemente de que la madre haya contraído nupcias embarazada o no, y los nacidos después de los 300 días de que los cónyuges se hubieran separado.

Si dichas presunciones se desprenden de la adminiculación de las actas de nacimiento y matrimonio serán prueba plena para la imputación de la paternidad, según la contundente redacción del artículo 39.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que las presunciones (*juris tantum*) antes establecidas admiten las pruebas en contrario que señalan los artículos 325 y 326 que a la letra dicen:

“Artículo 325.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge

varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquéllas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”

“Artículo 326.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”

Independientemente de que dichos artículos parecieran entrar en contradicción debido a su pésima redacción, toda vez que el primero pareciera admitir diversas probanzas, mismas que rechaza el siguiente numeral, somos de la opinión que deben interpretarse de manera armónica junto con los artículos 39 y 40 del Código Civil para el Distrito Federal mencionados para arribar a las siguientes conclusiones:

- 1) De existir actas de nacimiento y de matrimonio en que se asienten las presunciones del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, deberán prevalecer dichos documentos, por su carácter de documentales públicas y medios de prueba idóneos.

Sin embargo, debemos señalar que esto no significa que lo asentado en dicho documento sea inobjetable o inimpugnable, sólo que deberán ser destruidas las presunciones que del mismo se deriven por la vía judicial correspondiente; de hecho, mientras no exista una sentencia ejecutoriada que destruya el valor y contenido de la prueba documental correspondiente, ésta deberá surtir plenos efectos.

- 2) Sólo a falta de acta (por su inexistencia o anulación) o que se hubiera perdido o resultara ilegible se admitirán en términos del artículo 40, otros medios para probar la filiación de hijos nacidos del matrimonio, y éstos deberán orientarse, exclusivamente, a demostrar los siguientes hechos en forma indistinta.
 - a) Que el varón y la mujer no tuvieron relaciones sexuales por imposibilidad física durante los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento. Debe considerarse que la ley limita que la prueba se refiere a que exista una verdadera imposibilidad física del ayuntamiento carnal (por ejemplo, derivada de un viaje prolongado o de la impotencia del marido); más no a una imposibilidad moral o personal (por ejemplo, el desagrado, desavenencia o separación no declarada judicialmente de los cónyuges).
 - b) Las pruebas médico-genéticas que permitan establecer el parentesco (por ejemplo, la de ADN).

- 3) En todo caso en que al varón se le hubiera ocultado el nacimiento, podrá impugnar las presunciones asentadas en el acta de nacimiento, sin importar la existencia o defectos de la partida natal correspondiente.
- 4) Tratándose de embarazos derivados de técnicas de fecundación asistida, el marido sólo podrá impugnar las presunciones derivadas del acta de nacimiento si él no otorgó su consentimiento para que la mujer practicara tales métodos. (Aunque no se indica la manera en que debe otorgarse el consentimiento, por lo que rige la regla del artículo 1803).
- 5) Además de lo anterior y con igual importancia para efectos de prueba de la filiación, debe considerarse lo establecido en los artículos 341 y 343, que establecen:

“A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquéllas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.”

“Artículo 343.- Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;
- II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
- III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.”

Estos artículos nuevamente merecen una interpretación armónica pues amplían las pruebas que pueden distorsionar las presunciones en estudio, agregando la llamada posesión de estado de hijo, otras pruebas científicas y, en el caso mencionado, la testimonial por excepción.

Debe aclararse que nuevamente el desahogo de esas pruebas sólo procede en el caso de que el acta de nacimiento no existiera, fuera anulada, o estuviera incompleta.

Sin embargo, cabe aclarar, que para el caso en que se alegue falsedad en el acta son de admitirse exclusivamente estas pruebas y, en consecuencia, no se aplica ninguno de los incisos antes mencionados.

5. Impugnación de la paternidad y maternidad.

Las acciones que respecto de la filiación de un hijo de matrimonio pueden ejercitarse son:

- A. Desconocimiento o contradicción de la paternidad.
- B. Reclamación de estado de hijo de matrimonio.

La acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad puede ser ejercitada por:

- a) La persona que a quien perjudique la filiación (artículo 329);
- b) El tutor del marido (artículo 331);
- c) Los herederos del marido si éste muere incapaz o intentó la acción en vida, en el caso de que el hijo hubiera nacido dentro de los plazos de los que derivan la presunción de filiación legítima (artículo 332 y 333);
- d) Los herederos del marido siempre que el hijo hubiera nacido fuera de los plazos de los que derivan la presunción de filiación legítima;
- e) Por regla general, en todos los casos en que el cónyuge ejerza ésta acción tendrá un plazo de sesenta días contados a partir de que tenga conocimiento del nacimiento.

La acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio compete a las siguientes personas:

- a) El hijo y sus descendientes (347).
- b) Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que se trata cuando el hijo ha muerto, antes de cumplir 22 años; si el hijo presentó, antes de cumplir los 22 años, incapacidad de ejercicio y murió en el mismo Estado (artículo 350 del Código Civil para el Distrito Federal).
- c) Los acreedores, legatarios y donatarios tienen la misma acción que los herederos siempre que el hijo no hubiera dejado suficientes bienes para pagarles (350).

“Sobre este último punto, mucho se ha discutido en doctrina si esta acción tiene naturaleza oblicua o pauliana (también denominada derivada de actos en fraude de acreedores). Debate que consideramos del todo inútil pues, evidentemente, es una acción de Derecho Familiar que nada tiene en común con la teoría general de las obligaciones.”⁷⁴

Debe entenderse que, en realidad, es una acción de interés público que corresponde, de manera directa, a los acreedores, legatarios o donatarios.

En este sentido, no es una acción oblicua en tanto que pertenece de manera personal a esos sujetos ni pauliana puesto que no sería admisible suponer, dentro de la ética familiar, que alguien no reclamara su estado de hijo sólo para no cumplir sus obligaciones; además de que dicha acción en la teoría

⁷⁴ BELLUSCIO, César Augusto. Derecho de Familia. T.III. 6ª edición, Editorial Depalma, Argentina, 2000. p. 363.

general de las obligaciones normalmente se restringe al efecto de lograr oponibilidad relativa de un acto positivo y no se circunscribe, en ningún caso, a omisiones.

Las características de la acción en estudio son:

- a. Es imprescriptible para el hijo y sus descendientes (artículo 347, 348 y 349). Las acciones que competen al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes establecidas en los tres artículos que preceden, mismos que ya fueron comentados establecen que, prescriben a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo.
- b. Es personalísima durante la vida del hijo, por lo que durante ese tiempo nadie más puede intentarla.
- c. Es transigible sobre los derechos pecuniarios, no así sobre los personales (artículo 339).

6. Reclamación de estado de hijo.

Ahora bien, respecto de la posesión de estado de hijo, históricamente los códigos de diversos países han establecido tres elementos a fin de que se actualice: nombre, trato y fama, mismos que igualmente se reglamentan en el código local; aunque en el Distrito Federal, a los anteriores se adiciona el requisito de tener la edad que exige el artículo 361. En relación con el 148 del

Código Civil para el Distrito Federal donde se establece que para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad. Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto se requerirá del consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez, y así lo acredite a través del certificado médico respectivo el Juez del Registro Civil, a petición del padre o la madre el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa a menores de 14 años.

Al respecto, Guillermo A. Borda manifiesta que: “Poseer un estado, dicen Planiol y Ripert, es gozar de ventajas anexas al mismo y soportar sus deberes.”⁷⁵ En otras palabras, es vivir, en la realidad de los hechos, como corresponde a la condición de hijo, padre, esposo, pariente. Según una teoría clásica, cuyo origen parece ubicado en el Derecho Canónico, para que haya posesión de estado deben encontrarse reunidos los tres elementos siguientes: *nomen*, *tractatus* y *fama*. “El *nomen* es el uso del apellido familiar: *tractatus* es el trato público como hijo, esposo, etc.; y *fama* es haber sido considerado como tal por la familia o la sociedad. En la doctrina y jurisprudencia modernas, se ha prescindido de la

⁷⁵ Cit. Por Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit. p. 1031.

exigencia formal de estos tres elementos; es verdad que, reunidos, configuran de una manera más precisa la posesión de estado; pero no es imprescindible que existan todos. El más importante de ellos es indudablemente el trato; basta con acreditar que padre e hijo se daban recíprocamente ese tratamiento, para que se dé por admitido el hecho de la posesión, aunque el hijo no llevara el apellido paterno y aunque no hubiera trascendido públicamente la filiación.”⁷⁶ En suma, el Juez tiene amplia libertad para apreciar los elementos aportados por las partes, sin necesidad de ajustarse a ningún rigorismo formal. Empero, tratándose de una filiación legítima, el criterio debe ser más severo y, por lo pronto, la exigencia del nombre es inexcusable. Según una teoría muy difundida, “la posesión de estado equivale al reconocimiento; en rigor, sería un reconocimiento de hecho.”⁷⁷

Se puede decir que la posesión de estado es mucho más que ese reconocimiento tácito que ella suele implicar. Es un trato recíproco de padre e hijo, es un cumplimiento de obligaciones y un goce de derechos. No es posible sostener que las consecuencias que la ley hace derivar de ella se originen exclusivamente en una voluntad de reconocer; nacen de esa vida en común, de esa solidaridad humana surgida de la relación paterno-filial. Por lo demás, si en el concepto legal, la posesión de estado equivaliera a un reconocimiento, debería tener los mismos efectos de éste.

⁷⁶ Ibidem. p. 1032.

⁷⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001. p. 368.

Asimismo, cabe señalar que, desde una perspectiva técnica, el nombre posesión de estado es sumamente desafortunado, pues sólo los bienes o derechos son susceptibles de posesión. Quizá sería más adecuado referirse a la actualización de estado de hijo.

7. La filiación extramatrimonial.

La filiación extramatrimonial es el vínculo jurídico que existe entre los progenitores y el hijo nacido fuera del lazo matrimonial. En consecuencia, existe cuando el hijo nace fuera de las presunciones de hijo de matrimonio establecidas en el Código Civil.

Esta filiación se puede establecer por el reconocimiento del padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.

Conceptualmente “es un acto jurídico bisubjetivo de Derecho Familiar, solemne, de efectos retroactivos e irrevocable por el cual nace la filiación del hijo reconocido.”⁷⁸

Los elementos de la definición que debemos puntualizar son: el reconocimiento de hijo es un acto jurídico bilateral o bisubjetivo pues, a pesar que puede ser emitido unilateralmente, si éste no es consentido por el hijo reconocido o, en su defecto, por un tercero legitimado, no surte efectos. Esto obedece a los términos de las siguientes disposiciones que establecen:

⁷⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. p. 639.

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

“Artículo 370.- Cuando el padre o la madre reconozca separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 de este Código, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad.”

“Artículo 375.- El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor ni el que esté en estado de interdicción, sin el de su tutor, si lo tiene, o del tutor que el Juez de lo Familiar le nombrará especialmente para el caso.”

“Artículo 376.- Si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad.”

“Artículo 378.- La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El

término para contradecir el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.

El reconocimiento de hijo es, además, un acto solemne del Derecho de Familia; en efecto, el artículo 369 señala:

“Artículo 369.- El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:

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

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.”

De lo anterior se desprende que el reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; aunque podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.

El reconocimiento es retroactivo en tanto que, por virtud de la perfección del mismo, se dota del carácter de hijo al reconocido desde el momento mismo

de su concepción, y se incluyen para todos los efectos legales a los descendientes como miembros de la familia del que reconoce (artículo 22, 353-Bis, 353-Ter y 353-Quáter).

Por otro lado, el reconocimiento de hijo también es irrevocable por el artículo 367 que establece:

“Artículo 367.- El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento.”

Es importante hacer notar que en nuestro derecho no es un acto personalísimo, pues admite representación en términos del artículo 44 que establece:

“Artículo 44.- Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente, podrán hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos. En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmando por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo Familiar o de Paz.

Normalmente se dice existen tres teorías para explicar la naturaleza jurídica del reconocimiento de hijos, que son:

- a) “Confesión: Aquellos que establecen que el reconocimiento de hijos es una confesión, están asimilándolo a un medio de prueba judicial. Esta teoría no es admisible porque los medios de reconocimiento de hijo no se restringen al ámbito judicial sino también al extrajudicial.
- b) La otra teoría es que el reconocimiento es una simple declaración, pues, se declara ante una instancia algo en concreto. Es evidente que este enfoque no explica sustancialmente el contenido de dicho acto, en tanto que dos voluntades convergen en un mismo sentido, dotando de efectos el respectivo acuerdo.
- c) Algunos doctrinarios establecen que el reconocimiento es un acto de poder familiar pues tanto el padre como la madre tienen una potestad que ejercen. Esa doctrina sólo sirve para explicar algunas instituciones de Derecho Romano, pero no puede explicar ésta, pues hoy día la patria potestad implica solamente un estado lleno de derechos y obligaciones recíprocas.”⁷⁹

Consideramos que la naturaleza jurídica del reconocimiento de hijos es lisa y llanamente la de ser un acto jurídico de Derecho Familiar bisubjetivo,

⁷⁹ RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. 3ª edición, Editorial Ángel Editor, Italia-México, 1990. p. 239.

solemne e irrevocable, según se ha explicado anteriormente, pues ninguna de las teorías enunciadas establece claramente su naturaleza.

8. Investigación de la paternidad y de la maternidad.

Existen varias vías judiciales para la investigación y acreditación de la filiación extramatrimonial en lo que a paternidad y maternidad se refiere dentro de las cuales destacan los siguientes.

- a) *Acción contradictoria o de impugnación del reconocimiento.* Ésta puede ser intentada por: el progenitor que reclame ese carácter en perjuicio de un tercero (artículo 368 y 379); el tercero afectado sólo por vía de excepción (artículo 368); el Ministerio Público cuando se realice un reconocimiento en perjuicio de un menor (artículo 368); el propio hijo reconocido al llegar a la mayoría de edad (artículo 376); y la persona que cuidó de la lactancia del niño (artículo 378).
- b) *Acción de imputación de la maternidad o paternidad.* Ésta compete a las siguientes personas:
 - i) Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada. (artículo 385 del Código Civil para el D.F.). No obstante lo anterior el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se

deduce de una sentencia civil o criminal (artículo 386 del mismo ordenamiento).

ii) Al padre o la madre que reclame ese carácter, siempre que el hijo no hubiere sido reconocido previamente. Cabe señalar que hoy día la investigación de la maternidad o paternidad de los hijos naturales es libre (artículo 60).

c) *Pruebas admisibles para ambas acciones:*

La prueba natural para acreditar la calidad de hijo nacido fuera del matrimonio deberá ser el acta de nacimiento (artículo 340) o, en su caso, el documento en que conste el reconocimiento de hijo (artículo 369).

Si se carecen de esos elementos, podrá documentarse por cualquier medio probatorio ordinario, entre los que se incluyen las pruebas científicas necesarias.

En caso de que la persona a la que se pretendiera imputar la paternidad o maternidad se negara a proporcionar la muestra necesaria para la prueba científica, se presumirá que tiene el carácter imputado, salvo prueba en contrario (artículo 382).

En los casos de concubinato se aplican presunciones semejantes a la de matrimonio (383), mismas que deberán ser probadas plenamente, y al efecto podrán actualizarse dichos extremos con los elementos de prueba antes referidos.

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. Los elementos para la filiación en relación a la maternidad son el parto y la identidad. Lamentablemente en la actual redacción del artículo 360 se suprimió la referencia de que esta filiación resulta con relación a la madre del sólo hecho del nacimiento. No obstante es un hecho evidente e indiscutible, que constituya prueba aún cuando no se mencione en el código. Pero este hecho para que constituya la filiación legal debe completarse con el reconocimiento de la madre.

Por lo tanto, en relación a la madre el parto es un hecho que permite conocer la filiación, bien dentro o fuera del matrimonio. “El alumbramiento se puede constatar como un hecho por prueba directa. Los romanos decían que el parto sigue al vientre (*partus sequitur ventrem*).”⁸⁰

Pero además del parto es necesario, como segundo elemento, establecer la identidad del hijo. Es decir, determinar si el hijo que reclama la filiación es realmente el que la mujer dio a luz, lo cual se puede acreditar mediante la posesión del estado del hijo, o con el acta de nacimiento.

Probar lo anterior en la filiación dentro del matrimonio no es problema. Por regla general todos están en espera del no nacido, y es motivo de alegría el nacimiento de hijos, por lo que ninguno lo desconocerá y habrá pruebas suficientes para la identidad del nacido.

⁸⁰ CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001. p. 10.

Para facilitar la identidad, es por lo que el artículo 55 del Código Civil, exige que tienen “obligación de declarar el nacimiento el padre y la madre o cualquiera de ellos, y a falta de estos los ascendientes sin distinción alguna, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél.” También los médicos cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto tienen obligación de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil dentro de las 24 horas siguientes. La misma obligación la tiene cualquier persona en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento. Adicionalmente, y para el efecto de la identificación, se exige la presentación del niño (artículo 54 del Código Civil), la asistencia de dos testigos, hacer anotar su sexo del presentado, su nombre, apellido y la impresión digital (artículo 58 del Código Civil).

Actualmente en el código se acepta la procreación por medio de la inseminación asistida en sus diversas modalidades: homóloga, heteróloga o “in vitro.” En el caso de la fecundación heteróloga se generan problemas para determinar la maternidad cuando se utilice el óvulo de una mujer extraña que sea fecundado e implantado en la solicitante. Según el Derecho, que sigue las normas biológicas, la madre es la que aporta el óvulo sin embargo es otra la embarazada que da a luz y siguiendo el principio de que la maternidad se determina por el nacimiento, la que gestó y parió es la madre, aun cuando biológicamente no lo sea.

A diferencia de lo dicho en relación a la maternidad, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sólo puede presumirse.

De aquí que la ley recurra a las presunciones *juris tantum* para determinar la paternidad en esta relación jurídica.

a) *Presunción*. “Es padre quien fecunda el óvulo. El momento de la concepción es de difícil determinación.”⁸¹ Como auxilio para poder determinar la paternidad y la maternidad, la ley establece el período legal de la concepción, que es el de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento (325 y 326 del Código Civil). Si a los trescientos días le restamos ciento veinte quedan ciento ochenta días para el embarazo, tiempo mínimo para que el nacido viva y sea viable los términos del numeral 337 del Código Civil para el Distrito Federal. Tanto en el matrimonio como en el concubinato existe presunción en relación a la paternidad. En ambos casos se presume, como tendrá que hacerse siempre a la paternidad a falta de pruebas directas, que el marido o el concubinario es el padre del nacido por haberlo concebido. Se parte del nacimiento para considerar hijos del matrimonio, o del concubinato, aquellos que hubieren nacido dentro del matrimonio o del concubinato, y también se consideran hijos habidos del matrimonio o del concubinato, los nacidos dentro de los 300 días después de disuelto el matrimonio por muerte, divorcio o nulidad, o cese la vida en común en el concubinato.

⁸¹ Ibidem. p. 11.

9. Filiación matrimonial por disposición de la ley.

La ley establece en su artículo 340 y 341 del Código Civil para el Distrito Federal que la filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquéllas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.

“Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

Las consecuencias jurídicas del hecho biológico de la procreación se producen de manera concreta y particularizada respecto de determinadas personas (el padre y la madre con relación al hijo) cuando la filiación de éste es conocida, conforme a derecho. Es la filiación el presupuesto jurídico necesario, la *conditio sine qua non* para crear la situación jurídica de una persona como hijo de otra. Es también el elemento previo indispensable para conocer el estado civil de esa persona como miembro de una determinada familia. En este sentido, la filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, de donde deriva el parentesco; punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, que en su estructura sociojurídica es un complejo de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc. La filiación es consubstancial al concepto de persona en el sentido de que, siendo el estado civil un atributo de ésta, supone conocida la filiación de ella. “La filiación materna comúnmente es susceptible de conocerse mediante la prueba directa; puede, empero, ser desconocida en circunstancias excepcionales. Existen, pues, dos cuestiones íntimamente relacionadas en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho de la procreación y su prueba. En la filiación se encuentran comprendidos estos dos aspectos jurídicos.”⁸²

En relación a este punto, podemos decir que la filiación matrimonial por disposición de la ley, comprendía anteriormente (antes de derogarse el artículo 328 del Código Civil para el Distrito Federal del 25 de mayo del 2000), el caso

⁸² Ibidem. p. 11.

especialísimo de hijo que nació dentro de esos ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero que tampoco fue impugnado ejercitando el marido la acción contradictoria de paternidad, y sin que haya una declaración expresa en el Código Civil, como también ocurre en el Código Napoleón. A este hijo se le llama legitimado por Ministerio de la Ley. En cambio, a los otros hijos se les llama legitimados por reconocimiento expreso, debido primero al subsecuente matrimonio de los padres, y después a la declaración que directamente hagan reconociendo al hijo concebido o nacido antes de su matrimonio.

Esta legitimación que por Ministerio de Ley se imponía para ese hijo no reconocido, pero tampoco no impugnado, se regulaba en el ahora derogado artículo 328, que impedía al marido contradecir la paternidad, cuando el hijo nacía dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, cuando había un principio de prueba por escrito del cual se desprendiera el conocimiento que tuvo del embarazo de su mujer, o si reconoció después expresamente al hijo como suyo, o si presentó al hijo ante el Juez del Registro Civil para que se levantara el acta de nacimiento, aún cuando no aparecía firmada dicha acta, si se hacía constar que no sabía firmar, o finalmente, en los casos en que el hijo no naciera viable, pues entonces se entendía que el nacimiento prematuro fue debido no precisamente a que haya sido concebido antes del matrimonio, sino que siendo concebido después, no pudo ser capaz de vivir.

El artículo 338 establece: “La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción o sujetarse a compromiso en árbitros.”

En la actualidad de acuerdo con el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal que la ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación cualquiera que sea su origen.

CAPÍTULO 4

LA PRUEBA DE ADN COMO EL MEDIO IDÓNEO PARA COMPROBAR LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN NUESTRO DERECHO

El capítulo final del presente trabajo, tendrá como objetivo en base a los hechos y al derecho, demostrar la conveniencia de utilizar la prueba del ADN en la investigación de la maternidad y paternidad en nuestro derecho. Con lo señalado se pretende también difundir los beneficios de dicha prueba, ajustando el derecho a los avances de la tecnología en razón de que el Juez debe allegarse los medios necesarios para investigar la verdad de la controversia planteada.

Después de esta breve introducción, será conveniente hacer los siguientes comentarios y aportaciones jurídicas, biológicas y de hecho para solucionar lo planteado.

1. Análisis del artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para hacer el análisis del artículo 325 del Código Civil en comento, será oportuno citar el artículo 324 del ordenamiento citado y así tenemos que los numerales señalados, establecen lo siguiente.

“Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

“Artículo 325.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquéllas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”

En base a lo establecido en el artículo 325 en comento, podemos decir que la cuestión de legitimidad de acuerdo con Antonio de Ibarrola “depende de saber si el marido de la madre es el padre del niño. El código no admite la confesión de la madre porque ésta, por un acto de rencor o de venganza tratando de ofender a su marido puede simular un adulterio que nunca existió.”⁸³

La circunstancia de que un juicio sobre investigación de la paternidad se haya propuesto y seguido en la vía ordinaria civil, por tratarse de una

⁸³ DE IBARROLA, Antonio. Op. cit. p. 216.

controversia en donde priva un interés preponderante para el menor interesado, hace permisible la suplencia de la queja a favor de aquél, como lo dispone el artículo 76-Bis, fracción V, de la Ley de Amparo, que a su vez concuerda en lo que corresponde al Juez común con lo que estatuyen los artículos 940, 941 y 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a pesar de que estos numerales rigen para las controversias de orden familiar seguido en la vía ordinaria civil.

“Si el que reclama ser el padre del hijo de mujer que estaba casada con el tercero perjudicado al momento del nacimiento del menor, pide que se le reconozca la calidad de padre natural del hijo, alegando que la madre de éste se ha divorciado y se ha casado con él, viviendo en familia, en la que el menor recibe el tratamiento de hijo legítimo y, además, apoya su pretensión en la prueba inmunológica de Determinación de Antígenos de Histocompatibilidad, de alta certeza en el diagnóstico de la herencia genética, deben admitirse las pruebas que aporta, para que, de acuerdo con su correcta valoración, se resuelva respecto a la legitimación del promovente y el fondo de la litis, decidiendo si queda o no desvirtuada la presunción legal que establece el artículo 324 del Código Civil, a favor del excónyuge de la madre del menor, criterio que se apoya en lo dispuesto por los diversos artículos 63, 325 y 374 del mismo ordenamiento, con la consideración de que el legislador reconoce que la prohibición de investigación de la paternidad de hijo de mujer casada, admite excepciones, a las que se suma ésta que se contempla en la especie, apoyándose, para

establecer el criterio, en los valores que declara proteger el legislador, respecto de la familia, en la exposición de motivos al citado ordenamiento legal.”⁸⁴

En base al artículo 325 se puede decir que éste nos da la pauta o vértice a seguir en la procedencia de la prueba del ADN, porque establece que se deben ocupar el avance de los conocimientos científicos para probar la paternidad y maternidad.

2. Comentarios a los artículos 382, 385, 386 y 388 del mismo ordenamiento.

De acuerdo con lo establecido, el artículo 382 preceptúa lo siguiente.

“Artículo 382.- La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.”

“Solo la afiliación materna es la única susceptible de probarse directamente; el hecho del alumbramiento puede demostrarse con toda certidumbre con testigos en cambio la paternidad nunca deja de ser una

⁸⁴ GÜITTRÓN FUENTEVILLA, Julián Y ROIG CANAL, Susana. Op. cit. p. 129.

probabilidad. El hecho de la concepción escapa a toda prueba directa; nos conformamos con presunciones que no producen la certidumbre.”⁸⁵

“Si bien es cierto que existen medios para acreditar la paternidad de un hijo nacido fuera de matrimonio, no menos verdad es que cuando se actualiza la contumacia del demandado por no acudir al desahogo de las pruebas como la pericial en genética molecular para el desarrollo del estudio correspondiente, no obstante haber sido apercibido que de no presentarse sin causa justificada se tendrían por ciertas en su contra las afirmaciones de la actora, salvo prueba en contrario, sin haber impugnado dicho apercibimiento, su sola rebeldía provoca que éste se haga efectivo en términos del artículo 287 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, teniéndosele por confeso de la paternidad de hijo reclamada, máxime cuando el reo se desiste de las pruebas ofrecidas para demostrar su inocencia, incluso de la confesional a cargo de la actora.”⁸⁶

De la lectura del artículo en cita, se desprende que la utilidad de la prueba del ADN debe darse y hacerse con el propósito exclusivo, de averiguar la verdad, conocerla para así otorgar una adecuada resolución.

Por otro lado, podemos decir que el artículo 385 del Código Civil para el Distrito Federal en relación a la investigación de la maternidad y paternidad, establecen lo siguiente.

⁸⁵ SOTO, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002. p. 281.

⁸⁶ Ibidem. p. 282.

“Artículo 385.- Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.”

Del artículo citado, se puede prever que éste encierra desde nuestro punto de vista una inconstitucionalidad porque la ley debe ser general y no es igual para el hombre que estando casado, se le atribuye un hijo, la ley si concede la investigación de este a la paternidad, y no es así para con la mujer casada. El artículo citado, debe señalar que para el hombre y la mujer debe ser igual en la investigación de la paternidad o maternidad, porque existe constitucionalmente la igualdad del hombre y la mujer ante la ley.

El legislador, tratando de evitar la laguna del artículo antes citado establece en el numeral 386, lo siguiente.

“Artículo 386.- No obstante, lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal.”

Desde nuestro particular punto de vista, y con el propósito de tomar en cuenta lo establecido en el principio de igualdad del derecho la investigación de la maternidad y paternidad debe ser igual la comprobación para hombres y mujeres; pero eso sí, siendo más ejemplar y mayor la pena para el que incurre en

falsedad o difamación del que dice ser el padre o madre, atribuyéndole un estado familiar que no le corresponde.

Finalmente, el artículo 388 del ordenamiento civil citado en relación al tema que venimos abordando establece lo siguiente.

“Artículo 388.- Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.”

De la lectura del numeral citado, se desprende que en la actualidad se está menospreciando la utilidad e importancia de la prueba del ADN en la investigación de la maternidad y paternidad, razón por la cual, los legisladores, deben profundizar en dicha prueba, para sacar de ésta el mayor provecho posible en la aplicación del derecho.

En base a lo citado, será conveniente citar el siguiente comentario.

“Prueba de paternidad por estudio del ADN por el método de RPC (Reacción de Polimerasa en Cadena). La técnica de análisis del ADN conocida como Reacción en Cadena de Polimerasa ha sido aprobada por la Asociación

Americana de Bancos de Sangre como prueba de paternidad y es el método más certero para determinarla. Al evaluar el ADN de un individuo por la técnica de RPC (o cualquier otra prueba genética), se parte de la base de que todas las personas poseen dos marcadores genéticos: uno del padre y otro de la madre. Al practicar el examen, lo primero que se observa es la presencia del marcador materno en el hijo. El marcador genético faltante procede del padre biológico. Si el marcador genético faltante corresponde al pretendido padre, entonces éste no será excluido con este sistema. Para determinar la paternidad, o la exclusión de ella, se deben realizar por lo menos dos estudios del ADN utilizando sistemas diferentes, con lo que puede llegarse a un resultado con un porcentaje de confiabilidad mayor al 99%.”⁸⁷

En México existen varios laboratorios que reciben muestras para la práctica de la prueba mediante la técnica de RPC, pero los exámenes son practicados en el extranjero, lo que supone que los dictámenes periciales deberán ser ratificados por los expertos ante fedatario público, para después ser traducidos y legalizados por las autoridades mexicanas, a efecto de que puedan ser admitidos como prueba en juicio.

Como podemos ver será tarea de abogados, legisladores, juzgadores y médicos profundizar en dicha prueba, en razón de la utilidad y diligencia de la misma, para estar acordes el derecho y legislación con los cambios tecnológicos

⁸⁷ ARRATÍBEL SALAS, Luis Gustavo, HUBERT OLEA, Francisco José. Código Civil para el Distrito Federal, Comentado, Concordado y con Tesis de Jurisprudencia. T.I. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 305.

que se están viviendo en los inicios del siglo XXI, porque cuando los medios ordinarios o ya conocidos no sean suficientes en el esclarecimiento de la verdad, deberá recurrirse a todos los medios posibles para ello.

3. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación a la investigación de la maternidad y paternidad en la prueba de ADN ha establecido lo siguiente.

“PATERNIDAD INVESTIGACIÓN DE LA. PRUEBAS APTAS EN EL EJERCICIO DE ESA ACCIÓN. Fundada la acción de investigación de la paternidad en lo dispuesto por el artículo 382, fracción IV, del Código Civil, que contempla el caso de que el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre, ello se surte por medio de fotografías que revelan, apreciadas con sentido humano, que el comportamiento del demandado con la madre del menor y con este mismo, no es el que corresponde a lazos de amistad y compañerismo en el trabajo respecto a aquellos, sino a situaciones concordantes con los hechos en que se apoya la existencia del lazo de consanguinidad entre dicho menor y su pretendido ascendiente; y si a dicha prueba se añan determinados hechos aducidos por la actora y no desmentidos por el demandado, que son concordantes, dentro de lo posible, con la fecha del nacimiento del menor interesado, en su conjunto engendran la presunción humana sobre la certeza de la paternidad que se investiga.”

(Amparo directo 4703/95. Ponente: José Becerra Santiago. Novena Época. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo II. Octubre de 1995. Tesis I.3o.C.50 C. Página 590).

De lo anterior se puede decir que se refiere a los medios ordinarios de prueba que no son suficientes en muchos de los casos para acreditar biológicamente la maternidad ni la paternidad, es por ello que ante dichas deficiencias o falta de certeza de éstas, se debe dar paso a las pruebas que los avances científicos pudieran ofrecer al respecto.

“PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN. Cuando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no haber actuado así, su comportamiento constituye una violación al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitirá al Juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad.” (Amparo directo 1335/97. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Novena Época. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VIII. Julio de 1998. Tesis II.2o.C.99 C. Página 381).

Nuestro máximo tribunal, por medio de sus Magistrados se ha dado cuenta de la importancia de dicha prueba, y ha emitido dicho criterio es por ello que,

consideramos que debe profundizar en este tema para buscar los medios idóneos para el desahogo de la prueba pericial en materia de genética. “En base a ello podemos decir que desde finales del siglo pasado y durante las primeras décadas del presente, los bioquímicos centraron su atención en las sustancias que componen la materia viva y en los procesos que regulan su desarrollo. Sus investigaciones iban sacando a la luz moléculas cada vez más largas, proteínas con las más variadas misiones en el organismo. Al final resultó que todo él estaba compuesto por estas unidades químicas elementales, esa especie de ladrillos que sustentan su estructura y le confieren sus peculiares características. Para 1960 se sabía que el ADN era el componente principal de los cromosomas.”⁸⁸

El ácido desoxirribonucleico es una molécula delgadísima y kilométrica, una especie de filamento enrolladísimo que está formado en su mayor parte por cuatro bases.

Al principio se creía que se trataba de una repetición monótona de cuatro radicales químicos que se reiteraban constantemente. Así, se habían podido identificar sus elementos componentes pero todavía no se lograba descubrir su estructura.

“El ADN es una cinta que está formada por dos cadenas helicoidales compuestas de azúcares y fosfatos. En el modelo de Krick y Watson los puntos y las rayas equivaldrían a las bases incrustadas en esas cadenas. Asimismo, la naturaleza ha dispuesto un elemento más; cada una de las dos hélices con sus

⁸⁸ ARRATÍBEL SALAS, Luis Gustavo y HUBERT OLEA, Francisco José. Op. cit. p. 306.

bases adosadas puede servir para reconstruir la totalidad en función de su simetría especular.”⁸⁹

El ácido desoxirribonucleico en efecto tiene una conformación de doble hélice enrollada alrededor de un mismo eje imaginario, formada por unidades alternas de azúcar y fosfato que se enroscan paralelamente una frente a otra y que además quedan unidas cada cierto espacio, formando así una especie de escalera tridimensional de caracol por escalones que empalman las dos hélices ya que a cada molécula de azúcar se le une una base púrica o pirimídica cuyos planos son perpendiculares al eje imaginario central y a las que se les puede comparar con escalones que unen los dos ejes.

“En el ADN hay solamente cuatro bases: dos púricas, derivadas de la purina: la adenina (A) y la guanina (G); y otras dos pirimídicas, derivadas de la pirimidina: la timina (T) y la citosina (C). Cada escalón está compuesto por una base púrica y otra pirimídica, pero relacionadas siempre del mismo modo y que dejan solamente cuatro posibilidades si se leen en la misma dirección (izquierda-derecha o derecha-izquierda): AT, GC, TA, CG. De esta manera si conociéramos las bases que están a la izquierda podríamos deducir las que se encuentran a la derecha.”⁹⁰

Actualmente se conocen hasta los últimos detalles de la estructura del ADN, inclusive se ha determinado que cada 36 grados de la hélice sale un escalón, de tal forma que cada 10 escalones se repite la estructura.

⁸⁹ FLORES TREJO, Fernando. Op. cit. p. 211.

⁹⁰ Ibidem. p. 212.

“En una célula humana normal el ADN presente en su núcleo que es de tamaño microscópico tiene una longitud de aproximadamente 1.74 metros. Esta longitud asombrosa está repartida en 46 cromosomas que contienen lo que se calcula entre 60,000 y 70,000 genes.”⁹¹

“Para ilustrar la inconmensurable riqueza potencial de la información del material hereditario del ADN se puede establecer que si a cada escalón pudiera compararse con una letra, el mensaje que contiene el ADN humano sería el equivalente a un libro con unos 500 millones de letras, es decir, mayor del contenido de 150 volúmenes de mil páginas cada uno.”⁹²

Ahora bien, la estructura del ADN del ser humano no es la más compleja ni la que supera a los demás vivientes, ya que algunos anfibios urodelos tienen una cantidad de ADN por célula más de treinta veces superior a la de los seres humanos.

“Si se amplificara el tamaño del núcleo de una célula humana hasta diez centímetros, entonces contendría en su interior una especie de cinta telegráfica estrechísima de longitud equivalente a la del eje terrestre, es decir, unos 15,000 kilómetros. Por eso se habla de un superenrollamiento que incluiría repartidos en 46 fragmentos, los cromosomas, que contendrían en sí el material de toda esa biblioteca y en el que habría además proteínas y otros elementos constitutivos del núcleo.”⁹³

⁹¹ FOLGARAIT, Alejandro. Op. cit. p. 219.

⁹² Ibidem. p. 220.

⁹³ Idem.

Para culminar este inciso, diremos que día a día la utilización de la prueba pericial en materia de genética (ADN) se está utilizando con mayor frecuencia a tal grado que dentro de poco se hará indispensable en la investigación de la maternidad y paternidad, debiendo estar preparados, médica, jurídica y socialmente ante tal hecho.

“PATERNIDAD, INVESTIGACIÓN DE LA. NO ES NECESARIO QUE SE DEMUESTREN LAS RELACIONES SEXUALES ENTRE LA MADRE Y EL PRESUNTO PADRE. La prueba de que los contendientes hayan sostenido relaciones sexuales no es imprescindible para pronunciarse sobre la paternidad, pues por la intimidad y por el secreto que suelen rodear a los momentos y lugares en que se producen, es muy difícil, si no imposible, demostrarlas. Ahora bien, frente a este obstáculo, se encuentra un ser humano en cuyo bienestar tienen interés la sociedad y el Estado, de aquí que, para averiguar la verdad, es válido recurrir a otros medios, contemplando la realización de ciertos hechos o actitudes, cuyo enlace más o menos lógico y natural permita conocer quién es el autor de la paternidad controvertida. Si la prueba de que existió contacto carnal fuere condición indispensable para pronunciarse sentencia, en gran número de casos la acción de la justicia quedaría paralizada y el hijo no deseado, se vería condenado, sin tener culpa, a perder el derecho de ser reconocido y protegido por quien irresponsablemente participó en el evento de su concepción.” (Amparo directo 1962/85. Ponente: Mariano Azuela Güitrón, Séptima Época. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo 217-228. Cuarta Parte. Página 234). Nota: En la publicación original la tesis del asunto 1962/85, aparece bajo el rubro: **“PATERNIDAD. INVESTIGACIÓN DE LA, NO ES NECESARIO QUE SE DEMUESTREN LAS RELACIONES SEXUALES.”**)

La tesis citada, es clara en cuanto a que el derecho no debe estancarse o anquilosarse en el esclarecimiento de la verdad debiendo utilizar al respecto

todos los medios suficientes para conocer la verdad de los hechos controvertidos, es por ello que la prueba del ADN, debe perfeccionarse y adecuarse a nuestra realidad jurídica y social.

4. La prueba de ADN como el medio idóneo para la investigación de la maternidad y paternidad.

El nuevo Código Civil terminó con las hipótesis, historias, incongruencias, argumentos absurdos y los cuentos, al darle actualidad a la genérica humana y a la biología molecular, ordenando que ante la imposibilidad de demostrar quién es el padre o la madre en su caso, del hijo cuya filiación esté en conflicto, de acuerdo al nuevo artículo 325, debe atenderse a que contra las presunciones, se pueden ofrecer las pruebas que el avance de los conocimientos científicos, pudiera ofrecer. En este caso, evidentemente, hay una referencia a la prueba señalada.

La prueba del ADN, viene a dar la nueva pauta en el Derecho Familiar y en la filiación. Se han abrogado los preceptos de los hijos fuera de matrimonio, de raptó, estupro, violación y otros supuestos, que ya resultan absurdos para determinar la seguridad jurídica y la filiación de un menor. El nuevo artículo 382 del Código Civil, destaca que la paternidad y maternidad, pueden probarse por cualquier medio ordinario e incluso, textualmente dice: “La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la

muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.” “El legislador ha recogido incluso los preceptos de presunción, para que apercibida la otra parte, al negarse a proporcionar la muestra, se le imputarán los hechos de ser el padre o la madre. Para conocimiento general, para hacer la prueba del ácido desoxirribonucleico, se requiere solamente un exudado bucal, una muestra de saliva en un laboratorio especializado, para determinar el ADN, en relación al menor y así establecer la filiación, en su caso. Igualmente, desaparecieron los supuestos de tener principios de pruebas escritos y otros, ante la contundencia de la prueba de biología molecular.”⁹⁴

Es importante subrayar que la filiación es determinante para los derechos en la herencia, de ahí que la prueba del ADN es trascendente, incluso en supuestos en que el autor de la sucesión hubiere muerto, porque la huella digital genética del *de cujus*, del muerto, se conserva por muchos años y de ser necesario, se exhuma y se puede comparar el ADN del muerto, con el del supuesto hijo o hija, para comprobar la filiación. Así ha ocurrido en un hecho reciente, en el cual una persona asumía ser hijo de una cantante famosa; finalmente, después de un litigio tortuoso, se hizo la prueba y el ADN comprobó que la persona que lo sostenía, no fue su progenitora.

“Resultan ya obsoletas, las hipótesis que vienen desde el Código Napoleón y que siguen vigentes, que por ejemplo, en los supuestos de presunción de hijos de matrimonio, se admita como prueba, que demuestre el hombre, que

⁹⁴ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Op. cit. p. 233.

físicamente habría sido imposible tener relaciones sexuales con su cónyuge en los 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento. Aquí inicia la admisión del ADN, porque al final de este precepto, se dice que también se admite la prueba que el avance de conocimientos científicos pueda ofrecer. Esta hipótesis de hijos de matrimonio, es rebatible con la prueba del ADN. La ley ordena que esta investigación, en el caso específico de la paternidad, se puede realizar en cualquier tiempo, sobre todo a quien perjudique la filiación y admite como excepción, que esto no procederá, si el cónyuge consintió expresamente en que se aplicaran métodos de fecundación asistida a su cónyuge.”⁹⁵

En el caso de que el padre sea quien impugne la paternidad, la ley le da 60 días a partir de que haya tenido conocimiento del nacimiento del hijo, que según él alega, no es suyo. Pasando este lapso, la situación se consolida y el hijo será de este sujeto.

La ley dispone que debe hacerse una demanda formal, para desconocer la paternidad y que la impugnación de la paternidad o maternidad, éste supuesto último es agregado, porque antes se refería sólo al hombre, ahora, incluye a la mujer le dan el derecho de audiencia y la garantía de legalidad al padre, a la madre, al hijo o a la persona que está siendo impugnada y si es menor, tendrá que ser por medio de un tutor interino o en todo caso, que el Juez Familiar considere el interés superior del menor.

⁹⁵ Idem.

En este mismo tenor, debe destacarse que en virtud de que el Derecho Familiar es de orden público, la ley prohíbe que haya pacto sobre la filiación. Así se establece que por ser una relación entre el padre o la madre y su hijo, para originar la familia, no puede ser materia de convenio entre ellos, ni de transacción o sujetarse a compromiso en árbitros, la calidad de la filiación. Aquí cabe un comentario adicional, porque la voluntad de dos personas, hablando de las sociedades de convivencia, no es suficiente para crear una relación familiar y aquí contestamos, que ni siquiera se puede someter a un arbitraje o a una conciliación.

5. Razonamientos jurídicos y sociales para que la prueba de ADN, sea el medio idóneo para comprobar la maternidad y paternidad en nuestro derecho.

La biología molecular, la genética humana, los avances científicos, vienen en auxilio del Derecho Familiar, específicamente de la familia y sus miembros, para que a través de la prueba del ácido desoxirribonucleico, a eso se refieren las iniciales señaladas, determine quién es el padre y la madre del hijo o de la hija. “El ADN tiene un margen de error muy remoto, en matemáticas se representa como 0.0000000000000000000009 (cero punto veintiún ceros nueve), para que con esa certeza, se sepa quien es el padre y la madre y además, si ese hijo o hija, corresponden a esa pareja, o a uno de ellos, porque podría darse el supuesto de que la señora esté casada, tenga un hijo con otra persona y el ADN

así demuestre que su esposo no es el padre. Esto que parece una fantasía, se convierte en realidad con las pruebas de genética molecular citadas.”⁹⁶

En la actualidad, desde el punto de vista jurídico, la primera regla que da el Código Civil para el Distrito Federal es la contenida en el artículo 340 cuando dispone que, “la filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.”

La segunda regla, ya se comentó, y es la que se establece en el Código Civil en su artículo 341, cuando dispone que, “a falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquéllas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado de éste, deberá tomarse la prueba.”

La tercera regla para probar la filiación es la apariencia de estado de descendiente, a la cual se refiere el Código Civil en su artículo 343, que ya fue comentado, artículo que, aunque se dice que se refiere a la posesión de estado

⁹⁶ FLOGARAIT, Alejandra. Op. cit. p. 301.

de hijo, en verdad se refiere a la apariencia de posesión de estado de hijo. Este artículo dice que, “si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos.
- II. Que al padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y
- III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.”

El contrato de matrimonio confiere al descendiente, la presunción, por razón de la filiación, de serlo de los otorgantes del contrato:

- a) Si nace dentro de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.
- b) Si nace después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.
- c) Si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Como se puede observar, los avances de la biología han llevado a una serie de situaciones jurídicas que ponen en jaque a las ideas tradicionales sobre la concepción de una criatura. Antes se suponía que para que una mujer quedara

preñada, necesariamente tenía que tener una relación sexual con un hombre; luego con la aparición ya reconocida de la inseminación artificial en seres humanos se eliminó esa idea, aunque estuviera a cientos y miles de kilómetros de distancia el hombre al cual se le atribuye el embarazo, y precisamente por ello es interesante conocer estas técnicas biológicas modernas, que dan al traste con disposiciones jurídicas añejas. Así por ejemplo el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal determina una serie de presunciones sobre cuándo un descendiente se presume es de los matrimoniados, pero en el artículo 325 se determina que:

“Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquéllas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”

Y ahora cabe plantearse la cuestión de si ¿se podrá aducir por el varón que no tuvo acceso carnal a su mujer por estar a miles de kilómetros de distancia, para impugnar la paternidad de un descendiente que se le atribuye, pero la esposa demuestra que si bien es cierto que no tuvo el marido ese acceso durante el lapso que marca la ley, sí recibió ella debidamente preparado el semen de su esposo, y fue así teleinseminada? Como se ve hay normas que entran en crisis con los avances de la biología, y aquí en especial en materia de filiación.

Otra forma de establecer la filiación, es por medio del cumplimiento del deber de reconocer al descendiente, y así el Código Civil en su artículo 360 dispone que, “la filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.”

Si el reconocimiento se hace por el padre, por la madre, o por ambos en el mismo acto, se aplican estas reglas:

- a) El reconocimiento hecho por uno de los dos progenitores surte efecto sólo respecto de él, y no respecto del otro.
- b) Este reconocimiento sólo se podrá hacer cuando la madre y el padre tengan la edad requerida para contraer matrimonio, más la edad del descendiente que va a ser reconocido.
- c) Puede reconocerse al descendiente que ya murió, si dejó descendientes a su vez. En este caso, el que reconoce no tiene derecho a heredar por intestado del reconocido ni de los descendientes del mismo, ni derecho en su caso, a recibir alimentos de ellos.
- d) Cuando el padre y la madre reconozcan separadamente a un descendiente, si revelan quién es, según dicen ellos, la persona con la cual fue habido, o exponen circunstancias con las cuales pueda suponerse quién sea esa persona, el funcionario ante quien se haga el reconocimiento, no deberá de asentar tales indicaciones.

- e) Si la madre y el padre no vivieran juntos pero reconocen en el mismo acto al descendiente, convendrán cuál de los dos tendrá la custodia y en dónde habitará el reconocido.
- f) Si el padre y la madre no vivieran juntos, y verifican el reconocimiento en momentos diferentes, el primero que haya realizado el reconocimiento tendrá la custodia y habitará con el reconocido, salvo pacto en contrario.

Estos son las principales hipótesis de reconocimiento de un descendiente para crear la filiación.

La penúltima de las formas de integrar la filiación, es por medio de una sentencia judicial que cause ejecutoria, y a ella se refiere el ya transcrito artículo 360 en su última parte, así como en el artículo 369, que en su fracción V determina que, “el reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:

V.- Por confesión judicial directa y expresa.”

Tal sucede cuando se demanda el reconocimiento de la paternidad por un creaturo, y después de ser emplazado a juicio el supuesto padre, se ofrecen pruebas suficientes para que el Juez Civil de lo Familiar dicte sentencia condenatoria, o bien durante el procedimiento el demandado confiese directa y expresamente que es el progenitor del demandante.

La adopción, es la última forma por la cual puede realizarse el reconocimiento de un descendiente para crearse la filiación.

Después de este breve recordatorio jurídico, consideramos que el Derecho Mexicano, en especial el civil y familiar debe estar acorde a los cambios que la tecnología debe tener, aunque en el Código del año 2000, en materia civil ya se prevé o se cita la prueba biológica pericial no se nombra de manera específica, como ADN, siendo que ya se está practicando, aportando beneficios al derecho y a la sociedad en general sobre el esclarecimiento de la maternidad y paternidad.

Para lograr lo anterior será necesario adicionar los artículos 325 y 382 del Código Civil para el Distrito Federal donde se señale que la prueba de ADN será el medio idóneo para comprobar la maternidad y paternidad en nuestro derecho, dichos preceptos deberán quedar de la siguiente manera.

Artículo 325. Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, **así como el resultado que arroje la prueba de ADN practicada a los padres.**

El artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal deberá adicionarse de la siguiente manera.

Artículo 382. La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. **La prueba de ADN será el medio biológico idóneo para acreditar dicha filiación. Si el progenitor se negare a proporcionar la prueba necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario que es la madre o el padre.**

En la actualidad el Derecho Mexicano está rezagado en comparación a los cambios tecnológicos y los medios vigentes o tradicionales existentes para comprobar la maternidad y paternidad, son obsoletos, máxime que la mayoría de estos se perfilan a la investigación de la paternidad y no de la maternidad siendo que, con una adecuada regulación jurídica, médica y administrativa de la prueba pericial del ADN, este, puede convertirse en el medio idóneo para comprobar la maternidad y paternidad en nuestro derecho, ya que su margen de error, es mínimo.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La prueba de ADN está cobrando auge en lo que a investigación de la maternidad y paternidad se refiere, en países como España y Estados Unidos de Norteamérica entre otros. En razón de lo anterior, dicha prueba debe tener una mejor regulación en el Código Civil para el Distrito Federal, con el propósito que el Juzgador cuente con los medios suficientes para llegar al esclarecimiento de la verdad.

SEGUNDA. Los tradicionales métodos de comprobación de la maternidad y paternidad en nuestro derecho han ido estancándose y día a día, de acuerdo a los avances científicos se hacen obsoletos y faltos de aplicación; es por ello que nuestros legisladores y Juzgadores deben dar paso a nuevas pruebas que aporten certeza y seguridad jurídica a las partes contendientes.

TERCERA. En España y en otros lugares del mundo la admisión de pruebas biológicas en materia de investigación de la maternidad y paternidad ha venido cambiando por el devenir histórico y de acuerdo a las necesidades de la sociedad. Nuestro derecho no debe ser la excepción máxime que hay calidad humana profesional y legislativa para darle cabida a los avances científicos y regularlos adecuadamente.

CUARTA. La filiación, es el vínculo que se establece entre padre e hijo y entre éste y la madre, surgiendo de ahí la filiación consanguínea.

Q U I N T A. Las acciones que pueden ejercitarse respecto de la filiación de un hijo de matrimonio básicamente son desconocimiento o contradicción de la paternidad.

S E X T A. En base a los avances científicos proponemos se regule en el Código Civil para el Distrito Federal la prueba de ADN, como el medio idóneo para acreditar la maternidad y paternidad.

S É P T I M A. El Código Civil para el Distrito Federal y el Procesal Civil correspondiente, deben regular adecuadamente tal prueba con el propósito de no dejar en estado de indefensión a las partes contendientes señalándose que dicha prueba será obligatoria para las partes contendientes cuando el Juez así lo determine.

O C T A V A. Con la utilización en la práctica de la prueba de ADN se agilizaría el trabajo en los tribunales sobre la investigación de la maternidad y paternidad e incluso se hará efectivo el principio de protección a los integrantes de la familia y a los menores en general como lo establece el Derecho Familiar.

N O V E N A. Para lograr que la prueba de ADN sea el medio idóneo de acreditar la maternidad y paternidad en nuestro derecho se propone se adicionen los artículos 325 y 382 del Código Civil para el Distrito Federal los cuales quedarán de la siguiente manera.

Artículo 325. Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón

haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, **así como el resultado que arroje la prueba de ADN practicada a los padres.**

D É C I M A. El artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal deberá adicionarse de la siguiente manera.

Artículo 382. La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. **La prueba de ADN será el medio biológico idóneo para acreditar dicha filiación. Si el progenitor se negare a proporcionar la prueba necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario que es la madre o el padre.**

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A. La Filiación. 3ª edición, Editorial Bosch, España, 1996.

AZUARA PÉREZ, Leando. Sociología. 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. 3ª edición, Editorial Oxford, México, 2003.

BARROSO FIGUEROA, José. Estudios Jurídicos en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar. 2ª edición, Editorial Cárdenas editor, UNAM, México, 1997.

BEGAÑA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María. La Filiación Matrimonial. 3ª edición, Editorial Tecnos, España, 1996.

BELLUSCIO, César Augusto. Derecho de Familia. T.III. 6ª edición, Editorial Depalma, Argentina, 2000.

BONNECASE, Julián. Tratado de Derecho Civil. 2ª edición, Trad. De José María Cajica, Editorial Cajica, Puebla, México, 1990.

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. La Familia como factor de Adaptación o de Desadaptación Social. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. 2ª edición, Editorial Ángel Editor, España, 1990.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

CHÁVEZ HAYHOE, Salvador. Naturaleza Jurídica del Derecho. 2ª edición, Editorial Trillas, México, 2000.

CICÚ, Antonio. El Derecho de Familia. 2ª edición, Editorial Bosch, España, 1990.

DE GENNES, Gerad. El Desarrollo Científico en la Actualidad. 2ª edición, Editorial Imagen Editorial. España, 2002.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996.

DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZON JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

FLORES TREJO, Fernando. Bioderecho. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

FLORÍS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. 10ª edición, Editorial Esfinge, México, 1996.

FOLGARAÍT, Alejandra. Manipulaciones Genéticas. 2ª edición, Editorial Grupo Norma, Argentina, 2001.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. 3ª edición, Editorial UNACH, Chiapas, México, 2001.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés. 3ª edición, Trad. De José María Cajica, Editorial Cajica, Puebla, México, 1990.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.II. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. 3ª edición, Editorial Ángel Editor. Italia-México, 1990.

SOTO, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS 2 edición, Editorial Sista, México, 2005.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL 3ª edición, Editorial Sista, México, 2005.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL 2ª edición, Editorial Sista, México, 2005.

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. 3ª edición, Editorial Temis, España, 2003.

LEY GENERAL DE SALUD 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

ARRATÍBEL SALAS, Luis Gustavo, HUBERT OLEA, Francisco José. Código Civil para el Distrito Federal, Comentado, Concordado y con Tesis de Jurisprudencia. T.I. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua. T.III. 2ª edición, Editorial Milenio, México, 2003.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T.III. 10ª edición, Editorial Dris-Kill, Argentina, 1998.

Enciclopedia Médica del Hogar. 2ª edición, Editorial Salvat, México, 2000.

OTRAS FUENTES

<http://www.lapruebadeadnenespaña.com.mx>

<http://www.lapruebadeadnenelderechocomparado.com.mx>

<http://www.lapruebadeadnenloseu.com.mx>

<http://www.lapruebageneticadeladnenloseu.com.mx>