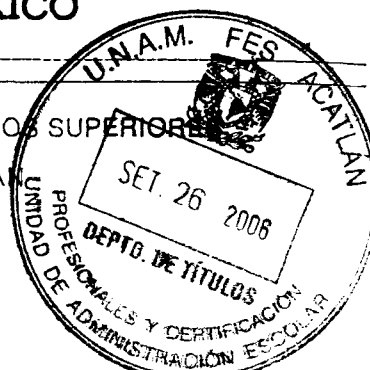




UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ACATLÁN



PROPUESTA DE REFORMA A LA INVESTIGACIÓN DE LA
PATERNIDAD EN HIJOS NO RECONOCIDOS EN EL CODIGO
CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE MEXICO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ALFREDO DEVIANA SALAZAR

ASESOR DE TESIS: LIC. JORGE SERVIN BECERRA

AGOSTO DE 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

A DIOS

Por permitirme llegar a este momento.

A MI MADRE

María Nieves Salazar Reyes

Por todo el apoyo y cariño incondicional que me has dado a mi y a mis hermanos. muchas gracias mamá.

A MIS HERMANOS

Luís, Elizabeth y Ana

A MIS SOBRINOS

Guadalupe, Dulce, Fernanda, Iván y Luís

A LA UNAM

Nuestra Máxima Casa de Estudios.

A LA FACULTAD DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLÁN

Í N D I C E

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS	2
INTRODUCCIÓN	5

CAPÍTULO 1.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS SOBRE LA FILIACIÓN.

1.1. Roma	7
1.2. Francia	12
1.3. España	22
1.4. Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 y 1884	34
1.5. La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917	40
1.6. Códigos Civiles para el Estado de México de 1937 y 1956	44

CAPÍTULO 2.

DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN EN GENERAL.

2.1. Concepto	49
2.2. Las clases de filiación	51
2.2.1. Matrimonial	54
2.2.2. Extramatrimonial	57
2.2.3. Civil	63
2.2.4. Artificial	69
2.3. La protección constitucional de los niños	78

CAPÍTULO 3.

LA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE MÉXICO.

3.1. Plazos para establecer la paternidad y maternidad	83
3.2. De las pruebas para establecer la filiación matrimonial	89
3.3. La posesión de estado de hijo de matrimonio	93

3.4.	La acción de desconocimiento de paternidad	96
3.5.	La acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio	99

CAPÍTULO 4.

LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DE EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE MÉXICO.

4.1.	La filiación por reconocimiento voluntario	102
4.2.	Los medios de reconocimiento de hijo previstos en el artículo 4.168 del Código Civil del Estado de México	106
4.2.1.	En el acta de nacimiento o en la de reconocimiento ante el Oficial del Registro Civil	108
4.2.2.	En escritura pública	110
4.2.3.	En testamento	112
4.2.4.	Por confesión judicial expresa	114
4.3.	El reconocimiento hecho por el menor	117
4.4.	La acción de contradicción de reconocimiento voluntario	119
4.5.	Los efectos y consecuencias jurídicas del reconocimiento	121

CAPÍTULO 5.

PROPUESTA DE REFORMA A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE MÉXICO.

5.1.	La acción de investigación de la paternidad	124
5.2.	Los casos autorizados para investigar la paternidad previstos en el artículo 4.175 del Código Civil del Estado de México	130
5.3.	Análisis de las principales pruebas biológicas provenientes del avance científico para investigar la paternidad	135
5.4.	Efectos jurídicos de la negativa a someterse a la prueba biológica por parte del presunto progenitor	148
5.5.	La necesaria reforma al artículo 4.175 del Código Civil vigente del Estado de México	158

CONCLUSIONES	164
---------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	166
---------------------	-----

INTRODUCCIÓN.

La filiación, institución propia del Derecho de familia, desde tiempos pasados es objeto de regulación, ya que reviste una importancia fundamental para la familia, pues cuando un hombre y una mujer deciden unirse en matrimonio a los hijos nacidos de esta pareja el ordenamiento jurídico los protege con el establecimiento de una presunción que sostiene que los hijos nacidos de la mujer casada son también hijos de su esposo, por lo que, los hijos nacidos dentro del matrimonio, por lo general no tendrán que probar su filiación. En cambio, en la filiación extramatrimonial, es decir, los hijos nacidos de una mujer que no esta unida en matrimonio presentan una gran dificultad para establecer su filiación, sobre todo cuando no son reconocidos voluntariamente por alguno de los dos progenitores, comúnmente es el padre el que no reconoce, la madre regularmente reconoce y se hace cargo de toda la responsabilidad.

Sobre esto, el Código Civil vigente en el Estado de México dispone dos formas para establecer la filiación de los hijos extramatrimoniales; el primero, es el reconocimiento voluntario que haga el progenitor, por alguno de los medios que dispone el ordenamiento civil estatal, así por medio del reconocimiento voluntario el padre se hace responsable de su maternidad o paternidad y acepta todas las consecuencias jurídicas que ello acarrea, lo que debería ser la manera normal; sin embargo, cuando el progenitor, generalmente el padre, se niega a reconocer voluntariamente al hijo extramatrimonial éste último, su madre o su representante tendrán que iniciar un proceso, denominado por la ley, de investigación de la paternidad, esta será la otra forma de establecer la filiación extramatrimonial.

La investigación de la paternidad, que es el tema central del presente trabajo, es una de las instituciones que más discusiones suscitan a través del tiempo, por lo que iniciaremos nuestro primer capítulo con los antecedentes históricos y la evolución jurídica de la que es objeto la citada institución; en el capítulo segundo, analizaremos los tipos de filiación: matrimonial, extramatrimonial, adoptiva y la filiación artificial; es decir, la llevada a cabo por los modernos métodos inseminación y fecundación

artificial; por su parte, del capítulo tercero estudiaremos de una manera sucinta la regulación de la filiación matrimonial en el Código Civil del Estado, por otro lado, en el capítulo cuatro analizaremos una de las formas de establecer la filiación extramatrimonial, como es el reconocimiento voluntario.

Finalmente, en el capítulo cinco, proponemos una reforma a la investigación de la paternidad, concretamente una modificación al artículo 4.175 del Código Civil vigente del Estado de México, que consiste en establecer en los procesos de investigación de la paternidad una presunción, en el precepto anteriormente citado, en el sentido de que cuando se ofrezca por parte del hijo extramatrimonial alguna de las pruebas biológicas provenientes del avance científico y el probable progenitor se negare a proporcionar la muestra necesaria o no consintiera en su realización se presumirá que es la madre o el padre, salvo prueba en contrario.

En la actualidad y dado el gran avance de la ciencia ya es posible determinar mediante pruebas biológicas que una persona es hijo biológico del progenitor que se ha negado a reconocerlo, sobre esto, la prueba biológica que más aceptación tiene es la del ácido desoxirribonucleico (ADN), por ser una prueba más confiable y exacta para comprobar la paternidad que otras pruebas.

No obstante, que hoy en día la prueba biológica, sobre todo la prueba del ADN, constituye una prueba que posee alta certeza en la atribución de la paternidad, pero ante la negativa del probable padre de dar su consentimiento para la realización de la prueba biológica o para proporcionar la muestra necesaria, pues no se le puede obligar por la fuerza porque se conculcarían sus derechos humanos, parece que la prueba biológica pierde su eficacia por no poder realizarse, sobre esto, revisaremos la jurisprudencia 1ª./J.17/2003 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, que al resolver una contradicción de tesis de dos Tribunales Colegiados de Circuito, sostuvo que la admisión y desahogo de la prueba pericial en genética, prueba del ADN, tienen una ejecución de imposible reparación susceptible de afectar derechos sustantivos de la persona designada para el estudio, criterio que no compartimos ya que impide a los hijos extramatrimoniales establecer su filiación.

CAPÍTULO 1.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS SOBRE LA FILIACIÓN.

1. 1. Roma.

En el presente capítulo iniciaremos con el estudio de la filiación en el Derecho romano, analizaremos en forma sucinta, como estaba estructurada la antigua familia romana, posteriormente las clases de parentesco, continuaremos con la filiación y la clasificación que hace el ordenamiento jurídico romano de los hijos nacidos fuera de las *justae nuptiae*; es decir, los limitados derechos que tenían los hijos nacidos de un concubinato, y las demás categorías de hijos ilegítimos los cuales no gozaban de ningún derecho.

Es importante también destacar que algunas de las reglas o principios del Derecho romano concernientes a la filiación serán adoptados por legislaciones posteriores.

La familia romana estaba estructurada bajo la autoridad del esposo –era eminentemente patriarcal-, la esposa tenía un lugar secundario en el hogar. Además a las personas integrantes de la familia romana se les dividía en dos clases: los *alieni juris* y *sui juris*. Las personas llamadas *alieni juris* estaban sometidas a la autoridad del jefe de familia, los denominados *sui juris* eran las personas que estaban libres de toda autoridad, era el *paterfamilias*, quien era el único *sui juris* en la familia romana.

“El centro de toda *domus romana* es el *paterfamilias*, quien es dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los *iura patronatus* sobre los libertos. Tiene la patria potestad sobre los hijos y nietos, y muchas, veces, como veremos, posee mediante las *manus* un vasto poder sobre la propia esposa y las *nueras casadas cum manu*. Además, es el juez dentro de la *domus*, y sacerdote de la religión del hogar. Como una especie de “monarca doméstico” puede imponer

inclusive, la pena de muerte a sus súbditos, ejerciendo el terrible *ius vitae necisque*.”¹

En Roma el *paterfamilias* era la única persona verdadera, puesto que tenía capacidad de goce y de ejercicio, además los demás miembros de la familia son dependientes de él y se desarrollan en la vida jurídica por conducto de su persona.

Expondremos a continuación la forma en que los antiguos romanos clasificaban el parentesco. El Derecho romano clasifica el parentesco en natural o *cognatio*, y el parentesco *agnatio* o civil, asignando diferentes consecuencias jurídicas, sobre todo, al parentesco *agnatio*.

El parentesco por *cognación* es el vínculo de sangre o natural en el sentido actual, constituido por la descendencia de un autor común, hombre o mujer. “La *cognación* –*cognatio*– es el vínculo de sangre que une a las personas descendientes unas de otras (línea recta) o que descienden de un mismo autor común (línea colateral), sin distinción de sexo.”²

En el Derecho de familia moderno este tipo de parentesco constituye la familia, pero en el Derecho romano es totalmente diferente. Los que tienen sólo calidad de *cognados*, no son parte de la familia civil, para ser parte de esta última hay que contar con el parentesco de *agnado*. Es decir, la familia civil romana se compone de *agnados*, es el nexo que une a los parientes por línea masculina.

El parentesco por *cognación*, con el paso del tiempo, empieza a imponerse y triunfa finalmente sobre el parentesco por *agnación*, principalmente en la época del emperador Justiniano, desde entonces prevalece únicamente el parentesco por *cognación*.

El parentesco llamado *agnatio* es “el vínculo que une a los parientes por línea masculina; comprendía a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*, o que se encontrarían, si este no hubiese fallecido.”³El

¹ FLORIS MARGADANT S. Guillermo. *El Derecho Privado Romano, Como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26ª edic., Edit Esfinge S.A., México, 2002, p. 196.

² VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado*. 17ª. edic., Edit Porrúa S.A., México, 2001, p. 110.

³ *Idem*.

parentesco por agnación sólo se transmite a través de los hijos varones y pueden desenvolverse hasta lo infinito. El Derecho romano antiguo da importantes derechos a las personas que tienen el parentesco llamado agnatio.

Por otro lado, el Derecho romano vincula a la filiación diversas consecuencias, según que los padres estén unidos o no en *justae nuptiae*. La palabra filiación viene de *filius*, que significa hijo, y con ella se indica la relación de parentesco entre los hijos y sus padres. Con la filiación se establecen relaciones jurídicas entre los hijos y sus padres, derivadas de la concepción y el nacimiento.

En el ordenamiento jurídico romano se distinguen tres clases de hijos, los *liberi justii*, los naturales *liberi* y los denominados vulgo *concepti* o *espurii*; los primeros, son los hijos procreados dentro de las *justae nuptiae*; los segundos, son los hijos habidos dentro de un concubinato y los últimos son los hijos nacidos de una unión prohibida, no tenían ningún derecho, explicaremos enseguida cada categoría más ampliamente.

Los *liberi justii* son los hijos concebidos por personas unidas por *justae nuptiae* o *justum* matrimonio, es decir, el matrimonio legítimo, celebrado observando las reglas del Derecho civil de Roma, por consiguiente, estos hijos son los que gozan de todos los derechos inherentes a su condición de hijos nacidos de matrimonio, entre los que se citan están el adquirir el estatus *civitatis* que tenía el padre y, por tanto, la condición de hombre libre, el derecho a los alimentos y derechos de sucesión, por mencionar sólo algunos.

La filiación legítima se establece con relación a la madre por el sólo hecho del alumbramiento, los antiguos jurisconsultos decían: *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta), así el embarazo y el parto constituyen hechos naturales y perceptibles materialmente, y por consiguiente, también se decía que *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre).

Respecto a la paternidad, ante la imposibilidad de probarla directamente, los romanos recurrían a la presunción que establece que se considera hijo del marido, al nacido de su esposa, después de ciento ochenta y dos días, contados desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos días contados desde la

disolución de las *justae nuptiae*, esta presunción, como se verá más adelante, será aceptada y regulada por las legislaciones civiles modernas de diversos países.

Para el establecimiento de los plazos mínimo y máximo del embarazo de la mujer, los jurisperitos romanos habían seguido la autoridad de un famoso médico griego, a quien se le considera pionero de la medicina moderna, llamado Hipócrates. La presunción de paternidad es expresada con la frase: *pater is est quem nuptiae demonstrant* (padre es el que demuestran las nupcias). Esta presunción, como ya se comentó, será adoptada y regulada por los Códigos civiles modernos.

El esposo, no obstante, puede objetar la paternidad, presentando las pruebas, y no reconocer la paternidad que le atribuye la presunción, respecto al hijo que ha nacido, dentro de los plazos, de la mujer con la que está unido en *justae nuptiae*. Entre las principales pruebas a cargo del marido de la madre están: el de que no haya podido tener acceso carnal con la madre a causa de un viaje o por enfermedad.

El Derecho romano, al parecer, admite pruebas para la comprobación de la filiación legítima en caso de alguna controversia, aceptando que se puede comprobar mediante los registros públicos de nacimiento; por la acreditación de la posesión constante de estado de hijo legítimo, y la prueba testimonial.

Los llamados naturales *liberi*, con este término se designaba a los nacidos de la unión extramatrimonial no prohibida por la ley entre un hombre libre y una concubina. "Los romanos dan el nombre de *concubinatus* a una unión de orden inferior, más duradera, y se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas."⁴

Se trataba de una unión estable entre un hombre y una mujer, que viven como esposos y entre los que no existe el *connubium*; es decir, la aptitud legal para celebrar el matrimonio, para esto se requería ser ciudadano romano, o por otras causas no querían celebrar *justae nuptiae*.

Los naturales *liberi* pueden adquirir la calidad de hijos legítimos a través de la institución llamada legitimación. Esta institución tenía como objetivo el equiparar, a efectos jurídicos, los hijos nacidos de un concubinato con los nacidos de *justae nuptiae*. La legitimación se realizó de tres formas:

⁴ PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducción de José Ferrández González, 1ª. edic. Edit. Universidad. Bs. As., Argentina, 1999, p. 113.

1. El matrimonio subsiguiente de la madre con el padre. Cuando los dos concubinos transforman su unión en *justae nuptiae*, para que los *liberi naturales* fueran legitimados era necesario que hubiesen nacido de la unión de personas entre las cuales no hay ningún impedimento para contraer matrimonio, por lo tanto, los hijos adulterinos o incestuosos no podían ser legitimados. Esta forma de legitimación tenía efectos plenos, ya que el hijo adquiere el parentesco agnado en la familia civil del padre.

2. La oblación a la curia. Esta clase de legitimación fue establecida por Teodosio II y Valentiniano III, era posible después de la inscripción de los *liberi naturales* en la curia del lugar en donde tenían su domicilio o de su villa natal si era varón, y si era hija casándola con un decurión, esta forma de legitimación tenía efectos limitados.

3. Por *rescriptio* del príncipe. Esta forma de legitimar la autorizaba el emperador en el supuesto de ausencia de hijos legítimos. Se concedía por el emperador a los que le solicitaban, pero que no tuvieran hijos legítimos, y además les fuera imposible celebrar matrimonio con la madre de los hijos naturales.

Por su parte, los hijos denominados vulgo *concepti* o *espurii*, son los hijos nacidos de una unión pasajera e ilícita, estos eran: los *adulterini*, cuando el padre o la madre estaban unidos en matrimonio con un tercero en el tiempo de su concepción o nacimiento; los denominados *incestuosii*, que son los nacidos de una unión prohibida por vínculos de sangre, y los *espurii*, en sentido estricto, eran los hijos habidos con prostituta. Estos hijos están privados de todo derecho y no pueden ser legitimados, seguían la condición de la madre.

Otra forma de establecer la filiación legalmente era por medio de la adopción, en la cual se adoptaba a una persona *alieni juris*, sometida a la potestad de otro. "Esta institución puede definirse como el acto por el cual un extraño quedaba agregado a una familia romana sometiéndose a la patria potestad del pater, como hijo o como nieto. Mediante ella se introducía en la familia civil a personas que no tenían, por lo regular, ningún lazo de parentesco natural con el jefe."⁵También existía otra clase de

⁵ VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho Romano*. Curso de Derecho Privado. 17ª. Edic. Edit. Porrúa S.A., México, 2001, pags. 116 y 117.

adopción llamada adrogación, la cual consistía en que un paterfamilias adquiriera la patria potestad sobre otro paterfamilias.

Para concluir, respecto a la investigación de la paternidad, el ordenamiento jurídico romano, no desarrollo un proceso, en el que los hijos nacidos fuera de matrimonio, pudieran demandar ante los tribunales a sus presuntos padres y establecieran su filiación, por lo que fue desconocida esta institución.

1. 2. Francia.

Es importante el estudio de la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio y la investigación de la paternidad en el Derecho francés, puesto que el Código Civil francés de 1804 o Código de Napoleón tuvo influencia importante en este tema en la elaboración de numerosos códigos civiles de diversos países europeos y de América Latina en el siglo XIX.

En consecuencia, México no fue ajeno a esa influencia, sobre todo en lo que se refiere a la filiación extramatrimonial, es por eso que analizaremos a grandes rasgos, a manera de antecedentes históricos, lo concerniente a la investigación de la paternidad y las reformas posteriores que llevará a cabo el legislador francés, en esta materia, a su ordenamiento jurídico civil, para permitir, aunque limitadamente la investigación de la paternidad a favor de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

El Derecho civil francés hace la división tradicional de la filiación en: legítima y natural; establece también los modos de establecerla por medio de la adopción y de la institución llamada legitimación. Nuestro análisis será de la evolución histórica de que fue objeto la investigación de la paternidad en el ordenamiento jurídico francés.

La investigación judicial de la paternidad procede cuando el hijo natural, producto de una unión extramatrimonial no es reconocido voluntariamente por sus padres o uno sólo de ellos, en este supuesto, la ley le permite demandar ante los juzgados a quien señala como su supuesto padre.

Así, en el antiguo Derecho francés se permitía la libre investigación de la paternidad, pero en aquel tiempo los hijos habidos fuera de matrimonio no tenían ningún derecho hereditario, el único objeto de la investigación era obtener el derecho a una pensión alimenticia.

Durante aquella época eran frecuentes las acciones de investigación de la paternidad, muchas mujeres solteras, algunas de ellas sin escrúpulos, que querían un padre para su hijo, demandaban a los varones más ricos de la sociedad con los que habían tenido relaciones, se describe que esto dio lugar a procesos, en donde se comenta, que eran verdaderamente escandalosos.

"Cuando una mujer se declaraba encinta y señalaba a un hombre, como autor de su embarazo, se condenaba a éste, tan sólo con la afirmación de aquella mujer, a proveer, provisionalmente, a los gastos de gestación de la madre y al mantenimiento del hijo. De ahí la regla: "Virgini praegnanti creditur". Pero esta regla no resolvía la cuestión de filiación y la soltera que quería triunfar definitivamente, debía aportar pruebas serias de la paternidad del hombre a quien demandaba. Por lo menos teóricamente, la regla, "virgini creditur" no prejuergaba en cuanto al fondo."⁶

En efecto, esta regla tenía como requisito que la madre fuera soltera y que fuera su primer embarazo, ante la facilidad para condenar al supuesto padre, a los gastos de la gestación y del parto, esta situación derivó en un constante abuso, por lo que en Francia la investigación de la paternidad fue prohibida posteriormente. Ciertamente, esta acción fue proscrita por el Derecho revolucionario al otorgarle al presunto padre el derecho discrecional de reconocer voluntariamente, o no, al supuesto hijo, quedando, por tanto, el reconocimiento voluntario por parte del padre en la forma de establecer la filiación para los hijos naturales.

El Derecho revolucionario primeramente estableció la igualdad de derechos entre los hijos extramatrimoniales y los legítimos, otorgándole al hijo ilegítimo algunos

⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, T. II, Introducción, familia, matrimonio, Traducción del Lic. José M. Cajica jr., 2ª. edic., Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México. 1991. p. 189.

derechos sucesorios, pero posteriormente cambio su criterio temiendo que crecieran las demandas de investigación de la paternidad, infundadas e interesadas por parte de los hijos naturales, restableciéndose, por tanto, también la desigualdad entre los hijos naturales y los hijos legítimos.

Posteriormente el Código Civil francés de 1804, en su artículo 340, prohibió también la investigación de la paternidad, el citado precepto al respecto establecía: "Esta prohibida la investigación de la paternidad. En los casos de raptó, cuando la época de ese raptó se relacionare con la de la concepción, el raptor podrá ser declarado, ante la demanda de las partes interesadas, padre de esa criatura".

El argumento para mantener la prohibición en el Código Civil francés es que se temía al escándalo y al chantaje a que exponían este tipo de juicios, a los presuntos padres, además de perturbar la paz de las familias, se afirmaba, también, que no puede admitirse la investigación de la paternidad a favor de los hijos naturales, por la imposibilidad física de probarla, pues la concepción de un hijo constituye un hecho misterioso de la naturaleza; sin embargo, autorizaron la acción únicamente en el caso de raptó, cuando coincidiera el delito con la época de la concepción, que en la práctica tuvo escasa utilidad.

Respecto de la investigación de la maternidad natural, el Código Civil francés, fue un poco más flexible, pero sometiendo el proceso a medios de prueba rigurosos, el antiguo artículo 341 decía: "Esta admitida la investigación de la maternidad. El hijo que reclame a su madre estará obligado a probar que él es idénticamente el mismo que el hijo que ella dio a luz. No se permitirá que haga esa prueba por testigos, sino cuando hubiere ya un principio de prueba por escrito".

También resulta importante la clasificación que hacía el Derecho civil francés de los hijos naturales, pues establecía diversas categorías:

1. Los hijos naturales simples. Los hijos de padres entre los cuales no existía ningún impedimento para contraer matrimonio al momento de ser concebidos.
2. Los hijos incestuosos. Los hijos entre cuyos padres era imposible el matrimonio debido a que existe un vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad.

3. Los hijos adulterinos. Los hijos de padres que en el momento de su concepción, no podían casarse, por estar un progenitor en ese momento casado con un tercero.

La condición jurídica de los hijos incestuosos y adulterinos es inferior a la de los hijos naturales simples y sobre todo frente a los hijos legítimos, además el Código Civil francés impide a los hijos producto de una relación adulterina o incestuosa establecer su filiación por un reconocimiento voluntario o por una investigación de la paternidad o maternidad.

No obstante, la posición adoptada por el artículo 340, del Código Civil francés, que acogió el sistema prohibitivo de la investigación de la paternidad, no podía justificarse, fue criticado acremente, durante el siglo XIX, por escritores, moralistas, y diferentes personalidades de la sociedad de aquel tiempo, pues al padre no se le obligaba de ninguna forma y era madre la que tenía que cargar con toda la responsabilidad.

"La irresponsabilidad absoluta del padre natural era una prima para el desenfreno y el libertinaje, así como la causa principal del aumento creciente del número de los hijos naturales. Nada más justo que obligar al padre natural a los pesados sacrificios que se imponen a los padres legítimos, para la educación de sus hijos. Los literatos, filósofos, economistas afiliados a los partidos más diversos, tomaron gran parte en la defensa de los hijos naturales no reconocidos por su padre. Toda esta agitación terminó por ganar a la opinión pública; y en la actualidad cuesta trabajo comprender la prolongada resistencia que el Senado opuso a los proyectos de reforma que se le proponían."⁷

No obstante, lo anterior los tribunales franceses lograron atenuar, en cierta forma, la aplicación del artículo 340, a través de la jurisprudencia. Se autorizaba a la madre el derecho a reclamar una indemnización a su seductor apoyándose en los principios de la responsabilidad civil, por consiguiente la jurisprudencia pudo auxiliar

⁷ *Idem.*

al hijo y a la madre, pero esta interpretación de la ley hecha por la jurisprudencia de los tribunales franceses iba en contra del artículo 340 del Código Civil francés, pues el precepto prohibía terminantemente la investigación de la paternidad, autorizándola sólo en el supuesto de rapto.

Sin embargo, el legislador francés, presionado por la opinión pública, terminó por ceder, el artículo 340 del Código Civil francés fue reformado por la Ley del 16 de noviembre de 1912 esta autorizó la investigación de la paternidad en cinco casos, pero subsistiendo el principio de la prohibición.

Por otra parte, aunque señalando la prueba de que el hijo se encuentra en cualquiera de las cinco hipótesis previstas por el artículo 340, modificado por la ley de 16 de noviembre de 1912, el juzgador no estaba sometido, podía admitir la demanda de investigación de la paternidad o para pedir pruebas complementarias.

El artículo 340, del Código Civil francés, reformado establece que la paternidad puede ser declarada judicialmente en los casos de:

1. En caso de rapto o violación, cuando la época del rapto o de la violación se relacionare con la de la concepción.

El Código Civil francés de 1804 admitió, en su redacción original, la investigación de la paternidad en el supuesto de rapto, el legislador agrega, con la citada reforma, ahora también la hipótesis de violación, no era necesario, en estos supuestos, según la doctrina francesa de la época, que estos delitos hayan sido objeto de una condena penal, aquí hay, por consiguiente, un antecedente de donde partir, hay certidumbre para poder iniciar una demanda de investigación de la paternidad.

2. En el caso de seducción lograda con ayuda de maniobras dolosas, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, si existe un principio de prueba por escrito.

Esta hipótesis fue inspirada por la jurisprudencia de los tribunales franceses, ya que se permitía reclamar a la madre una indemnización al autor de la seducción.

Sin embargo, con el objeto tendiente a evitar los abusos y chantajes el legislador, autor de la reforma, exige que la seducción sea acompañada de maniobras dolosas e impone en todos los casos un principio de prueba por escrito, en la práctica esta hipótesis era en extremo difícil de acreditar, porque era poco probable que el autor de la seducción dejará un documento escrito del que se pudiera concluir que era autor de la seducción y padre del hijo. Al respecto Julien Bonnecase indicaba:

“En el segundo caso nos encontramos ante la noción de seducción, es decir, de un individuo que logra tener relaciones sexuales con una mujer sin usar medios violentos. Sin embargo, no se ha limitado la ley a la simple noción de seducción, para autorizar la investigación de la paternidad natural. Con objeto de evitar los abusos exige que la seducción se traduzca por maniobras dolosas, de las cuales cita algunos ejemplos: abuso de autoridad, promesa de matrimonio o esponsales. Pero en forma alguna es la intención de la ley hacer una enumeración limitativa; los Tribunales podrán tomar en consideración todas las circunstancias del caso (Cas., 5 jul. 1, D.91.1.21). Llevando aún más lejos su prudencia, el legislador exige, además de las maniobras dolosas, un principio de prueba por escrito, el cual debe entenderse en el mismo sentido del artículo 1347, es decir, en el sentido de un documento que emane de la persona a quien se opone, sólo que a este respecto se ha mostrado muy liberal la jurisprudencia. Decide que el documento no debe fatalmente ser redactado por el pretendido padre; basta que se haya hecho a su iniciativa. Tal será el caso cuando haya solicitado una publicación de matrimonio. Por otra parte, puede suplirse este principio de prueba por la confesión del pretendido padre durante la articulación de posiciones...”⁸

No obstante, lo anterior los requisitos que se exigen, siguen siendo muy excesivos, sobre todo, respecto al principio de prueba por escrito, pues en la práctica, será difícil que el autor de la seducción deje un documento escrito en donde se pruebe que es el padre, porque puede darse el caso de que el supuesto padre se

⁸ BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*, T. I, Nociones preliminares, personas, familia, bienes, Traducción de José M. Cajica jr., Edit. Cajica, Puebla, México, 1945, p. 606.

cuide de dejar algún documento que lo comprometa, sobre este aspecto, los autores franceses Marcel planiol y Georges Ripert comentan:

"El principio de prueba por escrito frecuentemente existirá en caso de promesa de matrimonio, por ejemplo, en la correspondencia; pero casi siempre faltará en caso de maniobras dolosas o de abuso de autoridad. En estas condiciones la ley dejó a la madre y a su hijo sin protección, cuando más necesitan de ella. Se ha advertido esto, pero se ha temido al chantaje..."⁹

Una reforma posterior al artículo 340, fracción II, suprimió el principio de prueba por escrito, quitando este requisito que era realmente un obstáculo difícil de superar, para el inicio de una demanda de investigación de la paternidad.

3. En el caso en que existan cartas o cualquier otro escrito privado proveniente del supuesto padre y de los que resulte una confesión inequívoca de paternidad.

La confesión del padre debe hallarse contenida en una carta o documento privado, por lo tanto, debe ser una confesión inequívoca de paternidad, que no deje lugar a dudas.

4. En el caso en el que supuesto padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el periodo de la concepción.

"Cuando dos personas han vivido maritalmente, en el período legal durante el cual ha sido posible la concepción, puede declararse judicialmente la paternidad. En este caso el legislador se ha inspirado en la presunción de paternidad establecida por el Código civil para la filiación legítima, pero esta presunción no tiene carácter de legal."¹⁰

⁹ PLANIOL, Marcel, et. al., *Tratado Elemental de Derecho Civil*, T.II, Introducción, familia, matrimonio. 2ª edic., Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 193

¹⁰ *Ibid*, págs. 194 y 195.

No obstante, hay un hecho notorio de donde partir, para iniciar la investigación de la paternidad. La jurisprudencia francesa interpretó este supuesto en forma flexible, ampliando el concepto de concubinato para permitir la investigación de la paternidad.

5. En el caso en que el presunto padre haya procedido al mantenimiento y a la educación del hijo en calidad de padre o haya participado en ello.

En este supuesto, no se exige que el presunto padre haya dado el apellido al hijo, pero si debe haber procedido en calidad de padre, no se exige, por lo tanto, una verdadera posesión de estado.

Por otro lado, la citada ley de 1912, prohíbe la reproducción de los debates del juicio en la prensa, además, castiga con penas a las personas, si se comprueba que iniciaron de mala fe una demanda de investigación de la paternidad, se quería evitar de nueva cuenta las investigaciones infundadas y los chantajes, la acción esta sometida a plazos muy reducidos queriendo restringir su ejercicio. La Ley del 16 de noviembre de 1912, permitía al presunto padre, demandado en el proceso de investigación de la paternidad oponer excepciones de inadmisibilidad de la demanda.

El artículo 340 del Código Civil dispone que la acción de reconocimiento de paternidad no será admisible:

1. Si se prueba que, durante el período legal de la concepción, la madre observaba mala conducta notoria o si tuvo comercio con otro individuo.

Esta excepción también es conocida como *exceptio plurium concubetium*, la cual era invocada por el presunto padre, en estos procesos para poner en duda la honestidad de la madre.

2. Si el supuesto padre, durante el mismo período, ya sea a causa de alejamiento, ya sea por efecto de algún accidente, estaba en la imposibilidad física de ser el padre del hijo.

Los autores de la Ley del 16 de noviembre de 1912, con estas dos excepciones de inadmisibilidad pretendieron evitar las demandas temerarias y los chantajes. Si se demuestra la existencia de cualquiera de las dos excepciones, el juez está impedido para proceder al estudio de fondo de la demanda.

Por cierto, nuevamente el legislador francés, por la Ley del 15 de julio de 1955, introduce otra excepción de inadmisibilidad, en el artículo 340 del Código Civil francés, esta excepción dispone: "Si el supuesto padre prueba, por el examen de las sangres, que no puede ser padre del hijo".

Por consiguiente, el presunto padre tiene la posibilidad de que se rechace la demanda, pidiendo él la necesidad de hacer un peritaje sanguíneo, ante la negativa de la madre o del hijo a someterse al peritaje no será admitida la demanda de investigación de la paternidad. El legislador francés utilizó en aquel tiempo los avances de la medicina, pues permitió utilizar el peritaje sanguíneo a favor del demandado, recordemos que los grupos sanguíneos fueron clasificados por el científico, Karl Landsteiner, a principios del siglo veinte, y pueden utilizarse para excluir únicamente la paternidad y no para comprobarla.

Por otra parte, desde las modificaciones hechas por la Ley número 72-3 del 3 de enero de 1972, ya no se puede hablar de hijo adulterino o incestuoso, pues con las reformas hechas al Código civil francés, se borra la antigua clasificación y sólo utiliza la terminología de filiación natural o de hijo natural. No obstante, lo anterior el artículo 334-10, establece una prohibición para los hijos incestuosos, el precepto citado indica: "Si existiera entre el padre y la madre del hijo natural alguno de los impedimentos matrimoniales previstos en los artículos 161 y 162 anteriores por causa de parentesco, estando la filiación ya establecida respecto de uno, está prohibido establecer la filiación respecto del otro".

El legislador francés tardó mucho en adecuar su legislación, sin embargo, la tendencia actual es orientarla a un sentido más humanitario a favor de los hijos extramatrimoniales, desterrando la situación discriminatoria en que se encontraban los hijos habidos fuera de matrimonio, aunque esta reforma es tardía logra reconocer que los hijos extramatrimoniales también tienen derechos, y en los tiempos modernos sería una injusticia barbara discriminarlos por el origen de su nacimiento.

En la actualidad el mencionado artículo 340 del Código Civil francés, modificado de nueva cuenta por la Ley número 93-22 de 8 de enero de 1993, artículo 23, Diario Oficial de 9 de enero de 1993, dispone:

Artículo 340. "La paternidad no matrimonial puede ser declarada judicialmente. La prueba sólo puede aportarse si existen presunciones o indicios graves".

Al parecer, el legislador francés, adopta el sistema de la libre investigación de la paternidad y establece que "la prueba sólo puede aportarse si existen presunciones o indicios graves", seguramente este último requisito es para evitar las demandas temerarias o de mala fe por personas desaprensivas, imponiendo estos requisitos mínimos para que la paternidad no matrimonial sea declarada judicialmente.

Respecto a la investigación de la maternidad el artículo 341 del Código civil francés, modificado también por la Ley no. 93-22 de 8 de enero de 1993, establece:

Artículo 341. "La investigación de la maternidad se admitirá con reserva de la aplicación del artículo 341-1. El hijo que ejercite la acción esta obligado a probar que era él a quien la presunta madre parió. La prueba sólo puede aportarse si existen presunciones o indicios graves".

Artículo 341-1. "En el momento del parto, la madre podrá solicitar que se preserve el secreto de su ingreso y de su identidad".

Para concluir, el legislador francés, no permaneció indiferente a los avances de la ciencia, ya que acepta las pruebas genéticas para establecer o impugnar un vínculo de filiación, pero previamente se debe obtener el consentimiento del demandado, porque no se le puede obligar a realizar este procedimiento.

Artículo 16-11. "La identificación de una persona por sus huellas genéticas únicamente puede investigarse en el marco de medidas de investigación o de instrucción diligenciadas en un procedimiento judicial o con fines médicos o de investigación científica.

En materia civil esta identificación sólo podrá investigarse en ejecución de una medida de instrucción ordenada por el juez competente en una acción tendente al establecimiento o la impugnación de un vínculo de filiación o a la obtención o la supresión de subsidios. El consentimiento del interesado debe obtenerse previamente y expresamente. Cuando la identificación se efectúe con fines médicos o de investigación científica debe obtenerse previamente el consentimiento de la persona”.

La identificación de una persona por sus huellas genéticas, mejor conocida prueba del ácido desoxirribonucleico, ADN, es aceptada por el legislador francés para establecer o impugnar un vínculo de filiación, es sin duda, una de las pruebas biológicas provenientes del avance científico de mayor certeza, porque es altamente confiable y la más utilizada en los procesos de investigación de la paternidad.

La prueba del ADN permite comprobar el vínculo biológico y genético entre el padre y el hijo, cuando exista duda, es una prueba con un reducido margen de error, que permite comprobar la paternidad en los procesos de investigación de la paternidad. La tendencia actual de las diversas legislaciones es aceptar la libre investigación de la paternidad, pues con las pruebas biológicas ya no hay peligro de errar en la imputación de la paternidad por declaración judicial.

1. 3. España.

La antigua legislación española fue severa y discriminatoria con los hijos habidos fuera de matrimonio. Para la Ley de Partidas los hijos naturales son: “los que no nacen de casamiento según ley y nacen de barragana”.

Las Partidas clasificaban a los hijos extramatrimoniales, en naturales y espúreos, sobre todo a estos últimos, les imponía calificativos infamantes, que los denigraba: adulterinos o notos, incestuosos (llamados nefarios si el impedimento de parentesco no era dispensable), sacrílegos y mánceres, además, los declaraba indignos e

incapaces de recibir honores y dignidades, si en algún momento los reciben, descubriendo su origen los perdían. Las Siete Partidas establecían que los hijos espúreos no podían ser instituidos herederos por testamento, y si los progenitores, desobedeciendo la ley, les hacían legados o algunas donaciones, los hijos legítimos o la Corona tenían el derecho de invalidarlos.

“En resumen, para la legislación de Las Partidas, con excepción de los hijos simplemente naturales, los otros llamados ilegítimos en sus diversas designaciones, no podían tener honores ni dignidades, y si las lograban una vez descubierto su origen, las perdían. No tenían tampoco derecho hereditario de sus padres y, con mayor razón de ninguno de sus demás parientes. Parentesco, por otro lado, que no podían adquirir en forma legal, al serles negada su calidad de hijos a través de la legitimación.”¹¹

La catalogación de los hijos, hecha por las Partidas, tenía importancia práctica, pues los hijos, si eran naturales gozaban de algunos derechos, pero si eran espúreos no se les otorgaba ninguno, no obstante, se les podía otorgar alimentos por parte del padre, en consideraciones de piedad, porque las Partidas no lo prohibían. Sin embargo, las Partidas establecieron diferentes y nuevas denominaciones para los hijos espúreos.

En este sentido, la clasificación aceptada por la mayoría de los tratadistas es la siguiente: el Derecho histórico español distingue a los hijos extramatrimoniales clasificándolos en naturales y espúreos, éstos últimos a su vez se subclasifican en hijos adulterinos, incestuosos, sacrílegos y mánceres o espúreos en sentido estricto, a continuación explicaremos el significado de cada denominación.

Los hijos naturales, como ya se menciona, eran los habidos con barragana; las Leyes de Toro cambian el concepto de hijo natural, según la citada ley, son hijos naturales los que al tiempo de ser concebidos o al nacer, sus progenitores podían casarse justamente, sin dispensa, y que el hijo fuera reconocido por el padre.

¹¹ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*, 4ª. edic.. Edit. Porrúa S. A., México. 1990. p. 287.

Los hijos adulterinos, según el Derecho histórico español, son cuando los padres en el tiempo de la concepción estuvieran los dos o alguno de ellos unido en matrimonio con un tercero. También se aplicaba el calificativo de bastardo al hijo que el casado engendraba con una mujer soltera o viuda.

Los hijos incestuosos, son los concebidos entre parientes en quienes concurría el impedimento de parentesco para contraer matrimonio, atribuyéndoles el nombre de "nefarios" si el impedimento de parentesco no es susceptible de dispensa, o sea, los hijos habidos entre ascendientes y descendientes o hermanos, y solamente de incestuosos si había posibilidad de dispensa para contraer matrimonio.

Los sacrílegos, son los concebidos entre personas que una de ellas o las dos estuvieran ligadas por voto solemne de castidad o recibido orden sagrada por la iglesia católica. Los mánceres o espúreos, en sentido estricto, son los nacidos de prostituta.

Por otra parte, el Código Civil español de 1889, en su redacción original, establecía y seguía el principio de que los hijos ilegítimos no se pueden equiparar en los mismos derechos a los hijos nacidos dentro del matrimonio.

El Código Civil español clasifica a los hijos extramatrimoniales en dos clases: en ilegítimos naturales y en ilegítimos no naturales. El artículo 119 del mencionado Código, definía a los hijos naturales como los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse sin dispensa o con ella.

Por otro lado, existen además, los denominados naturales presuntos, que establecía el artículo 130: "En el caso de hacerse el reconocimiento por uno sólo de los padres, se presumirá que el hijo es natural si el padre que lo reconoce tenía capacidad legal para contraer matrimonio, al tiempo de la concepción".

Respecto a los hijos ilegítimos no naturales, el Código Civil español prohíbe su reconocimiento voluntario, por parte de los progenitores; aunque el Código Civil no los mencione explícitamente en su articulado son los antiguos hijos adulterinos, incestuosos (nefarios, si el impedimento de parentesco no era dispensable), y los sacrílegos. No obstante, los hijos mánceres habidos con meretriz pueden

considerarse ilegítimos naturales si ésta última es soltera y el padre también, y los incestuosos simples, si el impedimento de parentesco es susceptible de dispensa.

A los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición de naturales el Código Civil español les prohíbe, también iniciar demanda de investigación de la paternidad.

Después de haber visto como el antiguo derecho español y el Código Civil español de 1889 clasificaron en diversas categorías a los hijos habidos fuera de matrimonio pasaremos al estudio de la evolución histórica de la investigación de la paternidad en España.

En el antiguo Derecho español ya se discutía el tema de la investigación de la paternidad, en este sentido, se menciona por la doctrina a las Leyes de Partidas, que al parecer admitió la investigación de la paternidad para los hijos naturales simples.

Las Partidas no ponen trabas a las pruebas tendientes a establecer el vínculo de paternidad; las leyes de Toro también admiten la investigación de la paternidad, al respecto el civilista español, José Castán Tobeñas expresa:

“En el derecho español anterior al Código civil no estaba, sin embargo, enteramente diáfana la cuestión de la admisión de las investigaciones de paternidad... Y prevaleció también la tesis de que era lícita la investigación de la paternidad, confirmada por las sentencias de 16 de octubre de 1865 y 18 de marzo de 1873. La primera declara que “en el estado actual de nuestra legislación no es cierto el principio de que fuera del matrimonio y del concubinato habido dentro de la propia casa, no es lícito, ni aun posible, inquirir o hacer civilmente averiguaciones sobre la paternidad”. La segunda establece que “no es jurisprudencia admitida por los Tribunales ni establecida por el Supremo la de que se prohíba fuera de matrimonio la investigación de la paternidad del que pretenda la calidad de hijo natural después de la muerte de aquél a quien intente atribuirle”.¹²

Al iniciarse en España la etapa de la codificación civil, el Código Civil francés de 1804, tiene influencia importante en el proyecto de Código Civil español de 1851

¹² CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español*, T. IV, Derecho de Familia, 6ª. edic., Edit. Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1944, págs. 21 y 22.

pues este proyecto acepto el criterio prohibitivo o limitado de la investigación de la paternidad, ya que sólo admitía la acción en los casos de raptó, estupro o violación.

Por su parte, el Código Civil de 1889 –vigente todavía en España–, en su redacción original contiene dos acciones; la primera, se refiere a la libre investigación de la maternidad para los hijos naturales simples, pues se impone a la madre la obligación de reconocer al hijo natural cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo, por lo que no se excluye ningún medio de prueba; la segunda, la acción de investigación de la paternidad, en donde el Código Civil español en su artículo 135 adopta el criterio prohibitivo o limitado a sólo tres casos, en donde la interpretación llevada a cabo por los tribunales fue en extremo rigorista y se complicaba en la práctica la investigación de la paternidad por parte de los hijos naturales, pues como ya se mencionó la acción sólo se autorizaba en solo tres supuestos, si el hijo extramatrimonial no se encontraba en alguno de ellos no podría iniciar la acción de investigación de la paternidad y no podría establecer su filiación y los derechos que de ella se derivan, los casos permitidos eran:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad.
2. Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.
3. En los casos de violación, estupro o raptó, se establecía que se estaría a lo dispuesto en el Código Penal, en cuanto al reconocimiento de la prole.

En el primer caso, la antigua jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo español, fue restrictiva y rigorista, pues al interpretar dicho supuesto establecía que dicho escrito debía ser exclusivamente de puño y letra del padre, determinando incluso que el documento indubitado tenía que ser autógrafo íntegramente, rechazando el escrito elaborado a máquina, por un tercero por petición del progenitor, aunque esté firmado por el presunto padre. En el segundo, el legislador exige para acreditar la posesión de estado: que el hijo haya usado siempre el apellido del sujeto que pretende tener como padre (nomen); que el supuesto padre lo

haya tratado como hijo, y haya proveído a su educación y mantenimiento (tractatus); que haya sido reconocido como hijo, constantemente, en la familia y en la sociedad (fama); la fracción segunda, del artículo 130, era de interpretación estricta. Por último, en los casos de delitos de violación, estupro o raptó la jurisprudencia del antiguo Tribunal Español exigía para el inicio de la investigación de la paternidad el fallo condenatorio en estos delitos, posteriormente cambió el criterio sosteniendo que no era necesario la condena penal, por consiguiente, la acción civil podía ejercitarse separadamente.

El artículo 137 del Código Civil disponía que las acciones para el reconocimiento de hijos naturales, sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes: 1.º Si el padre o la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los cuatro años de su mayor edad.” 2.º “Si después de la muerte del padre o de la madre, apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en el que reconozcan expresamente al hijo. En este caso, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento.”

Para los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición de natural, como ya se había mencionado, se establece la prohibición de investigar la paternidad, así lo establece el artículo 141 del Código Civil: “No se admitirá en juicio demanda alguna que directa o indirectamente tenga por objeto la investigación de la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición de naturales.” Sólo tienen derecho de exigir alimentos a sus padres en los casos siguientes: 1.º “Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme dictada en proceso criminal o civil.” 2.º “Si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en que expresamente reconozca la filiación.” 3.º Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.”

“Las normas sobre filiación que recogía el Código civil eran un reflejo de un momento político y social determinado en el que se consideraba como base lógica el sacrificio de los hijos habidos fuera de matrimonio con tal de proteger a la familia matrimonial. Y de esta forma el Código civil, apartándose de nuestro Derecho

histórico, prohibió de una manera general la investigación de la paternidad, tomando como base a los proyectos de código de GARCÍA GOYENA de 1851 y el de BUGALLAL de 1882.”¹³

Posteriormente la Constitución republicana de 1931, trató de erradicar la discriminatoria situación de los hijos extramatrimoniales establecida en el Código Civil de 1889, estatuyendo el principio de que la filiación no podía ser fundamento de ningún privilegio jurídico, y consagra la igualdad ante la ley de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales permitiéndoles a éstos últimos la investigación de la paternidad según lo disponía el artículo 43 del ordenamiento constitucional citado; sin embargo, la posición adoptada por la Constitución española fue criticada fuertemente por un sector de la doctrina de esa época, pues se argumentaba que la igualdad de los hijos extramatrimoniales con los matrimoniales era un error.

El artículo 43 de la Constitución española de 1931, no tuvo la aplicación que se requería debido a la caída del gobierno republicano, tras la guerra civil española, no dio tiempo, por tanto, para llevar a cabo las reformas y adecuaciones necesarias al Código Civil, y con la instauración de la dictadura franquista todas las leyes que concedían derechos a favor de todos los hijos naturales, elaboradas durante el régimen republicano, fueron abrogadas sucesivamente, quedando en vigor el sistema discriminatorio anterior, que perjudicaba a todos los hijos naturales.

No obstante, la regulación impuesta por el Código Civil español de 1889 en torno a la filiación e investigación de la paternidad siguió vigente hasta la promulgación de la Constitución española de 1978, la que pone punto final a la situación discriminatoria en que se encontraban los hijos nacidos fuera de matrimonio, pues el artículo 14 de la Constitución establece la igualdad ante la ley de los hijos sin importar el origen de su nacimiento: Artículo 14. “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

¹³ HERRERA CAMPOS, Ramón. *La Investigación de la Paternidad y la Filiación no Matrimonial*, 1ª. edic., Edit. Universidad de Granada, España, 1987, p. 44.

Más adelante la misma Carta Magna española adopta el principio de la libre investigación de la paternidad estableciéndola como garantía individual tutelada por el ordenamiento constitucional español en su artículo 39.

Este artículo otorga protección especial para la familia, de todos los hijos sin importar su origen, además, permite la libre investigación de la paternidad, expresa que los padres deben asistir a los hijos matrimoniales y los nacidos fuera de matrimonio.

Artículo 39. 1. "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos."

Sin embargo, a pesar del trascendental paso dado por la Constitución de 1978, el Código Civil español de 1889 no había sido modificado, y es hasta la promulgación de la Ley del 13 de mayo de 1981, que reforma el Código Civil en materia de filiación e investigación de la paternidad.

En la mencionada reforma se desarrollan los principios constitucionales establecidos en los artículos 14 y 39 principalmente, y se rompe con el sistema discriminatorio anterior.

"La promulgación de la Constitución española de 1978 va a dar lugar a que se produzca un enfrentamiento entre la vieja normativa del Código civil y el texto de nuestro primer cuerpo legal. El enfrentamiento principal, en lo que se refiere al tema

objeto de nuestro estudio, lo encontramos en el art. 14 de la Constitución, que señala que los españoles son iguales ante la Ley... y en el art. 39-2 "La ley posibilitará la investigación de la paternidad."

Ante el contenido de estos dos artículos de la Constitución, nuestro legislador no ha tenido más remedio que tomar el camino de la reforma y marcar unas nuevas directrices más acordes con nuestra época; el legislador del 89 estuvo más preocupado por los aspectos formales de la relación jurídica que por la verdad biológica y, de ahí, que el espíritu de la Ley de reforma de 13 de mayo de 1981 sea más acorde con la realidad que la legislación anterior; el legislador de ahora se preocupa de que la verdad biológica coincida con la relación jurídica, siempre que ello sea posible."¹⁴

En efecto, la reforma hecha al Código Civil español, el 13 de mayo de 1981, coloca a la legislación civil española en materia de filiación en una de las más modernas, ya que reconoce el principio de la libre investigación de la paternidad y lo ubica dentro de su ordenamiento constitucional.

La reforma llevada a cabo por el legislador español rompió con el viejo sistema discriminatorio en que se encontraban los hijos ilegítimos naturales y los ilegítimos en quienes no concurría la condición de natural.

El Código Civil español en sus artículos modificados por la reforma del 13 de mayo de 1981 ya no habla de hijos ilegítimos naturales, ahora se establece que la filiación matrimonial, extramatrimonial y la adoptiva surten los mismos efectos:

Artículo 108. "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. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código".

¹⁴ *Ibid*, p. 8.

El legislador español, autor de la reforma del 13 de mayo de 1981, ya no hace ninguna distinción discriminatoria en contra de los hijos extramatrimoniales, todos los hijos sin importar su nacimiento son iguales ante la ley, en lo que se difiere es en la forma de establecer el vínculo jurídico de la filiación, pero las consecuencias jurídicas son las mismas, una vez establecido el nexo paterno filial, así lo expresa el precepto anteriormente citado.

Y, sin duda, el precepto que da por terminada, en forma definitiva, la situación anterior de prohibir la investigación de la paternidad es el artículo 127 del Código Civil español, pues desarrolla el principio de la libre investigación de la paternidad, y que se transcribe por su importancia:

Artículo 127. "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde".

El legislador español, autor de la reforma del 13 de mayo de 1981, no miró con desdén los adelantos de la ciencia, sobre todo de la ciencia genética, por lo que, admite en los procesos encaminados a la investigación de la paternidad o maternidad las pruebas denominadas biológicas, que en la actualidad han adquirido un alto grado de confiabilidad y certeza.

Mediante las pruebas biológicas es posible afirmar con un alto grado de certeza que una persona es padre biológico de otra, con un porcentaje cercano al 99.9%.

"El art. 127 C.C. tantas veces citado, después de prever expresamente la investigación de la paternidad y de la maternidad y consagrar el principio de la libre admisibilidad de la prueba, añade: incluidas las biológicas.

El avance de las técnicas biológicas y de la bioquímica ha puesto a disposición del jurista un tipo de pruebas de una fiabilidad extraordinaria. Al permitir las

explícitamente el código supone la ruptura con la situación anterior a 1981, en que no se admitían, y la proclamación del principio de la verdad biológica.”¹⁵

El párrafo segundo del artículo 127 del Código Civil español al parecer limita la admisión de demandas de investigación de la paternidad si con ellas no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde. El segundo párrafo, del artículo citado, al parecer se justifica con la finalidad de evitar los procesos temerarios, exigiendo un principio de prueba que acredite la seriedad de la demanda.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de los tribunales españoles, en los casos que se le han presentado, interpretaron el segundo párrafo del artículo 127 del Código Civil español en forma amplia, por lo que, según la jurisprudencia española más reciente, basta que en la demanda de investigación de la paternidad, conste la oferta de practicar pruebas en el período probatorio para dar inicio al proceso sobre investigación de la paternidad y resolver con base a las pruebas presentadas por las partes el fondo del asunto.

El requisito establecido en el segundo párrafo del artículo 127 constituye un complemento tendiente a procurar la seriedad de la demanda, evitando que personas sin ningún escrúpulo abusen de este derecho sin ninguna limitación.¹⁶La legislación española fue una de las primeras en aceptar la prueba biológica en los juicios sobre investigación de la paternidad, porque son las pruebas que aportan al juzgador un alto grado de convicción, comparándola con las pruebas tradicionales.

En consecuencia, el legislador español hace justicia a los hijos extramatrimoniales, en un país donde por siglos, fueron discriminados y olvidados, como si no existieran, por tanto, los hijos nacidos fuera del matrimonio en la actualidad gozan de los mismos derechos, pues la ley no hace ninguna distinción y tienen el derecho a establecer su filiación, en caso de que el presunto progenitor no lo reconozca voluntariamente.

¹⁵ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Investigación de la Paternidad, acciones de filiación, acción de investigación de la paternidad, prueba biológica*, 1ª. edic., Edit. Actualidad Editorial S. A., Madrid, España, 1994, p. 76.

1. 4. Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 y 1884.

Después de haber visto los antecedentes históricos y la evolución jurídica de la investigación de la paternidad en Roma, Francia y España pasaremos al estudio de los antecedentes nacionales, sobre todo de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, por ser las primeras codificaciones del Derecho civil en nuestro país de importancia y por la influencia directa que ejercieron en los Códigos de los Estados de la República.

Al consumarse la Independencia definitiva de México de la Corona Española, en el año de 1821, el país no contaba con una legislación propia, sobre todo en Derecho civil, por lo tanto, seguía vigente, en gran medida, parte de la antigua legislación heredada del período colonial. El nuevo Estado mexicano se preocupó más por la organización política y administrativa a través de sus Constituciones, relegando a segundo plano la codificación del Derecho civil, por lo que, seguía vigente en algunos aspectos la vieja legislación civil del período colonial.

Sin embargo, la vieja legislación colonial vigente no sufrió cambios profundos, sobre todo la que regulaba algunas materias de Derecho civil; en este aspecto, cabe mencionar a la ley de las Siete Partidas, que regulaban el Derecho de las personas, de las sucesiones y de la familia, esta ley siguió vigente hasta la promulgación del primer Código civil mexicano de 1870.

Otra de las razones fundamentales por las que no se codificó el Derecho civil en México al iniciar su independencia de España, fue la constante inestabilidad política, los golpes de Estado, las guerras contra países extranjeros, impidieron el desarrollo del país durante la primera mitad del siglo XIX. Pero al parecer algunos estados de la República sí contaron con Códigos civiles como fue el Código Civil para el Estado de Oaxaca de 1827.¹⁶ Por consiguiente, es hasta el período denominado Reforma, cuando se inicia el cambio de la legislación civil, sobre todo durante el gobierno del

¹⁶ Cfr., *Ibid.*, p. 74.

¹⁷ V. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. *Historia del Derecho Mexicano*, 5ª. edic., Edit Porrúa S.A., México, 1997, p. 170.

Presidente Benito Juárez en el año de 1859, se expidieron las Leyes de Reforma, que modificaron importantes ramas del Derecho civil.

Es también en este mismo período cuando se intenta la elaboración del primer proyecto de Código Civil para el Distrito Federal, así el Presidente Benito Juárez encomendó a don Justo Sierra padre la elaboración de un proyecto de Código Civil quien lo acabó para el año de 1860 y fue posteriormente publicado y distribuido para su discusión por los especialistas.

El gobierno federal ordenó la integración de una comisión para la revisión del proyecto de don Justo Sierra, la cual fue conformada por Fernando Ramírez, Jesús Terán, José M. Lacunza, Luis Méndez y Pedro Escudero¹⁸; sin embargo, los trabajos fueron suspendidos por la intervención francesa, pero el proyecto de Código Civil inicia así la etapa de la codificación civil en México.

El proyecto de Código Civil de don Justo Sierra tiene importancia, porque tiene influencia en la redacción del Código Civil para el Distrito Federal de 1870. El autor del citado proyecto tuvo como modelos el proyecto de Código Civil para España, del jurista Florencio García Goyena, y el Código Civil francés de 1804 principalmente; sin embargo, el proyecto de Justo Sierra nunca estuvo en vigor. Ya durante la República Restaurada el gobierno pidió expresamente los documentos hechos por la comisión de revisión del proyecto Sierra, que fueron entregados por el licenciado Méndez.

“El gobierno de la República Restaurada pidió los documentos elaborados por la comisión revisora del proyecto Sierra, los cuales fueron entregados por el licenciado Méndez. Con base en ellos siguió trabajando la nueva comisión, integrada ahora por Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Duarte, y Rafael Dondé, los que terminaron el trabajo y redactaron, con base en el anterior...”¹⁹El proyecto definitivo, que fue aprobado por decreto del Congreso de la Unión del 8 de diciembre de 1870, y que entrará en vigor el 1 de marzo de 1871. Los redactores del Código Civil de 1870, en la exposición de motivos reconocen también haberse guiado y tomado como fuentes: el antiguo Derecho romano, los Códigos Civiles de Cerdeña,

¹⁸ Cfr. TRINIDAD GARCÍA. *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*, 31ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México. 2001, p. 73.

Holanda, Austria y Portugal, y sin duda, el Código Civil francés de 1804, el proyecto de Código Civil para España de García Goyena.

Sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 siguió la infamante clasificación de los hijos ilegítimos establecida en el Código Civil francés de 1804 y seguida por la mayoría de los Códigos Civiles del siglo XIX.

Este Código dividió a los hijos ilegítimos en hijos naturales y en hijos espurios que eran los hijos adulterinos y los incestuosos, fiel a la moral decimonónica, aunque de una manera intentaba atenuar el trato discriminatorio que imperaba en contra de los hijos ilegítimos.

"Respecto de los (hijos) ilegítimos, la comisión creyó que el respeto a la familia y la tranquilidad y armonía de los matrimonios exigían que no se hiciese constar el nombre de los padres, sino en el caso de que éstos lo pidiesen, prohibiéndose absolutamente que consten el nombre del casado, si el hijo fuere adulterino, y el del padre soltero, si la mujer es casada y vive el marido. Respecto a los hijos de parientes, la comisión creyó, que no asentándose más que el nombre de uno de los padres, se logrará evitar el escándalo; porque no es creíble que haya un hombre tan imprudente, que cuando la ley no le exige el nombre de su cómplice, lo revele sin necesidad ni objeto. Ciertamente es que se corre el peligro de que aparezca como simplemente natural el hijo adulterino o incestuoso; pero este mal no tiene remedio, y es mil veces preferible a los gravísimos que traerían consigo las escandalosas revelaciones que se prohíben en el proyecto."²⁰

El Código Civil de 1870 fue severo con los hijos espurios, pues aun ocultando su calidad de hijos adulterinos o incestuosos, ya que el Código permitía ocultar su origen asignándoles la categoría de naturales, sin embargo, podían perder sus derechos, así lo establecía el artículo 384: "Siempre que en virtud de sentencia

¹⁹ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. *Historia del Derecho Mexicano*, 5ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, pp. 171 y 172.

²⁰ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*, 4ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1990, p. 292.

ejecutoriada resultare que el hijo reconocido procede de una unión adulterina ó de incestuosa no dispensable, el hijo no tendrá más derechos que los que la ley concede á los espúrios”.

Este es el pensamiento prevaleciente en el siglo XIX consistente en sacrificar a los hijos espurios, negándoles los más elementales derechos, llevando en su persona una marca infamante, desde que nacían hasta que morían, que era establecida en la ley, y en donde los únicos culpables eran los padres, pero que transmitían la culpa de sus actos a los hijos. Por consiguiente, el Código Civil de 1870 se afilió al sistema prohibitivo o limitado de la investigación de la paternidad, admitiéndola en solo tres casos: raptó, violación y posesión de estado de hijo, en este sentido, los artículos 370, 371, 335 y 385 así lo expresan:

Artículo 370. “Se prohíbe absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La prohibición es absoluta, tanto a favor como en contra del hijo”.

Artículo 371. “Este sin embargo puede reclamar la paternidad únicamente en el caso de hallarse en posesión de su estado civil, conforme á lo dispuesto en el artículo 335”.

Artículo 335. “Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo legítimo de otro por la familia de este y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo legítimo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes”:

1ª. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende ser su padre, con anuencia de este.

2ª. Que el padre le haya tratado como á su hijo legítimo, proveyendo á su subsistencia, educación y establecimiento”.

Artículo 385. “En los casos de raptó ó violación cuando, la época del delito coincida con la concepción, podrán los tribunales á instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad”.

El legislador del Código Civil de 1870, en la exposición de motivos sostenía, que al prohibirse la investigación de la paternidad, se excluyeron dos casos, que eran necesarios, el primero, se refiere a los delitos de raptó y violación, porque hay un dato fijo de donde partir y una justa reparación que pretender, para la investigación de la paternidad; y el segundo caso, el de hallarse el hijo en posesión de estado de hijo hay casi una prueba que unida a otras, justificará plenamente la filiación. La posesión de estado del hijo se acredita con el nombre, el trato y la fama. Por su parte, la investigación de la maternidad esta permitida, pero bajo ciertas condiciones; porque según lo expresaba la comisión redactora del Código Civil es más fácil y porque no ofrece tantos peligros.

En efecto, el Código Civil de 1870 respecto a la investigación de la maternidad adopta un sistema condicionado a dos requisitos, en su artículo 372: "Solamente el hijo tiene derecho de investigar la maternidad, para obtener el reconocimiento de la madre; y únicamente podrá hacerlo concurriendo las dos circunstancias siguientes: 1ª. Que tenga en su favor la posesión de estado de hijo natural de aquella. 2ª. Que la persona cuya maternidad se reclame, no esté ligada con vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento".

Más adelante el artículo 373 establece: "La posesión de estado, para los efectos del artículo anterior, se justifica probando el hijo por los medios ordinarios, que la pretendida madre cuidó de su lactancia y educación y que le reconoció y trató como á hijo".

Para mitigar un poco el tratamiento discriminatorio en contra de los hijos ilegítimos, el legislador del Código de 1870, estableció en el artículo 383, algunos derechos a favor de estos: Artículo 383. "El hijo reconocido por el padre, por la madre, ó por ambos, tiene derecho": I. A llevar el apellido del que lo reconoce; II. A ser alimentado por este; III. A percibir la porción hereditaria que le señala la ley."

Para concluir, el Código de 1870 establece los plazos para ejercitar las acciones de investigación de la paternidad o maternidad, las cuales sólo pueden intentarse en la vida de los presuntos padres, según lo disponía el artículo 386 del Código de 1870.

No obstante, se consideró necesario hacer una nueva revisión al Código Civil de 1870, por lo que se conformo al efecto una comisión encargada de revisar el Código anteriormente citado, la cual fue integrada por los licenciados don Miguel S. Macedo, don Eduardo Ruiz y don Pedro Collantes y Buenrostro. Sin embargo, se ordeno la integración de una segunda comisión encargada de redactar el proyecto definitivo del nuevo Código. "La comisión redactora del Código civil de 1884 fue integrado por don MANUEL YAÑEZ, don JOSÉ MARÍA LACUNZA, don ISIDRO MONTIEL Y DUARTE, don RAFAEL DONDE y don JOAQUÍN EGUÍA LIZ."²¹ Esta comisión redujo el número de artículos a 3823, pues el Código anterior contenía 4126 preceptos, suprimiendo en consecuencia 303 artículos.

El Código Civil de 1884 inició su vigencia a partir del 1º. de junio de 1884; sin embargo, el nuevo Código no contiene cambios trascendentales, la única innovación fue el haber establecido el principio de libre testamentificación, suprimiendo, por lo tanto, la herencia forzosa.²²

En lo que se refiere a los hijos ilegítimos siguió el sistema discriminatorio del Código de 1870, introdujo algunas modificaciones, pues concedió algunos derechos a los hijos espurios, entre los cuales estaba el derecho de heredar en vía legítima, en condiciones de gran desventaja si concurría con hijos naturales o hijos legítimos.

El Código Civil de 1884, en los artículos concernientes a la investigación de la paternidad, reproduce literalmente los artículos del Código de 1870, y por consiguiente también se afilia al sistema prohibitivo o limitado de la investigación de la paternidad.

Artículo 343. "Se prohíbe absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La prohibición es absoluta, tanto a favor como en contra del hijo".

Artículo 344. "Éste, sin embargo, puede reclamar la paternidad únicamente en los casos del art. 358".

²¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Primer curso. Parte general. Personas. Familia, 21ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2002, p. 107.

Artículo 358. "En los casos de raptó ó violación, cuando la época del delito coincida con la concepción, podrán los tribunales, á instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad".

Artículo 359. "Las acciones de investigación de paternidad ó maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres".

Como se puede observar el Código Civil de 1884, retrocede porque sólo contempla dos casos para permitir la investigación de la paternidad, en los supuestos de raptó y violación, cuando la época de los delitos coincida con la de la concepción, eliminando el tercer caso que contemplaba el Código Civil de 1870 que era la posesión de estado de hijo.

El Código de 1884 también reconoce y enumera los derechos de los hijos que han sido reconocidos por la madre o por el padre, los cuales consistían en llevar el apellido del progenitor que lo reconocía, a ser alimentado y a percibir la porción hereditaria que establezca el Código Civil en el caso de intestado.

Sin embargo, el Código Civil de 1884 continua con el trato discriminatorio en contra de los hijos naturales y espurios, negándoles la acción de investigación de la paternidad para establecer su filiación y conocer sus orígenes, ya que sólo concedía la acción en sólo dos casos: en los supuestos de los delitos de raptó o violación.

Podría explicarse también la postura del legislador de 1884 al afiliarse al sistema prohibitivo de la investigación de la paternidad, por la poca confiabilidad de las pruebas tradicionales, pero no se justifica la posición en que deja a los hijos naturales, sobre todo a los hijos espurios. En otras legislaciones de la misma época se permitió la investigación de la paternidad aunque de una manera limitada a favor de los hijos naturales.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1884 fue adaptado para tener vigencia en el territorio del Estado de México y en lo concerniente a la filiación e investigación de la paternidad no hubo modificaciones. Sin duda, el Código Civil para el Distrito

²² Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *Los grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*, 1ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1979, p. 13.

Federal de 1884 fue seguido por la mayoría de los estados de la federación, pues algunos lo adoptaron completamente para regir en sus territorios.

1. 5. La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

La Ley sobre Relaciones Familiares, fue expedida el 9 de abril de 1917, por el entonces Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, don Venustiano Carranza. Esta ley hizo reformas sustanciales al Código Civil de 1884, además segregaba de este, regulando por separado la materia familiar, dando una nueva forma jurídica a la organización de la familia.

“Esta ley derogó los capítulos y títulos correspondientes del Código Civil de 1884 y como estaba dispuesto en su artículo 10º. transitorio, comenzó a regir desde la fecha de su publicación, misma que se hizo fraccionadamente en el Diario Oficial –en el período comprendido entre el 14 de abril y el 11 de mayo de 1917- y dejó de tener vigencia el 1º. de octubre de 1932, en cuya fecha entró en vigor el entonces nuevo Código Civil de 1928, aún vigente en el Distrito Federal.”²³

Entre algunos de los principales cambios llevados a cabo por la citada ley se encuentran: autorizar la disolución del vínculo matrimonial, por medio del divorcio vincular, cambió el régimen patrimonial del matrimonio, estableció la igualdad del hombre y la mujer dentro del matrimonio; reintroducción de la adopción, institución hasta entonces desconocida por los Códigos civiles de 1870 y 1884, además comienza a eliminar la diferencia entre los hijos matrimoniales y los naturales y los hijos espurios.²⁴ Del mismo modo, la exposición de motivos declara:

²³ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*, T.I, Introducción, 2ª. edic., dit. Porrúa S.A., México, 1998, p. 76.

²⁴ V. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*, 1ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1979, p. 24.

“Que en materia de paternidad y filiación, ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espúrios, pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables, y menos ahora que, considerado el matrimonio como contrato, la infracción a los preceptos que lo rigen sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos, terceros en el contrato, que antes se perjudicaban solamente porque, reputando el matrimonio un sacramento, se veían privados de los efectos de la gracia, razón que no puede subsistir hoy que nuestra sociedad liberal no debe estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la ley era la primera en desprestigiar, tanto más cuanto que, dada la disolubilidad del vínculo matrimonial, es fácil ya, no sólo reconocer, sino aun legitimar a algunos de los hijos que antes sólo se podían designar...”

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, al igual que los Códigos Civiles de 1870 y 1884, adopta el sistema prohibitivo o limitado de la investigación de la paternidad, los casos en que la ley admite la acción son la posesión de estado de hijo natural, pero exigiendo un principio de prueba por escrito, parecido al que exigía la ley francesa de 1912, haciendo, por consiguiente, muy difícil probar la posesión de estado de hijo natural, quizá este último requisito lo estableció el legislador mexicano para evitar las demandas temerarias o los chantajes.

Los demás casos que menciona la ley son rapto y violación, cuando la época del delito se relacionare con la concepción, podrán los tribunales a instancia de las partes declarar la paternidad, así lo expresan los artículos de la Ley:

Artículo 187. “Queda absolutamente prohibida la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La prohibición es absoluta, tanto a favor como en contra del hijo, salvo las excepciones establecidas en los artículos 197 y 211”.

Artículo 197 “El hijo que está en la posesión de estado de hijo natural de un nombre o de una mujer, podrá obtener el reconocimiento de aquél o ésta o de ambos, siempre que la persona cuya paternidad o maternidad se reclame no esté ligada con vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento, salvo el

caso en que el padre y la madre se hayan casado y el hijo quiera que lo reconozcan para quedar legitimado”.

Artículo 198. “La posesión de estado, para los efectos del artículo anterior, se justificará probando el hijo, por los medios ordinarios, todos los hechos que constituyen aquélla; pero no se admitirán esas pruebas si no hubiere un principio de prueba por escrito”.

Artículo 211. “En los casos de raptó o violación, cuando la época del delito coincida con la concepción, podrán los tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad”.

Aunque, la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, significó un gran avance, puesto que, borró la discriminatoria distinción, por razón de nacimiento, entre los hijos naturales y los hijos espurios y los hijos legítimos, a pesar de esto, al establecer cuales son los derechos de los hijos reconocidos, el legislador sólo otorgó el derecho de llevar el apellido del padre, mientras que, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 además conferían el derecho a recibir alimentos y a percibir la porción que fije la ley. El artículo 210 de la citada ley disponía:

Artículo 210. “El reconocimiento solamente confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace”.

El legislador en la exposición de motivos declaraba: *...“se ha facilitado el reconocimiento de los hijos y aumentado los casos especiales en que puede promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una posición definida en la sociedad, evitando, a la vez que fomentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar...”*

“De nada sirvieron las argumentaciones de don Luis Cabrera para tratar de demostrar que continuaban vigentes las disposiciones del Código Civil de 1884 que

otorgaban aquéllos otros dos derechos a los hijos naturales, ya que según el testimonio de don Eduardo Pallares, la jurisprudencia que interpretó dicho precepto, apegándose al texto expreso de la ley, se pronunció por privar a los hijos naturales de otro derecho que no fuera el de llevar simplemente el apellido del progenitor que lo había reconocido.”²⁵

Este argumento sostenido por los legisladores en la exposición de motivos es criticable, porque si el hijo nacido de una relación extramatrimonial ejercitaba la acción de investigación de la paternidad, en el caso de obtener una sentencia favorable a sus pretensiones, la ley sólo le concede el derecho de llevar el apellido del progenitor, negándole el derecho a los alimentos y los derechos sucesorios que muy limitadamente le concedían los anteriores Códigos de 1870 y 1884, retrocediendo gravemente en perjuicio de los hijos naturales, en este aspecto la ley; los fundamentos sostenidos por los redactores de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, en el sentido de que se desalienta la formación de uniones ilícitas, no son sostenibles porque a través de la historia siempre han existido parejas no ligadas por el vínculo matrimonial y, por consiguiente, hijos extramatrimoniales y los legisladores no deben ignorar estas situaciones como si nada pasara.

La postura adoptada por la ley le impide al hijo establecer en forma real su filiación, pasando a ser, por tanto, un hijo de segunda clase, que sólo tiene el consuelo de llevar el apellido del progenitor, que según la exposición de motivos, el apellido del progenitor le daba al hijo natural, por el sólo hecho de adquirirlo una posición definida en la sociedad. De igual forma, Sara Montero Duhalt, expresa su crítica a la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, en los siguientes términos:

“Esta ley, tan revolucionaria en otras materias, y que tuvo el acierto de eliminar la calificación de los hijos espurios, fue enormemente retrógrada en los derechos que otorgaba a los hijos extramatrimoniales, pues sólo les concede el dudoso honor de, al ser reconocidos, llevar el apellido del progenitor que reconoce... Es inconcebible

²⁵ *Ibid*, p. 26.

que una ley revolucionaria de la magnitud de la que comentamos que, por un lado extinguió la potestad marital y por otro, los calificativos infamantes a los hijos, haya retrocedido de tal manera en su sentido de la justicia, quitando a los hijos el derecho a alimentos de parte de sus progenitores y el derecho a entrar a la sucesión legítima de los mismos... Estas y otras razones más de las aducidas, nos parecen incompatibles con el espíritu general de la Ley sobre Relaciones Familiares.”²⁶

En efecto, la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, permitió la investigación de la paternidad en los supuestos de raptó o violación y en el caso de que hijo tuviera la posesión de estado de hijo, pero si el hijo comprobaba la paternidad los efectos de la filiación eran limitados, pues solo tenía el derecho a llevar el apellido del padre. Esta ley, en su momento, fue duramente combatida, por juristas de la época dada la influencia recibida de las legislaciones norteamericana y alemana y por apartarse de los lineamientos o tradiciones jurídicas seguidas por los Códigos civiles de 1870 y 1884 en materia familiar, pero, sin duda, las innovaciones introducidas por esta ley, en la legislación civil mexicana tendrán influencia en la redacción del Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

1. 6. Códigos Civiles para el Estado de México de 1937 y 1956.

Los trascendentales cambios llevados a cabo en México, a raíz de la Revolución Mexicana, en los ámbitos político, social, económico y jurídico que además fueron recogidos y plasmados principalmente en los artículos 27, 28 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, propiciaron que todo el ordenamiento jurídico secundario tendiera a la renovación, para adecuarse a los nuevos principios constitucionales de justicia social. En este sentido, la legislación civil, no podía permanecer ajena al movimiento de transformación social y se

²⁶ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*, 4ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1990, p. 35.

requería su cambio; en consecuencia, se encomendó la integración de una comisión para la elaboración de un nuevo Código Civil, que estuviera más acorde con las tendencias sociales del país. La comisión redactora del proyecto definitivo estuvo conformada por Francisco H. Ruiz, Rafael García Peña e Ignacio García Téllez.

Los autores del Código Civil que fue promulgado el 30 de agosto de 1928, y que iniciara su vigencia a partir del 1º de octubre de 1932, comentaban en la exposición de motivos: "...que no tuvo reparo en inspirarse en legislaciones extranjeras en aquellos puntos en que era deficiente la legislación patria, y en tomar en cuenta las teorías de reputados tratadistas europeos para proponer algunas reformas. Esto, sin descuidar nuestros propios problemas y necesidades, y, sobre todo, procurando que enraizaran en el Código Civil los anhelos de emancipación económica de las clases populares que alentó nuestra última revolución social y que cristalizaron en los artículos 27, 28 y 123 de la Constitución Federal de 1917".

"El Código Civil vigente, -de 30 de agosto de 1928-, fue promulgado por el presidente Plutarco Elías Calles y empezó a regir a partir del 1º de octubre de 1932; advirtiéndose en este cuerpo de leyes que la necesidad de renovar la legislación civil no pudo permanecer ajena al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan."²⁷

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928 fue adoptado por el Estado de México, en su totalidad, para tener vigencia en el territorio del Estado, realizando cambios mínimos, así lo establecía el decreto de nueve de agosto de 1937. Se consideraba que el Código Civil de 1928, -ordenamiento civil local para el Distrito Federal y Código Federal para toda la República- habían hallado realización práctica y cristalización real las nuevas ideas y doctrinas sobre igualdad y mejoramiento social.

Dado que el Estado de México adoptó el Código Civil del Distrito Federal de 1928 para que rigiera también en su territorio, pasaremos al análisis de la filiación e

²⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*, T.I, Introducción, 2ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, p. 76.

investigación de la paternidad, pues en estas materias la comisión redactora del citado Código de 1928 realizó trascendentales cambios, siguiendo en algunos puntos a la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. El Código Civil de 1928, borra en forma definitiva la distinción que establecía el Código de 1884 entre los hijos naturales y los hijos espurios, concede los mismos derechos a los hijos legítimos y a los hijos naturales, además, otorga a los hijos reconocidos por el padre el derecho a llevar el apellido del progenitor que lo reconozca, a los alimentos y a percibir la porción hereditaria que fije la ley, sin discriminarlos, al efecto, la exposición de motivos explicaba:

“Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, por que los hijos tienen derecho de saber quiénes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución.

Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quién es su madre, y se estableció a favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos del concubinario y de la concubina.”

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928, como lo menciono, la comisión redactora, amplió los casos en que se autoriza la investigación de la paternidad, para los hijos nacidos fuera de matrimonio en el artículo 382 el cual establece en cuatro fracciones, los siguientes supuestos: I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; II. Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre; III. Cuando el hijo haya

sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente; y IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre". Para la doctrina, el Código Civil de 1928, en su artículo 382, fracción IV, se afilia al sistema de la libre investigación de la paternidad, por consiguiente, "cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre" podrá entablar una demanda, no siendo necesario, en consecuencia, un principio de prueba por escrito, como lo exigía la Ley francesa de 1912. Otro sector de la doctrina sostiene que esta fracción limita la investigación de la paternidad a las cuatro fracciones que enumera.

"Por último, admitimos como en la ley francesa, que la paternidad podrá investigarse si hay un principio de prueba; pero ya no requerimos que sea por escrito, y esto tiene la ventaja de permitir una gran flexibilidad en cuanto a las pruebas que puedan rendirse, que generalmente para hombres incultos que incluso no saben escribir o para aquellos que quieran eludir su responsabilidad, nunca aparecerá la prueba escrita, pero si habrá presunciones muy graves que puedan autorizar al juez para decretarla..."²⁸

El mismo Código sostiene que la acción de investigación de la paternidad o maternidad sólo puede intentarse en vida del presunto padre, el hijo reconocido por el padre o la madre o por ambos tiene el derecho a llevar el apellido paterno del progenitor que lo reconozca, a ser alimentado y a percibir la porción hereditaria que fije la ley, estableciéndose un gran avance a favor de los hijos extramatrimoniales.

En lo que se refiere a la investigación de la maternidad, se adopta el principio de la libre investigación, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios de prueba, sin embargo, no esta permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

El Código Civil de 1928, estuvo en vigencia, en el territorio del Estado de México hasta el 3 de enero de 1957, año en que entró en vigor el nuevo Código Civil para el

²⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, T II, Derecho de Familia, 9ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, p. 717.

Estado de México, publicado en la Gaceta de Gobierno el 29 de diciembre de 1956. El Código Civil para el Estado de México de 1956 siguió, en general los lineamientos establecidos por el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, en materia de filiación e investigación de la paternidad se copian literalmente los artículos del Código Civil para el Distrito. El Código Civil para el Estado de México de 1956, tuvo una vigencia de cuarenta y cinco años, fue de nueva cuenta sustituido por el Código Civil para el Estado de México, publicado en la Gaceta del Gobierno del 7 de junio de 2002.

El Código Civil vigente en el Estado de México en lo concerniente a la investigación de la paternidad, no hace modificaciones importantes, sigue los lineamientos del anterior Código Civil de 1956 que a su vez se basó en el Código del Distrito Federal de 1928. La comisión redactora del nuevo Código Civil ni siquiera dedica un apartado, en la exposición de motivos a la investigación de la paternidad por parte de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la única novedad en materia de filiación es haber excluido a la legitimación, institución que ya había sido considerada obsoleta por la doctrina, ya que los dos anteriores Códigos civiles del Estado de México otorgan los mismos derechos a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Por lo que, respecto a la investigación de la paternidad se establece que esta permitida, según lo dispone el artículo 4.175 del Código Civil vigente en el Estado de México, pues es igual al artículo 382 del ahora Código Civil federal de 1928. Sin duda, este artículo fue en su tiempo, un gran avance permitiendo la investigación de la paternidad para los hijos extramatrimoniales, pero en la actualidad es necesario que se modifique, para adecuarlo sobre todo para que se permita la utilización de las pruebas biológicas en los procesos sobre investigación de la paternidad, permitiendo a los hijos nacidos fuera de matrimonio establecer su filiación materna o paterna, en caso de que se nieguen los progenitores a reconocer voluntariamente e imponiéndoles las responsabilidades que todo padre debe tener con sus hijos.

CAPÍTULO 2.

DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN EN GENERAL.

2. 1. Concepto.

Filiación palabra que viene del “latín filiatio –onis, de filius, hijo”¹ y paternidad del latín pater, padre. Sin duda, la filiación que es una institución integrante del Derecho de familia que tiene importancia fundamental, pues regula el fenómeno natural de la procreación. La responsabilidad que se establece con la filiación es trascendental, porque todo ser humano al nacer, necesita de atenciones y cuidados que le permitan un desarrollo estable hasta su mayoría de edad.

“La filiación como una de las partes del Derecho de familia, participa, como el matrimonio, de la característica de que no es una institución creada y regulada por el Ordenamiento jurídico, sino un hecho natural que el Derecho acepta, reconoce y regula, inspirado en un criterio de protección que se basa en la naturaleza, en el interés social... El concepto de filiación es: relación biológica entre los padres y los hijos que han generado, y también jurídica, al ser reconocida y aceptada por el Derecho.”²

Así, la filiación desde el punto de vista natural, es una relación biológica entre progenitores e hijo, derivada del hecho natural de la procreación, por lo tanto, la procedencia de los hijos respecto de los padres interesa al Derecho por las trascendentales consecuencias jurídicas que origina tanto a los hijos como a los padres. Por lo que una vez establecida la filiación se establecen derechos, deberes y

¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Voz Filiación en Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, T. II, 1ª. edic., Edit. Porrúa- UNAM (I.I.J.), México, 2000, p. 1699.

² O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Investigación de la paternidad, acciones de filiación, acción de investigación de la paternidad, prueba biológica*, 1ª. edic., Edit. Actualidad Editorial S.A., Madrid, España, 1994, p. 10.

obligaciones recíprocas entre el hijo y los padres, de ahí que el Derecho regule de una manera específica la institución de la filiación. Después de haber visto a la filiación desde ángulo natural pasaremos al estudio de la misma desde el punto de vista jurídico, así tenemos que el término filiación es definido por la doctrina como:

“La filiación, tomada en el sentido natural de la palabra, es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea; pero en el lenguaje del Derecho, la palabra ha tomado un sentido mucho más estricto y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Justificase esta limitación, porque esa relación se reproduce idéntica a sí misma en todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad, cuando se considera respectivamente, por parte del padre o de la madre. Por tanto, 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”.³

“La filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado. Encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo, obviamente, en la adoptiva que corresponde a una creación legal... La filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con la otra; es un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas; es un estado civil por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones”.⁴

³ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, T. II, Introducción, familia, matrimonio, traducción del Licenciado José M. Cajica jr., 2ª. edic., Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, pp. 110 y 111.

⁴ BUENO RINCON, Fabio Enrique. *La Investigación de la Filiación y las Pruebas Biológicas*, 2ª. edic., Edit. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, pp. 32 y 33.

Por último, don Ignacio Galindo Garfias sostiene que: "La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo".⁵

También, resulta importante establecer las diferencias entre maternidad y paternidad. Así, la maternidad es un hecho susceptible de prueba directa, pues el embarazo y el parto así como la identidad del producto son datos que se pueden comprobar, ya sean, dentro o fuera del matrimonio. Sólo en algunos casos, excepcionales, por cierto, habrá incertidumbre sobre la maternidad; por ejemplo, cuando el hijo recién nacido sea abandonado por su madre o el alumbramiento tenga lugar sin testigos.

En cambio, la paternidad no es un hecho susceptible de prueba directa, en este supuesto el Derecho recurre a una presunción *juris tantum*, que admite prueba en contrario. Esta presunción deriva del matrimonio, en ella se establece que los hijos de una mujer casada son hijos de su esposo, pues la madre debe observar los principios de fidelidad y cohabitación. La paternidad fuera del matrimonio, no goza de tal presunción, y por tanto, resulta incierta y sólo puede establecerse la filiación por un reconocimiento voluntario por parte del presunto padre o por juicio de investigación de la paternidad a través de la sentencia que declare la paternidad.

2. 2. Las clases de filiación.

La institución de la filiación, en relación con los hijos, puede surgir de tres formas: por obra del matrimonio, fuera de matrimonio, o puede constituirse por medio de un acto jurídico llamado adopción.

⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Voz Filiación en: *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, T. II, 1ª. edic.; Edit. Porrúa-UNAM (I.I.J.), México, 2000, p. 1699

La filiación matrimonial, la filiación extramatrimonial y la filiación adoptiva se establecen de modo distinto; sin embargo, una vez establecida la relación paterno-filial, entre el padre y el hijo, las consecuencias jurídicas derivadas son las mismas en lo general para las tres formas de filiación. Nuestro ordenamiento jurídico fue uno de los primeros en igualar en derechos a todos los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, sin importar su origen, eliminando todo tipo de discriminación. En lo único que difieren las diferentes calidades de filiación es en la forma de constituir el nexo paterno-filial.

La filiación matrimonial se constituye cuando el nacimiento de un niño acaece dentro de una pareja casada legalmente y dentro de los plazos establecidos por la ley. En efecto, la existencia del vínculo matrimonial entre el padre y la madre tiene como efecto la certeza de la filiación del hijo con su madre y padre. Ciertamente la ley establece una presunción en el sentido de que todos los hijos que de a luz una mujer casada dentro del matrimonio son hijos del marido, esta presunción como se analizará más adelante no es absoluta, pues admite prueba en contrario.

En cambio, la filiación extramatrimonial se constituye de dos maneras: por el reconocimiento voluntario que efectúe el presunto progenitor, aceptando su maternidad o paternidad, y mediante los requisitos y formas establecidos en la ley. Se establece también por medio del ejercicio de una acción denominada investigación de la paternidad, iniciada por el hijo, su madre o su representante legítimo. Si él acredita y prueba ser hijo del sujeto a quien imputa la paternidad, por medio de la sentencia que dicte el órgano jurisdiccional, se establecerá el vínculo paterno-filial aún en contra de la voluntad del presunto padre.

En la llamada filiación civil o adoptiva se establece un vínculo de filiación legal como consecuencia del acto jurídico de la adopción que transforma al adoptante en padre, y al adoptado en hijo. Por medio de la adopción se crea un nexo de filiación entre dos personas extrañas. La filiación adoptiva no surge del hecho biológico de la procreación, pues se considera que es una institución que imita a la naturaleza, pero generando los mismos derechos y obligaciones como en la filiación matrimonial.

En la filiación surgida del matrimonio y en la filiación extramatrimonial la ley se basa en el nexo biológico para generar el vínculo jurídico, pero en la filiación adoptiva

no hay nexo biológico, constituyendo la principal diferencia en la forma de establecer la filiación.

“Normalmente coincide la filiación biológica con la jurídica, pero no siempre es así. Si los hijos nacidos fuera de matrimonio no son reconocidos por sus progenitores, estaremos frente a un caso de filiación biológica, pero no jurídica. También puede darse el caso contrario, una filiación jurídica sin sustento biológico cuando un hombre o una mujer reconocen a un hijo extramatrimonial a pesar de que éste no ha sido engendrado por ellos. Caso aparte es de la filiación adoptiva en el cual la relación jurídica se basa en el consentimiento manifestado para establecer la filiación y no en la relación biológica.”⁶

No obstante lo anterior, en la actualidad los principios en que se fundamenta la institución de la filiación, en especial la filiación matrimonial, empiezan a ser cuestionados.

En efecto, debido al acelerado desarrollo que han adquirido las novedosas técnicas de reproducción asistida, en especial la inseminación artificial y la fecundación extrauterina, en donde se excluye la cópula carnal entre el hombre y la mujer y se realiza la fecundación por medios artificiales, temas que son complicados ante la estrecha regulación llevada a cabo por el legislador.

Estas técnicas de reproducción asistida son utilizadas por las parejas que no han podido concebir hijos, ya sea por la esterilidad de alguno de ellos o de ambos o alguna otra causa que impida a la pareja engendrar hijos de manera natural.

Sin duda, estas técnicas han sido objeto de constante debate y discusión a favor y en contra, sobre todo en la llamada inseminación heteróloga, que se abordará mas adelante en este trabajo.

“En los casos de parejas que desean tener un hijo, lo que no logran por alguna de las múltiples causas apuntadas, el desarrollo técnico-científico permite las

⁶ BRENA SESMA, Ingrid. Filiación en: *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo XII, 1ª. edic., Edit. Porrúa-UNAM (I.I.J), México, 2002, p. 798.

alternativas de la inseminación artificial –cuando los espermatozoides no llegan normalmente a las trompas- o de la fecundación extrauterina –cuando la unión de las gametas no puede realizarse en el aparato femenino o realizada, ocurren abortos a repetición-.”⁷

Asimismo, se deben analizar, aunque de manera sucinta la inseminación postmortem y la maternidad subrogada o arrendamiento de útero principalmente por las consecuencias jurídicas que se pueden originar al utilizar estas técnicas de la biotecnología.

Las técnicas anteriormente citadas complican lo relacionado a la filiación profundamente, porque ahora es más difícil establecer el nexo biológico y genético entre el progenitor y el hijo. Visto lo anterior pasaremos al estudio de cada una de las formas por las que se establece la filiación.

2. 2. 1. Matrimonial.

La filiación matrimonial, como ya lo habíamos mencionado anteriormente, es la derivada del acto jurídico del matrimonio entre los padres. Por lo tanto, la filiación matrimonial “es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres”.⁸ En principio, debe considerarse hijos nacidos de matrimonio, aquellos cuyo padre y madre estaban casados en el momento de la concepción⁹

En este tipo de filiación, los hijos de una mujer unida en matrimonio gozan de la presunción establecida por la ley, conforme a la cual el esposo de la mujer casada es el padre de los hijos que la madre ha dado a luz.

⁷ YUNGANO R., Arturo. Derecho de Familia (Teoría y Práctica), 3ª. edic., Edit. Ediciones Macchi, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 217.

⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*, T. I, Introducción, personas y familia, 27ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 452.

⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia, 21ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2002, p. 643.

Esta presunción conocida desde el Derecho romano, expresión que es escrita en latín como: *pater is est quem justae nuptiae demostrant*; es decir, padre es el que demuestran las nupcias, el padre es el que el matrimonio indica.

“El hijo que nace de un matrimonio tiene a su favor la presunción de certeza de su filiación materna y paterna. El matrimonio trae como consecuencia directa la certeza de la filiación a favor tanto del hijo como de los padres. En razón del estado de casados los cónyuges tienen derechos y deberes recíprocos, entre ellos la fidelidad, entendida por tal, la exclusividad de la relación sexual del marido y de la esposa, legalmente existe el débito carnal entre ellos. En base a ello, la ley otorga crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo. Padre es que es el que demuestra las justas nupcias, decían los romanos...”¹⁰

Con fundamento en la presunción de paternidad, establecida por el Código Civil del Estado de México, el hijo que nace dentro del matrimonio no tiene que probar quién es su padre, pues la ley presupone que el hijo nacido de una mujer casada es también hijo del esposo.

La presunción de paternidad, también se fundamenta principalmente, en el deber de fidelidad que debe observar la esposa, durante el matrimonio.

Sin embargo, el Código Civil vigente en el Estado de México, en su artículo 4.147, establece que se presumen hijos de los cónyuges: los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, tomando como base los plazos mínimo y máximo de la gestación, en los que un producto pueda nacer vivo.

Los plazos legales se fundamentan en los conocimientos científicos, registrados por la ciencia médica, que establecen que el tiempo mínimo de la gestación de un producto no es menor de ciento ochenta días, pero tampoco puede permanecer dentro de la madre más allá de los trescientos días. No obstante, la ciencia médica

¹⁰ SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo. *Derecho Civil*. Parte general. Personas y familia, 1ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, p. 423.

también cuenta con métodos para adelantar o atrasar el alumbramiento, sin peligro para el hijo o la madre, por lo tanto, el nacimiento del hijo puede ocurrir antes de ciento ochenta días o después de trescientos días.

En consecuencia, para la ley son hijos de matrimonio los que nazcan después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de las nupcias, por muerte de alguno de los cónyuges o separación por orden judicial.

La ley también considera como hijos de matrimonio, a los nacidos dentro del plazo de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio si el padre no lo desconoce, en este supuesto, se le considera como hijo habido de matrimonio por ministerio de ley.

Artículo. 4.149. Si el esposo ha otorgado su consentimiento tácito o expreso, no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

También son considerados hijos matrimoniales, los nacidos de matrimonio, pero declarado nulo, no importando si hubo mala o buena fe por uno o ambos cónyuges, así lo establecen los artículos 4.78, 4.79 y 4.80 del Código Civil vigente en el Estado de México.

Artículo. 4.78. El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo a favor de los hijos de ambos nacidos antes y durante el matrimonio y trescientos días después de la declaración de nulidad, o desde la separación de los cónyuges, en su caso.

Artículo. 4.79. Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

Artículo. 4.80. Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos.

2. 2. 2. Extramatrimonial.

La filiación extramatrimonial, también conocida anteriormente como filiación ilegítima o natural, se establece cuando los hijos son concebidos por padres no ligados por el vínculo matrimonial. "La filiación de hijos nacidos fuera de matrimonio, en términos generales, corresponde a los concebidos por progenitores que no están unidos en matrimonio"¹¹

Por otra parte, Sara Montero Duhalt, expresa: "La filiación extramatrimonial o natural es la relación jurídica entre progenitor e hijo que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero, o por sentencia que cause ejecutoria imputando la filiación a cierta persona".¹²

El nacimiento de hijos de parejas no ligadas por el vínculo matrimonial es una realidad que es tratada de diversas formas por los legisladores en las diferentes épocas y países.

Las posturas que han adoptado los ordenamientos jurídicos, ante esta situación, es desde el rechazo total a los hijos habidos fuera de matrimonio, en algunos casos desde que nacían ya eran considerados esclavos, negándoles hasta los más elementos derechos, asignando, además a este tipo de hijos toda clase de calificativos infamantes. Otros órdenes normativos asumieron una actitud menos rigorista con los hijos naturales; sin embargo, los hijos habidos fuera de matrimonio siempre fueron considerados inferiores por la mayoría de las legislaciones pasadas.

En el ordenamiento jurídico romano solamente, los hijos habidos del concubinato, los *liberi naturali*, podían ser legitimados, por el subsiguiente matrimonio de sus padres y en ciertas ocasiones tenían derecho a heredar. Las otras categorías de

¹¹ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales, 3ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 137.

¹² MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*, 4ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1990, p. 302.

hijos, no podían ser legitimados, se les privaba de todos los derechos, se decía que seguían la condición de la madre.

El antiguo Derecho español fue prolijo en clasificar y estigmatizar a los hijos habidos fuera de matrimonio; no obstante, lo anterior, les impuso calificativos denigrantes. Sobre esto, los hijos naturales fueron divididos en naturales y espureos; los hijos naturales, eran aquellos que nacían de padres solteros y que no tenían ningún impedimento para poder contraer matrimonio, eran los hijos habidos con barragana. A los demás hijos naturales se les denominaba espureos que eran los adulterinos, los incestuosos (llamados nefarios si el nacimiento del hijo fue producto de una relación no dispensable por vínculos de sangre); los sacrílegos, eran llamados así los hijos en el que uno de los progenitores o ambos tenían voto solemne de castidad o habían recibido orden sagrada; por último, los mánceres, eran los nacidos de las prostitutas o mujeres de mancebía y burdel.

"Así las cosas, irrumpen en el campo doctrinal de Europa a principios del siglo XVIII, la filosofía del iluminismo y la escuela del derecho natural, precursora de la revolución, y sus doctrinas tienden a resolver el problema de una manera simplista, concediendo a los hijos ilegítimos iguales derechos que a los legítimos. Estas orientaciones plasmaron en la ley revolucionaria del 12 brumario del año II (si bien la admisión simple de la prueba se restringe) y en otras disposiciones concordantes; pero el Code civil señala una reacción seria contra el individualismo revolucionario. Napoleón consideró que la sociedad debía desinteresarse de los hijos naturales, por lo que sus derechos se redujeron, y si bien no se volvió a la severidad del derecho antiguo, el deseo iusnaturalista de la equiparación desapareció de modo definitivo"¹³

El Código Civil francés de 1804 retomó la postura discriminatoria en contra de los hijos naturales, fue este mismo ordenamiento jurídico el que tuvo una amplia

¹³ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*, T.II, Paternidad y Filiación, p. 18, citado por SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo. *Derecho Civil*. Parte General, personas y familia, 1ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, p. 140.

influencia en materia de filiación en los Códigos civiles elaborados durante el siglo XIX.

En el Código Civil francés de 1804, los hijos naturales, son tratados de manera injusta, inhumana, pues los consideraba seres inferiores. Fue Napoleón, quien afirmara en algunas deliberaciones concernientes al Código citado: " que al Estado y a la sociedad no le interesan los hijos naturales," "los hijos así nacidos no interesan ni sirven a Francia".

Por otra parte, a los demás hijos naturales, los adulterinos y los incestuosos, el Código Civil francés de 1804, no les otorga ningún derecho, no pueden ser legitimados y tampoco pueden ser reconocidos por sus padres. No se les tiene ninguna compasión, pues esta clase de hijos no tenían la culpa de los hechos llevados a cabo por sus padres.

Solamente al hijo natural simple, cuando no es adulterino o incestuoso, se le permitió ser reconocido voluntariamente por sus padres, pero le prohibió prácticamente la acción de investigación de la paternidad y sólo la autorizo en una hipótesis el rapto.

Respecto a la legislación que estuvo vigente en México en el siglo XIX, principalmente los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884, las comisiones encargadas de elaborar dichos Códigos, trataron en cierta forma, de atenuar el trato discriminatorio que había en contra de los hijos ilegítimos, concediéndoles algunos derechos, sobre todo a los hijos espurios, los adulterinos e incestuosos; sin embargo, el trato injusto para los hijos habidos fuera de matrimonio, en su conjunto, sigue manteniéndose, de este modo, se sigue la tradición de situar a los hijos ilegítimos, en una condición de suma inferioridad frente a los hijos legítimos, iniciada por el Código Civil francés de 1804.

Las legislaciones anteriormente citadas, siguieron un principio consistente: en que todos los hijos nacidos fuera de matrimonio deben tener una condición jurídica inferior a la de los hijos nacidos de padres unidos en matrimonio.

Se consideraba que igualar la condición jurídica de todos los hijos, sin importar el origen por razón de nacimiento, equivaldría a sancionar una barbara injusticia, que atentaría contra los derechos de los hijos legítimos y el matrimonio.

Afortunadamente nuestra legislación fue una de las primeras en equiparar en derechos a los hijos matrimoniales con los hijos habidos fuera del matrimonio; por lo que el legislador, por primera vez consideró que era una irritante injusticia castigar a los hijos extramatrimoniales, por culpas ajenas, las cuales tampoco les son imputables.

Por consiguiente, le tocó a la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, suprimir en la ley, toda distinción, por razón de nacimiento, reputando a todos los hijos habidos fuera de matrimonio como simplemente naturales, eliminando el calificativo de hijos espurios asignado a los hijos incestuosos y adulterinos.

Sin embargo, la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, a pesar de haber eliminado los calificativos discriminatorios, con los que se designaba a los hijos habidos fuera de matrimonio, sólo les otorgó el "honroso" derecho de llevar el apellido del progenitor que lo reconocía, prohibiendo, por tanto, el derecho a recibir la porción hereditaria que la ley le otorgaba, y el derecho a ser alimentado que ya le otorgaban los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884, en consecuencia la equiparación de los hijos extramatrimoniales con los matrimoniales no fue completa.

"Es curioso observar que el aparente avance se contradice en el artículo 210. Éste expresa lo que ya se mencionaba en la exposición de motivos, que el reconocimiento solamente confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace. Contrasta con los artículos 383 y 356 de los códigos anteriores respectivamente, que prevenían que el hijo reconocido tenía derecho, no sólo a llevar el apellido del que lo reconoce sino a ser alimentado por éste y a percibir la porción hereditaria que señala la ley. Sin embargo, por otro lado, en materia de alimentos se prevenía la obligación a los hijos (Art. 53)..."¹⁴

No obstante, la plena equiparación de derechos entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales la llevó a cabo el Código Civil para el Distrito Federal,

¹⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales*, 3ª. edic.. Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 149.

promulgado el 30 de agosto de 1928 y que entró en vigor hasta el 1 de octubre de 1932. En lo tocante a los hijos extramatrimoniales borra la clasificación discriminatoria que establecían los Códigos Civiles de 1870 y 1884; además, otorga a los mismos el derecho a recibir la porción hereditaria, que marque la ley y el derecho a recibir alimentos, siempre y cuando hayan sido reconocidos por uno o ambos progenitores o por la sentencia que establezca la filiación en un proceso sobre la investigación de la paternidad, recordemos que la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, sólo otorgo al hijo reconocido el derecho a llevar el apellido del progenitor que lo había reconocido.

“En el Código Civil vigente se ha borrado hasta donde le fue posible al legislador esta clasificación que en sí misma resultó odiosa, incluso para quienes la toleraron en el campo de la doctrina o la jurisprudencia o para los legisladores que la admitieron...pues se reconoció que no debe mancharse la existencia de un ser humano desde su origen, para que su calidad de hijo incestuoso o adulterino lo perjudique toda su vida...”¹⁵

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928, fue adoptado, casi en su totalidad, para regir en el territorio del Estado de México, así lo señalaba el Decreto del 9 de agosto 1937; sin embargo, fue sustituido por el Código Civil del Estado de México del 29 de diciembre de 1956 y que entrará en vigor el 3 de enero de 1957, este último Código del Estado de México siguió en materia de filiación los mismos lineamientos establecidos por el Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

El Código Civil para el Estado de México de 1956 fue de nueva cuenta sustituido por el actual Código Civil del 7 de junio de 2002 y el cual no hace modificaciones importantes, en materia de filiación sigue al Código Civil que lo antecedió. En efecto, el Código Civil vigente en el Estado de México, sigue el principio de suprimir, lo más posible, las diferencias entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales otorgándoles los mismos derechos. La única diferencia entre la filiación matrimonial y

¹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*, T.I., Introducción, personas y familia, 27ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 494.

la extramatrimonial es en la forma de establecer la prueba de la relación paterno filial. Al respecto el artículo 4.162, del Código Civil vigente en el Estado de México dispone:

Artículo. 4.162. La filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, se establece por el reconocimiento o por una sentencia que declare paternidad.

En este sentido, la filiación de los hijos extramatrimoniales, se establece en cuanto a la madre por el hecho del parto, pues para la madre el reconocimiento es obligatorio; sin embargo, el hijo también podrá entablar una acción de investigación de la maternidad, en el caso de que no haya sido reconocido por la madre, así expresa el artículo 3.12 del Código Civil del Estado de México.

Artículo. 3.12. Para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre, domicilio y nacionalidad del padre de un hijo nacido fuera de matrimonio, es necesario que aquél lo pida por sí o por un mandatario especial.

La madre no puede dejar de reconocer a su hijo, debiendo figurar siempre su nombre, domicilio y nacionalidad en el acta de nacimiento. Si al hacerse la presentación no se da el nombre de la madre, se testará el espacio correspondiente, pero la investigación de la maternidad se realizará conforme a las leyes de la materia.

Además de los datos generales de los padres, se hará constar en el acta de nacimiento los de los abuelos maternos y en su caso, paternos.

En lo concerniente, al padre, la filiación extramatrimonial se constituye por un reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. Lo más común es que al presunto padre se le entable una demanda de investigación de paternidad, porque la madre la mayoría de las veces reconoce a sus hijos; sin embargo, podría darse el caso de que el nacimiento del hijo tenga lugar sin testigos y

sea abandonado por la madre, y en este supuesto será más difícil establecer su filiación materna y paterna.

2. 2. 3. Civil.

Como ya se había mencionado anteriormente, por medio de la filiación civil o adoptiva se establece un vínculo jurídico de filiación entre dos personas extrañas, que no tienen ningún vínculo biológico.

En efecto, en la filiación matrimonial y en la extramatrimonial, hay un nexo biológico que la ley reconoce para atribuirle consecuencias jurídicas; por otro lado, la filiación adoptiva se establece de un modo distinto, no surge del hecho de la procreación, por lo tanto, no hay un vínculo biológico, y constituye la principal diferencia. En este sentido, desde la antigüedad y actualmente todavía un sector de la doctrina, considera que la adopción es un instituto creado para imitar a la naturaleza.

“... la adopción que como paternidad fingida es constitutiva artificialmente de la relación paterno filial y que tiene una dimensión de tal jerarquía, que sitúa al hijo adoptivo en el mismo nivel y en la misma condición que el hijo legítimo que la naturaleza le ha dado a unos esposos. A éste tipo de filiación también se le llama civil... porque es en verdad, la adopción, una imagen de la naturaleza.”¹⁶

La adopción es una creación del Derecho, una ficción legal, por la que se acepta como hijo biológico al que no lo es; esta institución ha sido definida por la doctrina, en los siguientes términos: “La palabra adopción viene del latín *adoptio*, y *adoptar*, de *adoptare*, de *ad* y *optare*, desear (acción de adoptar o prohijar). Es recibir como hijo,

¹⁶ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*, T.III, Derecho de Familia, 2ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2001, p. 217.

con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente."¹⁷

"Cuando una persona por acto de voluntad dentro de un procedimiento establecido por la ley, declara su propósito de considerar como hijo suyo a un menor o incapacitado, tiene lugar la adopción. Nace así una relación paterno filial que aunque ficticia, es reconocida por el derecho. A este vínculo jurídico se le denomina parentesco civil."¹⁸

Desde un punto de vista personal la adopción surge, cuando una sola persona o una pareja de esposos, deciden voluntariamente y mediante la aprobación judicial, establecer un vínculo jurídico de filiación y paternidad, con un sujeto extraño, aceptándolo como hijo y creando relaciones análogas a las que resultarían de la filiación matrimonial. La adopción tiene antecedentes históricos remotos, pues los babilonios la establecieron en el Código de Hammurabi, dos mil años a. de J. C.; no obstante, se considera que en la India también se encuentran antecedentes.

"La adopción es una institución que tiene sus orígenes en la India, y de allí la tomaron los hebreos, quienes con su migración la llevaron a Egipto, de donde pasó a Grecia y luego a Roma, de donde se extendió prácticamente a todos los países."¹⁹

En efecto, es en el Derecho romano, donde la adopción, es ampliamente desarrollada, sus objetivos esenciales eran el de conservar el culto familiar y evitar la desaparición de la familia, cuando no había descendientes naturales. Se establecen dos formas de adopción: la primera denominada adrogatio o arrogatio, que consistía en la adopción de una persona sui juris: es decir, de un hombre libre, el cual no estaba sujeto a ninguna potestad. Y, por su parte, la adoptio, la cual era la adopción

¹⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales*, 3ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 217.

¹⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia*, 21ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2002, p. 471.

de una persona *alieni juris*, sujeto a otra potestad. La *adrogatio* y la *adoptio*, con el paso del tiempo pierden su utilidad, y durante la Edad Media es olvidada y desaparece del ámbito jurídico. En la legislación antigua de España, es regulada la institución de la adopción, especialmente en las Partidas, en donde se nota la influencia del Derecho romano.

Por otro lado, en Francia la adopción fue introducida por leyes civiles anteriores al Código Civil francés de 1804; sin embargo, este último ordenamiento la reguló de forma restringida, pues los adoptantes no debían tener hijos legítimos, y sólo se podían adoptar personas mayores de edad, con su consentimiento, además se establece que los efectos jurídicos sólo son entre el adoptante y el adoptado, es por lo tanto, una adopción limitada.

En México, no obstante, que los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884 siguieron, en gran medida, los lineamientos establecidos por el Código Civil francés de 1804, no reglamentaron la adopción, ya que la consideraban una institución extraña, a pesar de que la antigua legislación colonial vigente por algún tiempo en el México independiente sí regulaba la adopción.

“En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no se contiene disposición alguna sobre la adopción. En el primero, en relación al parentesco, sus líneas y grados, el artículo 190 decía claramente que “la ley no reconoce más parentescos que los de consanguinidad y afinidad”. Se puede observar que en lo relativo a las disposiciones sobre actos del estado civil, no se hace mención alguna a posible acto de adopción (Art. 49). Lo anterior se reproduce en el Código de 1884, y lo mismo señala el artículo 181 al establecer que la ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad y afinidad.”²⁰

Sin embargo, le corresponde a la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, introducir de nueva cuenta a la adopción, en nuestro ordenamiento jurídico, aunque

²⁰ SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo. *Derecho Civil*. Parte general, personas y familia, 1ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, p. 477.

de una manera limitada, el artículo 220 de la citada ley, la definía de la siguiente manera: "Adopción es el acto legal por el cual una persona de mayor edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural". Este artículo es contrario al principio de considerar al adoptado como hijo legítimo, pues lo considera un hijo natural, y la relación jurídica sólo se da entre el adoptante y el adoptado.

El Código Civil para el Estado de México, del 29 de diciembre de 1956, reglamentó la adopción simple, siguiendo al Código Civil para el Distrito Federal de 1928. Sin embargo, el legislador del Estado de México logra posteriormente, introducir la adopción plena, así lo establecía el Decreto del 11 de septiembre de 1987, estableciéndola en el artículo 372.

El Código Civil vigente en el Estado de México, del 7 de junio de 2002, reglamenta tres tipos de adopciones: la adopción simple, la adopción plena y la internacional. La adopción simple o semiplena crea un vínculo jurídico de filiación entre el adoptante y el adoptado exclusivamente.

"...La adopción semiplena establece vínculo entre adoptante y adoptado, pero no con el resto de la familia del adoptante; en cambio, continua la vinculación jurídica con su familia consanguínea para efectos alimentarios y sucesorios. Las críticas que se formulan a esta adopción señalan que con ella el niño o niña queda, por decirlo así, entre dos aguas, pues al estar vinculado con su familia de origen no termina de adaptarse a la familia de adopción, con la carga emocional que esta situación produce."²¹

En este sentido, el Código Civil vigente del Estado de México, establece en lo concerniente a la adopción simple que sólo el mayor de veintiún puede adoptar a alguno o más menores incapacitados, siempre y cuando acredite: que tiene más de

²⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales, 3ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 238.

diez años que el adoptado; acreditar tener medios para proveer los alimentos del adoptado; que la adopción sea benéfica para el adoptado, y que el adoptante sea una persona idónea para adoptar, de acuerdo con el certificado de idoneidad expedido por el Sistema para Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México, con base en los estudios médico, psicológico, socioeconómico y de trabajo social (artículo 4.178).

Para la adopción se dará preferencia a parejas unidas en matrimonio, al hombre y la mujer que acrediten jurídicamente vivir en concubinato y la mujer y el hombre sin descendencia según lo dispone el primer párrafo del artículo 4.179.

Los demás artículos que se refieren a la adopción expresan los efectos que se establecen al llevarse a cabo la adopción simple son: Que los cónyuges pueden adoptar cuando estén de acuerdo, entre el adoptante y la persona adoptada habrá los mismos derechos y obligaciones que entre padre e hijo, se establece, además, que los derechos y obligaciones que surgen de la adopción simple, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan únicamente al adoptante y a la persona adoptada (artículos 4.180, 4.184, 4.188).

Como se podrá observar este tipo de adopción tiene efectos muy limitados y así lo confirma el siguiente precepto:

Artículo 4.189. Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que se transfiere al padre adoptivo.

En cambio, en la adopción plena, al hijo que es adoptado se le considera como hijo matrimonial; es decir, como un verdadero hijo biológico, porque entra a la familia de los adoptantes con todos los derechos, deberes y obligaciones de un hijo consanguíneo. Este tipo de adopción es la que verdaderamente imita a la naturaleza, como afirman algunos autores, porque el hijo adoptado adquiere todas las características de un hijo consanguíneo.

²⁷ BRENA SESMA, Ingrid. Adopción en: *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo XII, 1ª. edic., Edit. Porrúa-UNAM (I.I.J.), México, 2002, p. 805.

El Código Civil en vigor del Estado de México expresa que pueden adoptar plenamente el hombre y la mujer unidos en matrimonio, el hombre y la mujer que acrediten jurídicamente vivir en concubinato o la mujer o el hombre sin descendencia, por su parte, los demás artículos sostienen:

Artículo 4.196. Sólo pueden adoptarse plenamente los abandonados, expósitos o entregados a instituciones públicas o de asistencia privada legalmente reconocidas.

También podrán adoptarse plenamente, aquellos menores cuya tutela legal haya sido conferida a instituciones por virtud de resolución judicial.

Artículo 4.197. La adopción plena extingue la filiación existente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio.

Artículo 4.198. La adopción plena es irrevocable.

El Código Civil en vigor del Estado de México, como ya se menciono, también regula la adopción internacional, modernizando sus artículos, beneficiando por consiguiente a los niños que no han podido ser adoptados por mexicanos, abriéndose la posibilidad de que sean adoptados por extranjeros, la adopción internacional es definida de la siguiente manera.

Artículo 4.199. La adopción internacional es la promovida por los ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y tiene por objeto incorporar en una familia, a un menor que no pueda encontrar una familia de su país de origen. Esta adopción se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, tomando en cuenta lo dispuesto por la Ley de Protección de los Derechos de Niñas, Niños, y Adolescentes y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código.

El Código Civil del Estado sostiene que las adopciones internacionales siempre serán plenas, pero se dará un seguimiento de las condiciones físicas, educativas y

emocionales del menor dado en este tipo de adopción. Para concluir este apartado, la adopción presenta los siguientes caracteres:

"A) Es un acto solemne, porque sólo se perfecciona a través de la forma procesal que señala el Código de Procedimientos Civiles.

B) Es un acto plurilateral porque se requiere fundamentalmente del acuerdo de voluntades del adoptante y del adoptado a través de su representante y exige una resolución judicial.

C) Es un acto constitutivo: a) de la filiación, y b) de la patria potestad que asume el adoptante.

D) Eventualmente es un acto extintivo de la patria potestad, en el caso de que en el momento de adopción, existan antecedentes de quienes hasta entonces ejercían la patria potestad, sobre el adoptado..."²²

2. 2. 4. Artificial.

El gran desarrollo que han alcanzado, en la actualidad, las técnicas de reproducción asistida, en seres humanos, para remediar en cierta forma, problemas de esterilidad o de imposibilidad para la procreación en parejas que desean tener hijos, han cimbrado la institución de la filiación, porque la legislación queda rezagada ante el avance, a veces tan acelerado de la ciencia y tecnología, y por los efectos y consecuencias jurídicas que se generan al utilizar estos procedimientos científicos.

"Efectivamente, en el ámbito del derecho de familia las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad. Sabemos que, en nuestro sistema jurídico, la maternidad es siempre cierta; que para el derecho, el padre es el marido de la

²² GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Primer curso. Parte general. Personas. Familia, 21ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2002, p. 679.

madre; que según nuestras normas, a cada hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre. Sin embargo, la biotecnología, y, muy en especial, las técnicas de fecundación asistida –que ya forman parte de nuestra cotidianidad-, nos enfrentan a hechos que cuestionan desde sus cimientos estos principios que parecían incuestionables. Incluso me atrevo a afirmar que desquician la institución de la filiación porque no sólo complican la investigación del vínculo paterno-materno-filial sino que desarticulan los mismos conceptos de maternidad y paternidad.”²³

Ciertamente la filiación basada en el nexo biológico, procedente de la unión sexual del padre y la madre, que dan origen a la filiación matrimonial y extramatrimonial, parece tambalearse, ante la utilización cada vez mayor de estas técnicas de reproducción asistida, utilizadas por parejas que no han logrado procrear hijos, las cuales son definidas por la doctrina:

“Por reproducción asistida deben entenderse todas aquellas técnicas que propician la fecundación por un método distinto a la cópula...”²⁴ “Se designan así todas aquellas manipulaciones científicas encaminadas a producir la gestación...”²⁵

Por consiguiente, se deben estudiar la inseminación artificial, homóloga y heteróloga, la fecundación extrauterina, la inseminación post mortem y la maternidad subrogada, por el impacto que tienen en nuestra legislación civil y en la filiación, por los efectos y consecuencias jurídicas que se pueden derivar, pues el Código Civil vigente en el Estado de México, no regula de manera eficiente en sus preceptos las técnicas de reproducción asistida.

En este sentido, la inseminación artificial, consiste en la introducción –por medios artificiales- en el órgano genital femenino de los espermatozoides, con el propósito

²³ PÉREZ DUARTE y N., Alicia Elena. “El impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas en la Familia: Presente y Futuro” en *Genética Humana y Derecho a la Intimidad*, 1ª. edic., Edit. UNAM (I.I.J.), México, 1995, p. 55.

²⁴ PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho de Familia*, 1ª. edic., Edit. McGraw-Hill Interamericana Editores S.A., México, 1998, p. 31.

²⁵ BRENA SESMA, Ingrid. Reproducción asistida en: *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, T.XII, 1ª. edic., Edit. Porrúa-UNAM (I.I.J.), México, 2002, p. 799.

de fecundar a la mujer, cuando no es posible naturalmente, excluyéndose, por tanto, la cópula carnal.

“La inseminación artificial consiste en el depósito de líquido seminal en el tracto reproductivo femenino, vía intravaginal, por medios distintos a los naturales, con la finalidad de fecundar un óvulo maduro y producir el embarazo, cuando la mujer, por trastornos físicos, fisiológicos o de otra índole, no puede concebir normalmente.”²⁶

La inseminación artificial se clasifica en dos clases: en homóloga y heteróloga, en el primer caso, la mujer casada es inseminada con el semen de su esposo; en el segundo, a la mujer unida en matrimonio, se le introduce esperma de un tercero o donante anónimo, extraño a la pareja. La inseminación artificial homóloga se utiliza:

“...Esta inseminación artificial con semen del marido (IAC) se practica en los casos en que, a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual. Ello puede deberse a la impotencia del hombre o al vaginismo de la mujer, pero también a otras anomalías, como trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que, por neutralizar los espermatozoides, aconsejan la inseminación intracervical, alteraciones del cuello del útero que exigen la inseminación intrauterina, etcétera.”²⁷

En este tipo de inseminación, el líquido seminal proviene del esposo de la mujer, y al parecer la utilización de la inseminación homóloga, no provoca problemas jurídicos, pues el hijo concebido bajo este procedimiento técnico, es hijo consanguíneo de ambos cónyuges.

“La inseminación de una mujer casada con el esperma de su esposo no representa, en realidad, conflicto de orden jurídico. El nacido como resultado de ella

²⁶ *Idem.*

²⁷ BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*, 5ª. edic. (4ª. Reimpresión), Edit. Atrea, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 469 y 470.

es hijo de matrimonio, su filiación y consecuente situación jurídica está prevista en la de (sic) las legislaciones. Existe una identidad entre la filiación consanguínea y la legal, la condición jurídica del menor esta reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar... Para que el equipo médico lleve a cabo la inseminación artificial homóloga, se requiere el consentimiento de la mujer y el marido, en el caso de la mujer unida en matrimonio, o de la pareja estable en las uniones no matrimoniales.”²⁸

Por otro lado, en la inseminación artificial heteróloga, se utiliza el semen de un tercero, donador anónimo, para inseminar a la mujer casada, este procedimiento es más complejo, en este caso se complica establecer la relación genética y consanguínea del hijo y el verdadero progenitor.

“...se ha practicado tradicionalmente cuando el marido es estéril y también en casos de incompatibilidad del factor Rh; incluso, si el marido es portador de anomalías cromosómicas transmisibles, aunque fuese fértil.

En estos casos se apela al semen fecundante de un tercero donante. A tal efecto se recurre a los denominados bancos de semen...”²⁹

La inseminación artificial heteróloga impacta profundamente, la estructura jurídica de la familia, sobre todo, en lo que concierne al parentesco consanguíneo, pues en la práctica de este procedimiento técnico, se utiliza el líquido seminal de un donador anónimo, para inseminar a la mujer casada, con el correspondiente consentimiento de su esposo; por tanto, se produce una desarticulación entre la paternidad genética o consanguínea y la paternidad legal. En este sentido, por las importantes consecuencias jurídicas que se generan, al utilizar la inseminación artificial heteróloga, se necesita del consentimiento de la mujer casada y sobre todo de su esposo. El Código Civil vigente en el Estado de México en sus artículos establece:

²⁸ BRENA SESMA, Ingrid. *El Derecho y la Salud. Temas a Reflexionar*, 1ª. edic., Edit. UNAM (I.I.J), México, 2004, p. 7.

Artículo 4.112. La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción.

Artículo 4.113. No podrá otorgarse el consentimiento de los padres o tutores para la reproducción asistida en una mujer que fuere menor de edad o incapaz.

Artículo 4.115. En los casos en que la inseminación artificial se efectuó con espermia proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad.

Artículo 4.116. El consentimiento a que se refiere este capítulo deberá otorgarse judicialmente.

“En los casos de inseminación heteróloga, consentida por la mujer y por su esposo, la madre está unida al hijo por filiación biológica, en cambio, el marido que consintió la inseminación, establecerá una filiación a través de lo que la doctrina moderna denomina “voluntad procreacional”, que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea. La aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de su esposa, es la fuente creadora del vínculo de filiación, independiente de la verdad biológica con todas las consecuencias legales, entre ellas la creación de un verdadero status filii, aun más, un status familiae.”³⁰

En el supuesto de que la mujer casada, fuera inseminada con el semen de un donador anónimo, sin el consentimiento de su esposo, el Código Civil del Estado de México, establece que es causa de divorcio necesario. Al respecto el artículo 4.90, estatuye que es causa de divorcio necesario en su fracción XVIII: Permitir ser

³⁰ BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*, 5ª. edic., Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina. p. 470.

³¹ BRENA SESMA, Ingrid. *El Derecho y la Salud. Temas a Reflexionar*, 1ª. edic., Edit. UNAM (I.I.J.), México, 2004, p. 13.

instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge.

En consecuencia, al hijo nacido por medio de una inseminación artificial heteróloga, el Código Civil del Estado de México, debería establecer que existe parentesco consanguíneo con la madre y su esposo, que consintieron en la utilización de este método de reproducción asistida.

Por otro lado, la llamada fecundación artificial o extrauterina, complica aún más, los problemas concernientes a la filiación, porque dificulta la investigación del nexo paterno filial, además puede generar otros conflictos jurídicos al utilizar esta técnica científica. La doctrina jurídica también le denomina a este procedimiento como: fertilización in vitro, fecundación extracorpórea o eutelegenesia.

La fecundación artificial o extrauterina, es aquella técnica científica, en que la unión de los gametos, óvulo y espermatozoides, se realiza fuera del útero de la mujer, es decir, la fecundación del óvulo por los espermatozoides se realiza en recipiente de laboratorio o in vitro, posteriormente el embrión resultante de la unión de los gametos, se traslada a la cavidad uterina, donde se desarrollará la gestación, y posteriormente se dará el alumbramiento.

El nacimiento de la primera niña, Luise Brown, utilizando la fecundación extrauterina, ocurrió en el año de 1978, en Inglaterra, comenzando, entonces un nuevo procedimiento encaminado a combatir la infertilidad o la esterilidad en parejas que desean tener hijos y no han podido tenerlos por otros métodos.

La fecundación extrauterina también se clasifica en homóloga y heteróloga, en la primera, se utilizan el óvulo de una mujer casada y el esperma de su esposo; en la segunda, el óvulo o el esperma o ambos gametos pueden ser de personas extrañas, es decir, de donantes anónimos que son ajenos a la pareja unida en matrimonio, por lo cual, este procedimiento de reproducción asistida también es criticado ásperamente, y las discusiones éticas y jurídicas, en el campo doctrinal, son constantes.

"...Esta forma de fecundación se da en aquellas mujeres que tienen obstruidas las trompas de falopio, lo que produce infertilidad, ya que aun cuando el óvulo es

fecundado con normalidad, al encontrar las trompas obstruidas, no puede llegar al útero, que es el lugar en donde se debe desarrollar. Así pues, se extraen los óvulos de la mujer, se fertilizan en el laboratorio y se implantan en el útero para que el bebé se desarrolle normalmente. Esta situación puede presentarse con diferentes variantes, ocasionando serios problemas... Uno de ellos es el que consiste en la implantación de un embrión fecundado con el óvulo de una mujer en el útero de otra, que es la que desarrolla el embarazo y el parto... Esta situación plantea un problema: ¿Quién es la madre, la que aportó el óvulo o la que la que lo desarrolló y de la que nació el bebé? ... Si hoy se presentara en tribunales una demanda de impugnación de la maternidad promovida por la persona que aportó el óvulo fecundado, estimamos que se le daría la razón a la mujer que dio a luz al hijo, en razón de que en los términos actuales de la ley vigente todo apunta a señalar como la madre a aquella que lo dio a luz y no a la aportadora del óvulo."³¹

Por su parte, el uso la fecundación extrauterina homóloga, es decir, utilizando los gametos de ambos cónyuges, el óvulo de la esposa y su fecundación in vitro por los espermatozoides del marido, no genera problemas jurídicos, pues es hijo genético y consanguíneo de ambos esposos. Sin embargo, la tecnología actual ha permitido la utilización de óvulos y semen de donantes anónimos, por parejas que desean tener hijos, en consecuencia, ante la imposibilidad natural que presentan ambos cónyuges se opta por la fecundación extrauterina heteróloga.

"La fecundación extracorporal ha sido posible, científicamente, mediante la manipulación de los gametos –espermatozoides y óvulos-. Para posibilitar tal manipulación han coadyuvado decisivamente las técnicas de congelamiento que permiten disponer durante un tiempo considerable –incluso años- el semen y óvulos para su utilización posterior en el proceso de fertilización... Éste es el origen de los bancos de semen y de los bancos de óvulos que disponen de material para la fertilización. Así, por ejemplo, un matrimonio en que el marido es estéril y la esposa

³¹ ELÍAS AZAR, Edgar. *Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano*. Jurisprudencia y Artículos Concordados, 2ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, pp. 337 y 338.

infértil, podrían ser los padres de un hijo concebido con semen y óvulos provenientes del banco.³²

Así, en el caso hipotético, de que el hijo nacido mediante la técnica de fecundación extraterina heteróloga interpusiera una acción de investigación de la paternidad o maternidad, se complicaría establecer su filiación, además, el Código Civil vigente del Estado de México, en su artículo 4.115, no permite en estos casos dar a conocer el nombre del donante y prohíbe la investigación de la paternidad.

Asimismo, la maternidad subrogada o arriendo de útero, es una práctica, en la cual, una mujer conviene con un matrimonio, en la mayoría de los casos, quedar embarazada –utilizando alguna de las técnicas de reproducción asistida- y al nacer el niño la madre “sustituta” se compromete a entregarlo a la pareja matrimonial, renunciando, por consiguiente a su maternidad.

...“la situación que se presenta cuando una mujer extraña al matrimonio se presta para que le sea implantado un óvulo fecundado, o se le insemine con elementos del marido. Se trata de la utilización del útero de una tercera mujer, bien sea en forma gratuita o remunerada.”³³

Sin embargo, este procedimiento es considerado ilícito, porque el ser humano no es un objeto que esta dentro del comercio y no puede ser objeto de contratos. También la paternidad y maternidad, por ser cuestiones de orden público no son renunciables y tampoco pueden ser objeto de contrato o convenio.³⁴

En este, sentido el Código Civil del Estado de México no reglamenta estos supuestos por lo que sería importante establecer un precepto en el que prohibiera o, bien, regulara estos convenios que son considerados por la doctrina como inmorales e ilegales.

³² BOSSER, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 5ª edic., Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 472.

³³ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales, 3ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 76.

"Las recomendaciones de los organismos internacionales y entidades científicas que se ocupan de los temas atinentes a la fecundación asistida, sostienen la necesidad de proscribir los contratos onerosos de alquiler de vientre; no obstante, algunas legislaciones y recomendaciones de diversos organismos internacionales reconocen su admisibilidad en caso de que se trate de un acuerdo gratuito, fundado en razones de solidaridad o en el afecto; sobre esta base lo admite la ley española de noviembre de 1988, entre otras legislaciones."³⁵

Por consiguiente, alrededor del hijo nacido mediante este procedimiento, se habla en lo concerniente a estos convenios de una madre genética, la cual aporta el óvulo y una madre fisiológica o gestante, es decir, a la mujer que se le insemína con esperma del marido o se le introdujo en el útero el embrión y de la cual nacerá el hijo, asimismo, genera un estado de incertidumbre en lo que se refiere a la filiación materna del hijo.

También rompe con los principios, conocidos desde el Derecho romano de *mater semper certa est* (la maternidad siempre es cierta) y *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre), ya que la filiación con relación a la madre, según lo establece la ley, resulta del sólo hecho del nacimiento.

Por otro lado, la inseminación post-mortem tampoco es regulada por el Código civil del Estado de México de una forma adecuada. Este método es debido a la tecnología actual que permite, por medio, de las técnicas de congelamiento, establecer bancos de semen, óvulos y embriones, los cuales son congelados a muy bajas temperaturas, y permiten su utilización posterior, en caso de no usarse inmediatamente.

Por tanto, el congelamiento de gametos humanos permite que la mujer, a su solicitud, sea inseminada con el semen de su esposo muerto, pero que previamente al morir, depósito su esperma en un banco de semen, manifestando su voluntad de que al fallecer, su esposa sea inseminada, este procedimiento llamado inseminación

³⁴ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. "La Fecundación Artificial en Seres Humanos, Consideraciones Jurídicas" en: *Estudios de Derecho Civil*, 3ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, pp. 550 y 551.

post-mortem presenta algunos problemas, ante la falta de regulación por parte del Código Civil del Estado de México. En este sentido, cuando la mujer que ha quedado viuda, se embaraza inmediatamente después de la muerte de su esposo, utilizando los gametos congelados que dejó su esposo en el banco de esperma, es posible que el hijo nazca dentro de los trescientos días, establecidos en el plazo que señala el artículo 4.147, fracción II, del Código Civil del Estado de México, por tanto, el hijo será considerado como hijo matrimonial; en cambio, si la inseminación de la mujer se realiza cuatro meses después de fallecido el marido, el hijo nacerá posteriormente a los trescientos contados desde la muerte del marido, y en consecuencia el niño será considerado como hijo extramatrimonial, lo que dificultaría establecer posteriormente su filiación paterna.

Otro sector de la doctrina sostiene, que la muerte pone fin a la personalidad, por tanto, la inseminación hecha después de fallecido el donante y el hijo nacido mediante este procedimiento no tiene padre, y debe considerarse como hijo extramatrimonial. En general la filiación por medios artificiales no está, en la actualidad, lo suficientemente regulada por el Código Civil en vigor en el Estado de México, a pesar de que en algunos de sus preceptos acepta las técnicas de reproducción asistida.

2. 3. La protección constitucional de los niños.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo cuarto, expresa la protección que se debe otorgar a los menores de edad, por parte de los ascendientes y autoridades del Estado Mexicano, sin embargo, en nuestra opinión debería incluir y adoptar el criterio que permite la libre investigación de la paternidad como el derecho que tiene toda persona de conocer sus orígenes y a establecer su

³⁵ BOSSER, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*, 5ª. edic., Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 475

filiación. Al respecto los últimos párrafos, del artículo constitucional comentado establecen los derechos que tienen los menores:

Artículo. 4. "... Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez".

El artículo 4º. de la Constitución Federal, como ya lo habíamos mencionado, debería reformarse para establecer, como derecho constitucional, la libre investigación de la paternidad, dado los avances que han tenido la biología y la genética. En este sentido, con las llamadas pruebas biológicas es posible establecer la paternidad o maternidad, con un alto grado de certeza, en caso de que se ejercite una acción de investigación de la paternidad, pues los niños y cualquier persona tienen el derecho de conocer sus orígenes y establecer su filiación. Por lo tanto, también debería establecerse que los derechos de los niños deben prevalecer sobre los demás, en caso de conflictos o de colisión con otros derechos en materia de filiación.

El artículo cuarto de la Carta Magna debe interpretarse conjuntamente con la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1989 y suscrita por México, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991. De acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Federal, pasa a formar parte del ordenamiento jurídico nacional, en consecuencia, debe ser observada y cumplida.

"La Convención de los Derechos del Niño ha tenido un impacto significativo en las legislaciones nacionales sobre menores, dando origen a las leyes de "segunda

generación", inspiradas por una protección integral de los menores. La Convención tiene entre sus múltiples méritos el de haber considerado a los menores como sujetos de derechos y no como objetos de la mera compasión social, además de haber producido un efecto sensibilizador con respecto a esos derechos, tanto en el nivel de la opinión pública como en el nivel de los especialistas, que han comenzado a examinar con mayor detalle las posibilidades jurídicas de protección de los menores"³⁶

En este aspecto, la Convención de los Derechos del Niño establece y define el principio del interés superior del menor, el cual debe ser observado por toda la legislación secundaria de la República Mexicana, por lo que, el Código Civil en vigor del Estado de México deberá modificar sus artículos en especial los preceptos que regulan la familia y principalmente los artículos que reglamentan la filiación y la investigación de la paternidad por parte de los hijos extramatrimoniales, para que estén en congruencia con el principio del interés superior del menor.

Del mismo modo, los diversos Códigos Civiles de los Estados de la República deberán modificarla, al respecto el Código Civil para el Distrito Federal llevó a cabo una importante reforma, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 25 de mayo de 2000, en el que adopta y adecua sus artículos concernientes a la filiación al interés superior del menor. Al respecto los artículos 1,2 y 3 de la Parte 1, de la Convención expresan:

Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2.

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin

³⁶ GARCÍA MENDEZ, Emilio. *Infancia-adolescencia. De los Derechos y de la Justicia*, Edit. Fontamara, México, 1999, pp. 29 y 66-67, citado por CARBONELL, Miguel, en: "Presentación a los Derechos de las Niñas y Niños", 1ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2004, p. XII.

distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo. 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...

"... las autoridades deben tomar en cuenta que hay un interés superior que debe ser preservado: el del niño, y que debe imponerse siempre que entre en conflicto con otro tipo de intereses. El interés superior del niño deberá ser observado con mayor intensidad por quienes tienen a su cuidado al menor, es decir, los progenitores, tutores o custodios, los cuales deberán velar por ese interés en todas las facetas de la vida del menor; también deberán observarlo, en la esfera en que tengan competencia, los educadores, los jueces, la administración pública, etcétera..."³⁷

Otros instrumentos jurídicos internacionales que también expresan derechos a favor de los niños son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 17, 18 y 19. Sin

³⁷ CARBONELL, Miguel. *Presentación a los Derechos de las Niñas y Niños*, 1ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2004, pp. XV y XVI.

embargo, no se trata de enumerar todos los tratados y declaraciones internacionales que reconocen y otorgan derechos a favor de los niños sino hacer que estos derechos tengan una aplicación efectiva, real y práctica a favor de los menores, que les permita, además, establecer de una forma sencilla su filiación, en las leyes secundarias de los Estados que han suscrito los tratados, en el caso de entablar una acción de investigación de la maternidad o paternidad.

También la Ley Para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación, con fecha de 29 de mayo de 2000, reconoce y adopta el principio del interés superior del niño en su artículo tercero, y el artículo 22 reconoce el derecho a la identidad:

Artículo 3. "... Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes":

- A. El del interés superior de la infancia.
- B. El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia....

Artículo 22. El derecho a la identidad esta compuesto por:

- A. Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil.
- B. Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.
- C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohiban...

La citada Ley reglamenta el párrafo sexto del artículo 4º. de la Constitución Federal, su artículo segundo, establece que sus disposiciones son de orden público e interés social y de observancia general en toda la República Mexicana. Por otro lado, no estamos de acuerdo con el artículo 22, fracción C, porque toda persona tiene derecho a conocer su filiación, por lo que, la libre investigación de la paternidad debe ser un derecho tutelado por la Constitución.

CAPÍTULO 3.

LA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE MÉXICO.

3. 1. Plazos para establecer la paternidad y maternidad.

La filiación que se deriva del matrimonio, es considerada, a través de los siglos y en las diversas civilizaciones como en sus distintos ordenamientos jurídicos la forma normal de establecer el vínculo paterno-filial, ya que por lo regular no hay problemas para establecer la filiación con los hijos habidos dentro del matrimonio y sus padres.

El hijo que nace de una pareja unida en matrimonio goza de total certeza, pues se establece plenamente su filiación materna y, por consiguiente, su filiación paterna. Los padres unidos en matrimonio, tienen en virtud del estado de casados, derechos y deberes recíprocos, entre los principales se encuentran los de cohabitación y fidelidad, por tanto, los hijos que nazcan de la mujer casada son también hijos de su esposo. Así la filiación matrimonial une a los progenitores con sus hijos y descendientes, en este sentido, la filiación matrimonial, antiguamente llamada legítima, se define como el nexo jurídico que une al hijo con su madre y padre casados.

Por consiguiente, la filiación matrimonial se establece con el matrimonio de los padres, el parto de la madre y la identidad del hijo y la concepción del hijo dentro del matrimonio por el marido.

La filiación matrimonial del hijo se establece con relación a la madre con el hecho del parto, porque es un acontecimiento que se puede probar de manera directa, los antiguos jurisconsultos romanos decían: *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater semper certa est* (la maternidad siempre es cierta). Por otra parte, además del alumbramiento se requiere establecer la identidad del hijo, es decir, que

el hijo que reclama su filiación materna es el mismo hijo que la madre parió, cuando estos dos puntos quedan acreditados, la filiación respecto a la madre queda establecida.

En cambio, probar la paternidad es más complicado, la dificultad para establecer el momento exacto de la concepción, ha preocupado desde tiempos remotos al hombre, porque la fecundación de la mujer es un acontecimiento interno y secreto de la naturaleza, por consiguiente, el derecho desde la antigüedad recurre para establecer la paternidad a las presunciones.

En efecto, para evitarse complicaciones se establece una doble presunción; la primera, se fija atendiendo al tiempo aproximado de la concepción, es decir, se fija la presunción estableciendo que son hijos de matrimonio los nacidos dentro de ciertos plazos, basándose en los plazos mínimo y máximo del embarazo; la segunda, que se presume que el esposo de la madre es padre de los hijos concebidos por ella durante el matrimonio, confiando, por consiguiente, en su fidelidad y honestidad.

Los términos mínimo y máximo de la gestación en el antiguo Derecho romano fueron fijados siguiendo la doctrina del médico Hipócrates, también se cita la opinión del jurisconsulto Ulpiano; así el Derecho romano reconoce como plazo mínimo del embarazo el de ciento ochenta y dos días, y como término máximo de la gestación se establecen trescientos días, por tanto, se consideraba como hijo de matrimonio al nacido después de ciento ochenta y dos días contados desde la celebración del matrimonio, y también al nacido dentro de los trescientos días contados después de la disolución de las *justae nuptiae*.

Las Siete Partidas también aceptaron y regularon dichos plazos, según lo disponía la "Ley 4ª, título 23, Partida IV"¹, mas adelante el Código Civil francés de 1804, también establece los mismos plazos que son observados por la generalidad de los Códigos Civiles modernos que recibieron la influencia del Código Civil de los franceses.

Sobre esto, en el antiguo derecho francés, antes de la promulgación del Código Civil francés de 1804, las sentencias de los tribunales franceses en algunas

¹ V. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, Derecho de Familia, 6ª edic., Edit. Instituto Editorial Reus, Madrid, España, p. 8.

ocasiones habian fijado arbitrariamente la duración del embarazo en más de un año, incluso se comenta que en quince o más meses, declarando, por consiguiente, como hijos legítimos, habidos dentro del matrimonio a criaturas nacidas cuando el esposo de la madre tenía un año de fallecido incluso más tiempo². Los redactores del Código Civil francés observando que el embarazo de una mujer no tiene una duración fija, es un plazo muy variable, pero se pueden establecer límites extremos aproximados, por eso los legisladores que elaboraron el Código Civil de 1804 decidieron poner punto final al estado de incertidumbre que existía en esta materia, por lo que establecieron los límites de la gestación fijándolos en la ley y los tribunales debían observar dichos plazos.

Los legisladores del Código Civil, ante lo delicado de la situación, no dejaron que el establecimiento de la duración de los plazos del embarazo de la mujer a la libertad de los jueces, por las decisiones sorprendentes que algunos hicieron al declarar como hijos legítimos a niños nacidos después de doce o quince o más meses de muerto el esposo de la madre. Para no incurrir en decisiones erróneas e infundadas, los redactores del Código Civil francés, consultaron la opinión de los médicos, en especial la que dio él celebre, Antonio Francisco Fourcroy, quien estableció basándose en la ciencia de la época, afirmando que la duración más corta del embarazo es de 186 días para los nacimientos ocurridos de manera prematura y de 275 días de gestación para los nacimientos normales y 286 para los nacimientos tardíos. Conociendo estos datos más seguros los redactores del Código decidieron ampliar los plazos para no privar de la legitimidad a los hijos nacidos de matrimonio, quizá por la variabilidad del tiempo que tienen los embarazos, y establecieron, por consiguiente, para las gestaciones más breves un plazo de 180 días y de 300 días para las gestaciones más largas.

... Los redactores del Código no quisieron dejar una cuestión tan grave al arbitrio de los jueces, pues se hallaba demostrado que éstos llegaban a soluciones tan

² V. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, T.II, Introducción, familia, matrimonio, traducción del Lic. José M. Cajica jr., 2ª. edic., Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 118.

asombrosas, por consideraciones de hecho. Se dirigieron a Fourcroy pidiéndole fijara, según los datos de la ciencia, la duración extrema de la gestación, tanto de la más breve como de la más prolongada. Después teniendo en su poder documentos serios, los autores de la ley sobrepasaron algo sus límites, por favor a la legitimidad, para poder estar seguros de que no privarían a ningún hijo legítimo de este carácter, y también con el objeto de obtener números redondos fáciles de emplear... Las gestaciones más cortas duran por lo menos 180 días; las más largas, cuando más 300... Como la duración normal es de 275 días, adviértase que queda aún un margen demasiado amplio. En cuanto a la reducción de la duración mínima hasta seis meses, se explica, pues son frecuentes los partos prematuros. Fourcroy proponía como duraciones extremas 186 días para los nacimientos prematuros y 286 para los tardíos."³

En nuestro ordenamiento jurídico civil estos plazos fueron aceptados por nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, también la Ley sobre Relaciones familiares de 1917 los reglamento, posteriormente el Código Civil de 1928. Del mismo modo, los Códigos Civiles del Estado de México que han estado en vigor adoptaron los plazos y, por tanto, la presunción de paternidad que establece que los hijos nacidos de una mujer casada son también de su esposo, pero los hijos para ser considerados como hijos nacidos dentro del matrimonio tienen que nacer después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y antes de trescientos días de disuelto el matrimonio por sentencia, sobre esto, el Código Civil vigente en el Estado de México, en su artículo 4.147, establece lo siguiente:

Artículo 4.147. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. El plazo se contará desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte.

³ *Ibid.*, pp. 118 y 119.

Como se podrá notar esta presunción no es absoluta, pues admite prueba en contrario aunque de una manera limitada a favor del esposo, expresando el artículo 4.148 que contra la presunción de paternidad sólo podrá alegarse por el marido que le fue imposible fecundar a su esposa, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, siendo, por tanto, la presunción legal una presunción *juris tantum*.

Artículo 4.148. Contra la presunción a la que se refiere el artículo anterior, sólo puede alegarse por el esposo que le fue imposible fecundar a su cónyuge, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

En la actualidad los plazos para establecer la presunción de paternidad ya son obsoletos, porque ante el acelerado avance de la ciencia médica, es posible, debido a que se pueden suministrar ciertos medicamentos a la mujer embarazada para adelantar o retrasar el parto, cuando haya ciertos riesgos para la madre o el hijo, dándose, en consecuencia, nacimientos antes de los ciento ochenta días, que con las técnicas médicas actuales es posible que sobrevivan estos niños, también se han dado excepcionalmente nacimientos después de los trescientos días⁴.

Respecto a la prueba para romper la presunción de paternidad, debería adicionarse al artículo 4.148 del Código Civil del Estado de México, que también se admitan las pruebas biológicas provenientes del avance científico, como ya lo establece el artículo 325 del Código Civil del Distrito Federal.

Por su parte, la fracción segunda, del artículo 4.147 del Código Civil del Estado parece poco clara, porque primero expresa que se consideran hijos de matrimonio "los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio", posteriormente sostiene que "el plazo se contará a desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte", no hay discusión de considerar como hijo matrimonial al nacido dentro de los trescientos días contados desde la muerte del marido, sin embargo, en los casos de divorcio la situación es distinta y

⁴ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia*, 21ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2002, p. 644.

complicada, porque al interponerse una demanda de divorcio y decretarse la separación provisional de los esposos, puede darse el caso que el proceso dure algunos años, por lo que, entre la separación provisional ordenada por el juez y la disolución del vínculo matrimonial por sentencia, puede haber un plazo de más de trescientos días.

En consecuencia, hay un plazo bastante amplio de más de trescientos días, si el juicio de divorcio durará un par de años, la interpretación de la fracción segunda establece que la presunción de paternidad todavía protege al hijo nacido dentro de los trescientos días contados desde la disolución del matrimonio por sentencia, por lo que, la separación de los consortes ordenada por resolución judicial, es una medida provisional por lo que el matrimonio de los cónyuges todavía subsiste hasta que sea dictada la sentencia firme que disuelva el vínculo matrimonial en el caso de divorcio.

Se sostiene que en el período que va de la separación de los esposos ordenada por resolución judicial, hasta el término de los trescientos días contados desde que se dictó la sentencia que disuelve el matrimonio hay la probabilidad que los esposos tengan relaciones carnales, por los intentos de reconciliación, y los hijos que nacieren en este período serán considerados como habidos dentro del matrimonio.

Sobre esto, el artículo 4.150 del Código Civil estatal dispone que las cuestiones concernientes a la paternidad del hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

En este sentido, el autor, Manuel Chávez Asencio sostiene al comentar la fracción II del artículo 324 del Código Civil Federal que es igual al artículo 4.147 del Código Civil en vigor del Estado de México:

“La presunción opera cuando hay matrimonio, puesto que se trata de hijos de matrimonio. Con la separación de los cónyuges por orden judicial, no se termina o disuelve el matrimonio, éste continúa hasta que se obtiene una resolución judicial, bien sea en los casos de divorcio o nulidad... También como fundamento hay que señalar que habiendo separación por orden de juez, es posible, en beneficio de los hijos, que los nacidos “después” de trescientos días de la separación sean

considerados como hijos del matrimonio, pues no se puede asegurar que los cónyuges se hubieren abstenido de relaciones sexuales, o hubieren llegado a la reconciliación o perdón, y no hubieren dado aviso al juez.”⁵

Por otro lado, cuando la mujer que estuvo casada, después de haberse decretado la sentencia que disuelve el matrimonio contrae nuevas nupcias, también en este supuesto estarían la viuda y el matrimonio declarado nulo a pesar de que el artículo no los mencione, contraviniendo los plazos para hacerlo, el Código Civil del Estado dispone que se presume que el hijo es del actual esposo, siempre y cuando nazca después de ciento ochenta días de celebrado el posterior matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

3. 2. De las pruebas para establecer la filiación matrimonial.

Las pruebas que acreditan la filiación matrimonial, son de capital importancia para el hijo que nació de una pareja unida por el matrimonio, porque se establecen, en primer termino, la identificación del hijo por el nombre que lo designa e individualiza y, en segundo, se establece desde el nacimiento el vínculo jurídico o nexa paterno filial con sus padres y los demás parientes, por consiguiente, también es el punto de partida para establecer los diferentes derechos y las consecuencias jurídicas que se derivan de la filiación surgida del matrimonio de sus padres.

Así, la filiación matrimonial, como ya se menciono, trae como consecuencias jurídicas directas a favor del hijo, por tanto, entre los derechos más importantes se encuentran: el derecho de llevar el apellido del padre, el derecho de alimentos, de concurrir a la sucesión legítima y los demás derechos que establezca la ley. Por lo anterior, resulta importante la función que realiza la institución del Registro Civil, la

⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales*. 3ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p.16.

cual es una institución de carácter público, que tiene como objetivo hacer constar de una manera auténtica todos los actos y hechos relativos al estado civil de las personas, mediante la intervención de funcionarios estatales los cuales están investidos de fe pública.

“Generalmente se considera en la doctrina que el estado (civil o político) de una persona consiste en la situación jurídica concreta que guarda en la relación con la familia, el Estado o la Nación. En el primer caso, lleva el nombre de estado civil o de familia y se descompone en las distintas calidades de hijo, padre, esposo o pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción. En el segundo caso, el estado se denomina político...”⁶

El Registro Civil, por consiguiente, inscribe, registra, autoriza, certifica, da publicidad y solemnidad a los actos y hechos concernientes al estado civil de las personas y, por tanto, expide las actas de nacimiento, reconocimiento de hijos, matrimonio, divorcio, etc.

“El Registro Civil es una institución que tiene por objeto hacer constar de una manera auténtica, a través de un sistema organizado, todos los actos relacionados con el estado civil de las personas, mediante la intervención de funcionarios estatales dotados de fe pública, a fin de que las actas y testimonios que otorguen, tengan un valor probatorio pleno, en juicio o fuera de él. El Registro Civil, no sólo está constituido por el conjunto de oficinas y libros en donde se hacen constar los mencionados actos, sino que es fundamentalmente una institución de orden público, que funciona bajo un sistema de publicidad y que permite el control por parte del Estado de los actos más trascendentales de la vida de las personas físicas: nacimiento, matrimonio, divorcio, defunción, reconocimiento de hijos, adopción, tutela y emancipación.”⁷

⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. T. I, Introducción, Personas y Familia, 27ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 169.
Ibid, p. 181

Las actas expedidas por la citada institución tienen valor probatorio, porque nos permiten comprobar y conocer el estado civil de las personas, de ahí la importancia del Registro Civil, sobre esto, el Código Civil del Estado expresa:

Artículo. 3.5. El estado civil de las personas sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil. Ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobar el estado civil, salvo los casos expresamente exceptuados en la ley.

“Las actas del Registro Civil son instrumentos en los que constan de manera auténtica los actos o hechos jurídicos relativos al estado civil de las personas. Deben hacerse constar en libros que señala la ley, dando fe de los mismos el Oficial del Registro Civil competente.”⁸

Del mismo modo el Código Civil del Estado establece que la filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio se prueba con el acta de nacimiento del hijo y el acta de matrimonio de los padres, así lo dispone el artículo 4.155: La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con el acta de su nacimiento y con la de matrimonio de sus padres.

“Nuestra legislación exige que se pruebe la filiación de los hijos nacidos de matrimonio con las dos actas mencionadas... La exigencia actual parece lógica, toda vez que se trata de acreditar la filiación de hijos nacidos de matrimonio y, por lo tanto, requiere la prueba del matrimonio de los padres, pues el testimonio del acta de nacimiento sólo acredita este hecho natural, aun cuando en ella se transcriben los nombres de los padres y abuelos, razón por la cual debe completarse con el acta de matrimonio de los padres, para tener al hijo como nacido de matrimonio.”⁹

⁸ *Ibid*, p. 182.

⁹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales, 3ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 92.

El acta de nacimiento del hijo y el acta de matrimonio de sus padres es la prueba idónea para acreditar la filiación matrimonial, del hijo que nació de un matrimonio, porque son los documentos que hacen prueba plena, si no son declaradas falsas. Así con el acta de matrimonio se prueba que los padres están unidos en matrimonio y que el hijo que dio a luz la mujer fue engendrado por su marido dentro del matrimonio.

Por su parte, el acta de nacimiento del hijo establece la fecha del alumbramiento y de este dato se pueden contar los plazos y la fecha probable de la concepción, si el hijo nace después de los ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio, el hijo será considerado como hijo habido dentro del matrimonio, o los trescientos días contados desde que aprobó la separación provisional de los esposos por orden judicial, en los casos de divorcio o muerte del esposo o dentro de los trescientos días contados desde la disolución del matrimonio por sentencia, por consiguiente, el acta de nacimiento del hijo también sirve para establecer si es hijo de matrimonio o no.

De ahí la importancia de las actas que expide el Registro Civil que sirven para comprobar el estado civil de las personas, es decir, la situación jurídica de una persona física dentro de la familia, se hace referencia a la situación de hijo, de padre, de casado o de pariente, etc.

El acta de nacimiento en la práctica es aceptada como documento probatorio por las autoridades administrativas y judiciales, pues prueba la maternidad, es decir el hecho del alumbramiento y la identidad del hijo, por tanto, también la paternidad del esposo basándose en la presunción legal de paternidad.

Sin duda el primer acontecimiento de la vida de una persona, es decir, su nacimiento debe ser inscrito en el Registro Civil para que se expida el acta respectiva.

Por eso el Código Civil del Estado establece que las declaraciones de nacimiento se harán presentando al hijo ante el Oficial del Registro Civil (artículo 3.8), establece, además, que tienen la obligación de declarar el nacimiento los padres conjuntamente o separadamente o quien ejerza la patria potestad sobre el menor dentro del primer año de ocurrido el nacimiento (artículo 3.9). Tienen la misma obligación los médicos, parteras o quien hubiere asistido el parto.

Cuando el niño fuere presentado como hijo de matrimonio, el Código expresa que se asentarán los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, de los abuelos.

Artículo 3.11. Cuando el nacido fuere presentado como hijo de matrimonio, se asentarán los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, de los abuelos y, en su caso los de las personas que hubieren hecho la presentación.

3. 3. La posesión de estado de hijo de matrimonio.

El Código Civil vigente en el Estado de México también acepta como prueba de la filiación del hijo nacido de matrimonio, en el supuesto de que le falte la acta de su nacimiento o el acta de matrimonio de sus padres, o bien tengan algún defecto, la posesión constante de estado de hijo de matrimonio, así lo dispone el Código:

Artículo 4.156. A falta o defecto de las actas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio o con los medios de prueba que la ley prevé.

La posesión constante de estado de hijo es aplicable, como ya se menciona, a los hijos nacidos dentro del matrimonio como a los hijos nacidos fuera del matrimonio; sin embargo, hay más requisitos para comprobar la posesión de los hijos nacidos de matrimonio porque se tendrá que probar que es hijo de ambos esposos, en tanto, que para los hijos extramatrimoniales, en la mayoría de los casos se tendrá que probar que es hijo del padre principalmente.

En consecuencia el hijo que haya acreditado la posesión de estado de hijo de matrimonio también tendrá que probar la existencia del matrimonio de sus padres.

Como se mencionó la prueba normal de la filiación son las actas de nacimiento y de matrimonio de los padres expedidas por el Registro Civil y sólo a falta o defecto de estas se recurrirá secundariamente a la posesión constante de estado de hijo de

matrimonio, el cual se da cuando una persona ha sido reconocida constantemente y repetidamente, como un hijo de matrimonio por el supuesto padre y su familia y la sociedad, se requiere también que el hijo haya usado el apellido del progenitor, para lo cual tendrá que probar estos hechos materiales para poder gozar de la posesión de estado.

“Se dice que una persona se halla en posesión de estado, cuando ostenta públicamente de una manera regular y constante, un estado civil (estado de hijo) que puede o no coincidir, con el que jurídicamente le pertenece.

Generalmente el comportamiento de una persona respecto de su estado frente a los demás miembros del grupo familiar y la conducta de estos últimos y del público en general respecto de él, concuerda con el estado que legalmente le es reconocido. A falta del acta del Registro Civil, la posesión constante, es el reconocimiento más eficaz de que efectivamente se tiene el título (causa legítima) del estado civil de que se trata.

Puede ocurrir que ese hecho públicamente, no se apoye en la prueba idónea que debería existir; el poseedor del estado civil no cuenta por diversas circunstancias, con el documento en donde consta que tiene un determinado estado. Se trata entonces de probar por medio de los hechos materiales que normalmente acompañan a un estado civil, la existencia del derecho a disfrutarlo legítimamente.”¹⁰

Por tanto, los elementos aceptados generalmente para acreditar la posesión de estado de hijo de matrimonio son: 1º. Que la persona haya usado constantemente el apellido del que pretenda es su padre; 2º. Que el progenitor lo haya tratado como a un hijo de matrimonio; es decir, que el padre haya aportado todo lo necesario para su subsistencia, educación y establecimiento; 3º. Que la persona haya sido reconocida constantemente y repetidamente como hijo de matrimonio por la familia de los padres y la sociedad.

¹⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso. Parte general.*, Personas. Familia. 21ª edic., Edit Porrúa S.A., México, 2002, pp. 399 y 400

En la posesión de estado de hijo de matrimonio, por lo tanto, se requiere la concurrencia de tres elementos: el nombre (nomen), el trato (tractatus) y la fama, sin embargo, como se explicara más adelante la ley no exige que se acrediten los tres elementos constitutivos de la posesión de estado de hijo de matrimonio, como lo exigen algunas legislaciones extranjeras, por lo que el Código Civil del Estado de México exige menos requisitos para acreditarla.

“Derivada de la tradición romana, nuestro sistema doctrinal y positivo ha reconocido tres elementos constitutivos de la posesión de estado: nomen, tractatus y fama (nombre, trato y fama) que en su conjunción aportan los componentes presuncionales de la posesión de estado. En efecto, proporcionan ciertos hechos reconocidos por una comunidad, que son índices primarios de un estado civil determinado. Así el niño que es llevado a la escuela por un señor, que lo inscribe con su mismo patronímico, que lo cuida y asiste en sus labores escolares, que lo acompaña a sus fiestas y que mediante manifestaciones objetivas permite que el grupo escolar lo reconozca, está contribuyendo directamente a que el niño se encuentre en posesión de estado frente a su presunto progenitor, pues éste al darle nombre, está participando implícitamente con una señal de su filiación, al tratarlo como hijo prodigándole cariño y atenciones, le otorga el trato común que se da a un hijo y además permite que en la voz pública se le tenga como padre de esa criatura, -a través de la fama-, habrá consolidado todos esos elementos supletorios de prueba de su estado.”¹¹

Sin embargo, el Código Civil del Estado de México en vigor no exige que se acrediten todos los elementos que tradicionalmente conforman la posesión de estado de hijo de matrimonio, pues sólo menciona dos elementos que son el trato y el nombre, agregando el hecho de dar alimentos como nuevo elemento para probar la posesión de estado, excluyendo uno de los elementos más importantes y tradicionales como es la fama, es decir, el trato público y notorio que la familia del

¹¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. T. II, Atributos de la Personalidad, 2ª edic., Edit Porrúa S.A. México 1998, p. 92.

padre da al hijo, así como el reconocimiento constante de la sociedad, así lo expresa el artículo 4.157:

Artículo 4.157. Si una persona ha sido tratada constantemente por otra y la familia de ésta, como hijo, llevando su apellido o recibiendo alimentos, quedará probada la posesión de estado de hijo.

No obstante, el hijo puede estar en la situación de no contar con las actas de nacimiento y matrimonio de sus padres y tampoco contar con la posesión de estado de hijo de matrimonio en este supuesto el artículo 4.156 del Código Civil del Estado de México permite probar su filiación matrimonial por cualquiera de los medios ordinarios que la ley prevé, no exigiendo ya cuando se ofrezca la prueba testimonial un principio de prueba por escrito como lo exigía el artículo 323 del Código Civil del Estado de México de 1956 actualmente abrogado.

3. 4. La acción de desconocimiento de paternidad.

La paternidad del esposo se establece, en el matrimonio por medio de una presunción legal estatuida en la ley, la cual no es absoluta y que puede admitir prueba en contrario, es por tanto, una presunción *juris tantum*.

La presunción legal de paternidad, establecida en el Código Civil del Estado, puede no corresponder a la realidad biológica y en este supuesto la ley le otorga al padre la posibilidad de desconocer la paternidad que le fue atribuida por la presunción de paternidad.

En este sentido el padre que esta seguro que el hijo que nació de su esposa no es su hijo biológico puede ejercitar la acción de desconocimiento o de contradicción de la paternidad.

Sobre la acción de desconocimiento de paternidad por parte del esposo se pueden distinguir diferentes situaciones:

1º. Cuando el hijo nace dentro de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; 2º. Si el hijo nace después de los ciento ochenta días contados desde el inicio del matrimonio; 3º. Cuando el hijo nace después de los trescientos días contados desde que quedaron separados provisionalmente los esposos por orden judicial en los casos de divorcio o nulidad; y 4º. El hijo nace dentro de los trescientos días contados desde que se dictó la sentencia firme que disuelve el matrimonio en los casos de divorcio o nulidad.

En el primer caso, es decir, cuando el hijo nace dentro de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, el Código Civil estatal le otorga al marido la posibilidad de desconocer al hijo nacido de su esposa, pues el hijo nació antes del plazo señalado en la fracción primera del artículo 4.147 del citado Código y se presume que el hijo no es del esposo.

El hijo que nace dentro de los 180 días contados desde el inicio del matrimonio no está protegido por la presunción legal de paternidad y el padre cuando tenga la convicción plena de no haber tenido relaciones prematrimoniales con su esposa o desconozca que su esposa estaba embarazada en el momento de la celebración del matrimonio podrá ejercitar la acción de desconocimiento de hijo; sin embargo, el Código civil del Estado, en su artículo 4.149, establece que es improcedente la acción de desconocimiento cuando el esposo tenga conocimiento de estos hechos:

Artículo 4.149. Si el esposo ha otorgado su consentimiento tácito o expreso, no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

Si el esposo no desconoce al hijo nacido dentro los ciento ochenta días contados desde la celebración de matrimonio el hijo queda legitimado por ministerio de ley.

En el segundo supuesto, cuando el hijo nace después de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, la presunción legal de paternidad es muy fuerte. le corresponderá al marido probar que el hijo nacido de su esposa no es suyo. en este caso, el artículo 4.148 del Código Civil del Estado dispone que contra

la presunción legal de paternidad establecida en el artículo 4.147 sólo puede alegarse por el esposo que le fue imposible fecundar a su esposa, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, como ya lo habíamos comentado también se debería permitir al esposo el uso de las pruebas biológicas provenientes del avance científico, para romper esta presunción de paternidad, como ya lo establece el Código Civil para el Distrito Federal.

Algunos autores consideran que en este caso se trata más propiamente de una acción de contradicción de paternidad

“En relación al marido, para el ejercicio de la acción de contradicción, se toma en cuenta la presunción de paternidad respecto de los hijos de su esposa que nazcan “después” de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, y “dentro” de los trescientos días siguientes de disuelto éste. Para el ejercicio de la acción de desconocimiento, se toman en cuenta tres eventos: el nacimiento de los hijos de la esposa “dentro” de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio; el nacimiento “después” de los trescientos días desde que se interrumpió la cohabitación de los esposos por separación judicial... Hago notar que algunos autores hablan sólo del desconocimiento para comprender dentro de este concepto acciones diferentes, y otros desconocimiento y contradicción como iguales. La contradicción hace referencia a la presunción de paternidad establecida en la ley. El desconocimiento hace referencia a situaciones diversas y ajenas a la presunción”¹¹

En el tercer caso, cuando el hijo nace después de los trescientos días contados desde que se ordeno la separación provisional de los esposos por resolución judicial en los casos de nulidad de matrimonio o divorcio, la ley le otorga al marido la acción de desconocimiento de hijo, no obstante, si el marido no lo desconoce el hijo queda también legitimado por ministerio de ley.

Sin embargo, todavía no se dicta la sentencia firme que disuelve el vínculo matrimonial y en consecuencia el hijo es considerado como hijo de matrimonio, pero

¹¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales, 3ª. edic. Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 108.

si se le atribuye la paternidad al esposo la carga de la prueba corresponde a la madre y al hijo.

Respecto al último y cuarto supuesto cuando el hijo nace dentro de los trescientos días contados desde que se dictó la sentencia firme que disuelve el vínculo matrimonial para los casos de nulidad de matrimonio o divorcio el hijo tiene a favor la presunción legal de paternidad establecida en la fracción segunda del artículo 4.147 del Código Civil del estado de México, en consecuencia, le corresponderá al marido demostrar que el hijo que nació dentro trescientos días contados desde que se dicta la sentencia firme que disuelve el vínculo del matrimonio en los casos de nulidad del matrimonio o de divorcio no es su hijo, sobre esto el Código civil dispone:

Artículo 4.150. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

El Código Civil establece que el marido debe ejercitar la acción de desconocimiento de paternidad dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho, también otorga el derecho de ejercitar la acción de desconocimiento al tutor del marido cuando sea declarado en estado de interdicción y los herederos del esposo.

3. 5. La acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.

El Código Civil del Estado de México concede el derecho al marido de desconocer al hijo que nació de su esposa, cuando tiene la certeza de que no es su hijo consanguíneo, por lo que, puede ejercitar la acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad, en consecuencia, la ley también otorga al hijo que

sostiene que es hijo matrimonial el derecho de reclamar su estado de hijo de matrimonio.

"En la relación paterno filial la relación jurídica es recíproca. Así como los padres tienen la acción para contradecir a los hijos supuestamente habidos de matrimonio, corresponde a estos la acción para reclamar su estado de hijo de matrimonio. Tiene por objeto obtener el título de estado del que carece... Hay distintas situaciones en las que procede la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio. Estas situaciones presumen que al hijo se le desconoce por sus padres. No se trata del resultado de la acción ejercida por los padres de impugnación de la paternidad, sino del desconocimiento de hecho al no haber sido inscrito el hijo en el Registro Civil y no contar con el acta de nacimiento, o bien, que el padre y/o la madre que aparecen en el acta no lo sean en realidad, o por haber sido inscrito sólo por su madre."¹²

Por medio de la acción de reclamación del estado de hijo de matrimonio, la persona que pretenda reclamar y acreditar su estado de hijo de matrimonial puede ejercitar esta acción, aunque carezca del acta de nacimiento y de la posesión de estado de hijo de matrimonio.

También hay otros supuestos en los que procedería la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio debido a que el hijo no fue inscrito en el Registro Civil y no tiene su acta de nacimiento o haber sido inscrito sólo por su madre y quedando el hijo como extramatrimonial, también se da el caso de que los progenitores que aparecen en el acta de nacimiento no sean los verdaderos padres.

Sobre esto, se daría el caso cuando la madre no quiere y no acepta a su hijo y se lo entrega a otra mujer quien lo registra como hijo suyo y de su matrimonio constituyendo un delito contra el estado civil.

El Código Civil del Estado de México de 1957, actualmente abrogado, en su artículo 323 establecía que a falta de actas de nacimiento o de matrimonio de los padres o si estas estuvieran defectuosas, incompletas o falsas la filiación se probaría

¹² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales*, 3ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 127.

con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio, además, agregaba que en defecto de la posesión de estado de hijo eran admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza; sin embargo, establecía que la testimonial no era admisible si no hubiera un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones que justifiquen la admisión de la prueba.

El artículo 4.156 del Código Civil vigente en el Estado de México expresa, por su parte, a falta o defecto de las actas la filiación del hijo se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio o con los medios de prueba que la ley prevé, eliminando el requisito de que la prueba testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito que exigía el Código Civil del Estado de México de 1957.

Artículo 4.156. A falta o defecto de las actas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio o con los medios de prueba que la ley prevé.

El Código Civil en vigor en sus artículos no establece de manera expresa la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio, pero de la lectura de los artículos 4.155 y 4.156 se puede establecer que si se otorga a favor del hijo, la posibilidad de reclamar su estado de hijo de matrimonio, al establecer el Código civil del Estado que a falta de las actas o de la posesión de estado de hijo de matrimonio son admisibles los medios que la ley prevé.

Los supuestos en que generalmente procede la acción de reclamación de estado de hijo nacido de matrimonio, generalmente son: 1. Cuando la persona tiene la posesión de estado, pero no tiene el acta de nacimiento, en este caso, el Código Civil otorga valor probatorio a la posesión de estado; 2. Cuando el hijo tiene el acta de nacimiento, sin embargo, no tiene la posesión de estado, en este supuesto, la acta de nacimiento hace prueba plena; 3. Cuando el hijo no tiene el acta de nacimiento y tampoco cuenta con la posesión de estado, el Código Civil le otorga la posibilidad de probar su filiación por los medios de prueba que la ley prevé.

CAPÍTULO 4.

LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DE EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE MÉXICO.

4. 1. La filiación por reconocimiento voluntario.

El nacimiento de hijos de parejas que no están unidas en matrimonio es tratado de diferentes formas a través del tiempo por los distintos ordenamientos jurídicos de las diversas civilizaciones antiguas y por los diversos estados modernos, así el tratamiento para los hijos extramatrimoniales fue el de privarlos de cualquier derecho para algunos pueblos antiguos, incluso en algunos casos cuando nacían los hijos ilegítimos ya eran considerados esclavos.

La extrema dureza con que eran tratados los hijos naturales fue atenuada, aunque de una manera muy limitada, concediéndoles el derecho a los alimentos por consideraciones de piedad. El derecho revolucionario en Francia equiparó en derechos a los hijos ilegítimos con los matrimoniales, sin embargo, el Código Civil francés de 1804 volvió a restablecer la desigualdad, aunque de una manera menos dura dejando a los hijos producto de una relación incestuosa o adulterina en el más completo abandono, pues no podían ser reconocidos voluntariamente porque el Código civil francés prohibía su reconocimiento.

La influencia del Código Civil francés de 1804 sobre los Códigos Civiles mexicanos de 1870 y 1884 en materia de filiación extramatrimonial fue importante, no obstante, los citados Códigos trataron de atenuar aun más el trato discriminatorio en contra de los hijos naturales, otorgándoles algunos derechos, sin embargo, la discriminación siguió en contra de los hijos espurios principalmente.

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 fue la primera ley en suprimir las designaciones en contra de los hijos naturales; sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 tuvo el honor de desterrar el trato discriminatorio en contra

de los hijos naturales y los equipara en derechos con los hijos matrimoniales, su influencia en los Códigos de los diversos Estados de la Federación fue amplia, pues algunos lo adoptaron para regir en su territorio, como lo hizo el Estado de México.

En este sentido, el Código Civil del Estado de México en vigor siguiendo los lineamientos trazados por el Código Civil de 1928, en materia de filiación extramatrimonial, establece que los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen el derecho a ser reconocidos voluntariamente por sus progenitores y en caso de que estos últimos se negaran a reconocerlos el derecho a iniciar una demanda de investigación de la paternidad, a efecto de establecer la relación paterno-filial y las consecuencias que esta origina a favor de los hijos, aun en contra de la voluntad del progenitor que se ha negado a reconocer al hijo extramatrimonial.

Los hijos nacidos fuera del matrimonio pueden establecer su filiación por medio de un reconocimiento voluntario que haga el presunto progenitor, sobre esto, el Código Civil del Estado de México expresa que la filiación de los hijos extramatrimoniales resulta con relación a la madre del solo hecho del nacimiento, porque la maternidad es un hecho material que es comprobable físicamente, la ley le impone a la madre la obligación de reconocer a su hijo, no importando si la madre esta casada o no, así lo dispone el artículo 4.162 del Código Civil estatal; sin embargo, hay casos en que la madre abandona al hijo y no hay testigos del parto o cuando la madre hace pasar al hijo como nacido de otra mujer se podría entonces dar en el futuro el reconocimiento de la verdadera madre del hijo. Por medio del reconocimiento voluntario el padre o la madre aceptan que determinado hijo extramatrimonial es hijo suyo, adquiriendo, por tanto, las responsabilidades que este acto tiene y los deberes, derechos y obligaciones que impone la ley a los padres para con sus hijos.

El reconocimiento voluntario es definido por la doctrina mexicana como un acto jurídico: "El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y a favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación".¹

¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, T. II, Derecho de Familia, 9ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, p. 729.

"Reconocimiento es el acto jurídico familiar por el cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio declaran, conjunta o separadamente, que lo reconocen y aceptan como su hijo, siempre que ello se haga en las condiciones y mediante las formas prescritas por la ley. Por el reconocimiento una persona manifiesta ser padre o madre de otra... Como punto de partida se puede decir que el reconocimiento es un acto jurídico unilateral, solemne e irrevocable, por virtud del cual se asumen por aquel que reconoce y a favor del reconocido todos los deberes, derechos y obligaciones que atribuye la relación paterno filial, y al reconocido se le incorpora a la relación jurídica paterno-filial."²

Para explicar la naturaleza jurídica del reconocimiento se han elaborado diversas teorías, no obstante, nosotros seguimos la que sostiene que el reconocimiento voluntario es un acto jurídico por ser la que mejor explica sus características.

"El primer elemento consistente en que el reconocimiento es un acto jurídico, no es generalmente aceptado por la doctrina, porque se dice que en verdad el reconocimiento no crea derechos y obligaciones, sino que es el vínculo consanguíneo el que los crea. En el acto jurídico, por virtud del acto mismo, es decir, exclusivamente por virtud de la voluntad de su autor, se crea una situación que antes no existía. Por ejemplo, en un contrato, las partes exclusivamente por su voluntad, crean obligaciones. Para el reconocimiento se afirma que no es la voluntad del padre o de la madre, la que crea las obligaciones, sino éstas la ley las impone por virtud del vínculo consanguíneo. De tal manera que el reconocimiento sólo es un medio de prueba, no un acto creador de derechos y obligaciones."³

Así las características del reconocimiento voluntario son: se trata de un acto jurídico unilateral, porque no se necesita el consentimiento del hijo reconocido, sin embargo, el Código civil del Estado de México establece que el hijo mayor de edad

² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales. 3ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 158.

no puede ser reconocido sin su consentimiento, tampoco puede ser reconocido el menor de edad sin el consentimiento de su representante legal, por lo que parece ser un acto bilateral; no obstante, se sigue considerando que el reconocimiento es un acto jurídico unilateral y, por tanto, el consentimiento del mayor de edad o del representante legal del menor no es necesario y sólo será imprescindible el consentimiento de éstos últimos para que el reconocimiento sea inscrito en el Registro Civil para que produzca efectos frente a terceros y conste en un documento público.

Es un acto jurídico solemne, porque el reconocimiento voluntario de un hijo extramatrimonial sólo puede efectuarse en alguna de las formas señaladas en el artículo 4.168 del Código Civil del Estado de México, sin que se permitan otras formas que podrían acarrear la ineficacia del reconocimiento. El reconocimiento llevado a cabo por otra forma diferente a los señalados por la ley sólo serviría como un principio de prueba contra el presunto padre en un juicio de investigación de la paternidad que entablara el hijo.

El reconocimiento es declarativo de la relación paterno-filial, porque se establece la relación jurídica entre el padre y el hijo y que antes de establecerse el vínculo jurídico sólo existía un nexo biológico, pero con el reconocimiento voluntario se declara existente la filiación. "El reconocimiento es un acto declarativo de la filiación. La filiación biológica adquiere dimensión jurídica y se establece el lazo jurídico entre el que la hace y el hijo reconocido; se genera la relación jurídica que la sola relación biológica es incapaz de crear".⁴

Es un acto personalísimo que sólo pueden efectuar la madre o el padre, pues ninguna otra persona los puede sustituir en la aceptación que hacen del reconocimiento voluntario; sin embargo, el progenitor que desea reconocer a un hijo extramatrimonial puede otorgar mandato especial en donde se expresará con exactitud el nombre del hijo que va a ser reconocido.

³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*, T.I. Introducción, Personas y Familia, 27ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 505.

⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales, 3ª. Edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 170.

Es un acto individual, porque la madre o el padre que reconoce al hijo extramatrimonial, lo hace por su propia voluntad y los efectos jurídicos resultantes de la filiación son exclusivamente para el progenitor que reconoce, independientemente del otro; sin embargo, en algunas ocasiones, el reconocimiento del hijo se puede dar concurriendo conjuntamente la madre y el padre, no obstante, el reconocimiento es un acto individual en sus efectos, sobre esto, el artículo 348 del Código Civil del Estado de México de 1956 establecía al respecto: "El reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor", el Código Civil en vigor en el Estado inexplicablemente no reprodujo este artículo, sostenemos que este todavía es aplicable al reconocimiento hecho por uno de los progenitores, aun cuando el Código en vigor no lo establezca, sin embargo, de la lectura de los artículos 3.12, 3.19 y 4.169 se deduce que es aplicable todavía.

Es un acto irrevocable, el reconocimiento del hijo efectuado por el progenitor tiene el carácter de irrevocable, aún cuando sea realizado el reconocimiento por testamento y éste último sea revocado el reconocimiento queda firme; sin embargo, puede ser impugnado el reconocimiento en algunos casos, así lo disponen los artículos 4.166 y 4.167 del Código Civil del Estado.

Finalmente se establece que es un acto puro, es decir, no puede quedar supeditado a alguna modalidad, término o condición.

4. 2. Los medios de reconocimiento de hijo previstos en el artículo 4.168 del Código Civil del Estado de México.

Una de las características del reconocimiento voluntario de un hijo extramatrimonial, como ya lo explicamos, es el del ser un acto jurídico solemne, por lo que, el artículo 4.168 del Código Civil del Estado de México expresa que el reconocimiento deberá hacerse en las formas estipuladas en alguna de las cuatro fracciones del artículo citado:

Artículo 4.168. El reconocimiento de un hijo deberá hacerse de alguna de las formas siguientes:

- I. En el acta de nacimiento o en la de reconocimiento ante el Oficial del Registro Civil;
- II. En escritura pública;
- III. En testamento;
- IV. Por confesión judicial expresa.

Las formas señaladas en el artículo 4.168, para el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, son las únicas autorizadas, pues cualquier otra distinta a las enumeradas por la ley no son válidas.

El artículo 4.168 del Código Civil del Estado de México establece que el reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera de matrimonio se puede llevar a cabo utilizando cualquiera de los modos que se establecen en las cuatro fracciones del artículo anteriormente citado, por consiguiente, es una enumeración taxativa que no permite otros medios de reconocimiento, pues los que señala la ley son los únicos permitidos.

Así la fracción primera, del artículo en comento, sostiene que el reconocimiento se hará ante el acta de nacimiento, es decir, cuando la madre o el padre de un hijo extramatrimonial o ambos progenitores lo presentan para registrar su nacimiento, el acta levantada surtirá también al mismo tiempo todos los efectos del reconocimiento legal. Por su parte, el reconocimiento posterior efectuado ante el Oficial del Registro Civil, se da cuando ya se había registrado el nacimiento del hijo, pero el reconocimiento se lleva a cabo con posterioridad, en este supuesto se levantará un acta especial por separado.

"En caso de que ya se hubiese levantado el acta de nacimiento, el progenitor que pretenda reconocerlo puede acudir al Registro Civil y hacer el reconocimiento, para lo cual se levantará acta especial. Este reconocimiento sigue siendo acto unilateral, aun cuando se requiera la presencia del reconocido si es mayor de edad o la de su tutor si es menor, porque el consentimiento de estos sólo es un requisito de eficacia

necesario para su inscripción en el Registro Civil y no para que se genere la relación jurídica paterno-filial, que se establece por la expresión de voluntad de quien reconoce.”⁵

La tercera manera de llevar a cabo el reconocimiento es en escritura pública, que deberá hacerse ante un fedatario público, es decir, ante el notario y, por tanto, el reconocimiento no puede llevarse en instrumento privado. El tercer modo permitido para el reconocimiento voluntario es el testamento, que cuando sea revocado, el reconocimiento se tiene por no revocado, sin embargo, el Código Civil del Estado permite alguna excepción.

Finalmente la última forma que establece el artículo 4.168, en su fracción cuarta, es por medio de la confesión judicial expresa, el Código Civil en vigor suprimió el requisito de que la confesión judicial también tenía que ser directa, que establecía anteriormente la fracción V, del artículo 351 del Código Civil del Estado de México de 1956.

4. 2. 1. En el acta de nacimiento o en la de reconocimiento ante el Oficial del Registro Civil.

El acta de nacimiento es la primera forma que enumera la ley para reconocer a un hijo habido fuera del matrimonio, esta se levanta presentando al hijo ante el Oficial del Registro Civil. El artículo 3.12 del Código Civil del Estado señala los requisitos que debe contener el acta de nacimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio en el que expresa que para que se asiente el nombre del padre de un hijo extramatrimonial es necesario que el progenitor lo pida por sí o por un mandatario especial.

El mismo artículo, además, agrega que la madre tiene la obligación de reconocer a su hijo debiendo figurar siempre su nombre en el acta de nacimiento, si al hacerse

⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales, 3ª.edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 183.

La presentación no se da el nombre de la madre se facultad al hijo para iniciar un juicio de investigación de la maternidad.

El acta de nacimiento presentando al hijo extramatrimonial ante el Oficial del Registro Civil que es el funcionario competente para inscribir, registrar y autorizar los actos del estado civil de las personas es la manera más común porque al practicarse la inscripción del nacimiento del hijo es el momento más adecuado para realizar también el reconocimiento.

Sobre esto, el artículo 3.19 del Código Civil estatal establece que si el padre o la madre de un hijo extramatrimonial o ambos progenitores lo reconocieren al presentarlo para que se registre su nacimiento el acta levantada surtirá, además, los efectos de reconocimiento.

Por otra parte, la acta de reconocimiento ante el Oficial del Registro Civil, en el supuesto de que en primer lugar ya se hubiere levantado el acta de nacimiento, el padre o la madre que pretendiera reconocer al hijo deberá acudir al Registro Civil y hacer el reconocimiento, por lo que, se levantará un acta separada, donde se expresará el reconocimiento hecho. En este sentido el artículo 3.20 expresa los requisitos del acta de reconocimiento:

Artículo 3.20. Si el reconocimiento del hijo fuera de matrimonio se hiciera después de haber sido registrado su nacimiento, se formará acta separada en la que, además de los requisitos a que se refiere este Código, se observarán, en sus respectivos casos, los siguientes:

I. Si el hijo es mayor de edad, se expresará en el acta su consentimiento para ser reconocido;

II. Si el hijo es menor de edad, pero mayor de catorce años, se expresará su consentimiento, el de su representante legal o en su caso el de la persona o institución que lo tuviere a su cargo;

III. Si el hijo es menor de catorce años, se expresará sólo el consentimiento de su representante legal o en su caso de la persona o institución que lo tuviere a su cargo.

De la lectura del artículo anterior parece que el reconocimiento es un acto jurídico bilateral, porque se requiere el consentimiento del mayor de edad para ser reconocido y el consentimiento del representante del menor de edad; sin embargo, la doctrina sigue sosteniendo que se trata también de un acto jurídico unilateral, ya que el consentimiento del mayor de edad y del representante del menor de edad para ser reconocido sólo es necesario para la eficacia del reconocimiento ante el Registro Civil, sobre este punto la doctrina expresa:

“Así podemos concluir que en nuestro derecho la unilateralidad es característica del reconocimiento, y el consentimiento del mayor de edad o del tutor del menor no es elemento esencial, sólo se requiere para la eficacia del reconocimiento hecho para los efectos de la inscripción en el Registro civil. También el reconocimiento que se haga ante el juez del Registro Civil después de haberse levantado el acta de nacimiento, se trata de un acto unilateral, que para su inscripción requiere el consentimiento aludido.”⁶

4. 2. 2. En escritura pública.

La fracción segunda del artículo 4.168 del Código Civil del Estado permite realizar el reconocimiento voluntario por parte del progenitor de un hijo nacido fuera de matrimonio por medio de una escritura pública.

La escritura pública es el instrumento original que el notario asienta y autentifica, por medio de la fe de la que esta investido, en el protocolo, el acto del reconocimiento voluntario efectuado por el progenitor.

Por consiguiente, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial no podrá llevarse a cabo por medio de una escritura privada; sin embargo, esta podría servir al hijo como un principio de prueba contra el padre en un proceso de investigación de la paternidad

⁶ *Ibid.*, p. 169, en el mismo sentido Cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, 2ª Edic., Edit. Panorama Editorial S.A., México, 1991, p. 193.

en contra del presunto padre. El Código Civil del Estado de México limita a la escritura pública como único documento en el que puede efectuarse el reconocimiento voluntario, en este modo de reconocer se nota la característica de acto jurídico unilateral, por que no es necesario el consentimiento del reconocido, pues este se pedirá más adelante para la inscripción en el Registro Civil.

“Comenzamos por la escritura pública, que es considerada por la doctrina como el documento público idóneo para efectuar un reconocimiento de filiación. Cuestión fundamental es dilucidar si la escritura pública que contenga el reconocimiento debe tener por objeto exclusivamente el mismo o bien puede incluir, además, otros actos”.⁷

Sobre este punto, se pueden dar supuestos, en primer lugar, la escritura pública otorgada con la exclusiva finalidad de reconocer a un hijo extramatrimonial, y en segundo, el otorgamiento de una escritura pública que contenga un acto jurídico diferente al reconocimiento, pero que se utiliza también para realizar un reconocimiento por parte del padre con la debida forma, al parecer si esta permitido en caso del segundo supuesto, pues la siguiente tesis aislada así lo confirma:

Novena Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XI, Enero de 2000. Tesis: II.2o.C.208 C. Página: 1044.

RECONOCIMIENTO DE HIJO POR ESCRITURA PÚBLICA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Conforme a la fracción III del artículo 351 del Código Civil para el Estado de México, el reconocimiento de hijo nacido fuera de matrimonio debe hacerse en escritura pública; sin embargo, lo anterior no requiere que tal acto se verifique exclusivamente con ese objetivo, ya que la presencia ante fedatario bien puede responder a fin diverso; empero, en forma secundaria puede dejarse asentado ese reconocimiento del descendiente, el cual es válido siempre que sea expreso.

⁷ QUICIOS MOLINA, M. Susana. *Determinación de la Filiación no Matrimonial por Reconocimiento*, 1ª. Edic., Edit. José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1997, p. 52.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 317/99. Sucesión intestamentaria a bienes de Felipe Baños Vázquez. 26 de octubre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.⁸

La doctrina en el mismo sentido expresa: "La tercera modalidad de reconocimiento voluntario se realiza por escritura pública. No es necesario levantar una escritura con el fin especial de reconocer a un hijo. El Código exige que el reconocimiento sea mediante escritura pública, en este caso, pero no importa si el fin primordial de la escritura haya sido o no el reconocimiento. Por ejemplo, en una escritura pública de donación, en que el donante declare hacer una donación a favor de fulano de tal, a quien reconoce, a su vez, como su hijo, de tal forma que será esa escritura un documento legítimamente hábil para reconocer al hijo".⁹

4. 2. 3. En testamento.

La fracción III, del artículo 4.168 del Código Civil del Estado, permite al progenitor reconocer a un hijo extramatrimonial, por el testamento que otorgue y expresando su voluntad de reconocer a un hijo, por lo que, se sigue considerando un acto jurídico unilateral y el consentimiento del reconocido será necesario posteriormente para su inscripción en el Registro Civil y se levante el acta respectiva.

"... Por definición el testamento se caracteriza precisamente como un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por virtud del cual una persona capaz instituye herederos y legatarios, o declara y cumple deberes con trascendencia jurídica para después de su muerte. La función normal del testamento

⁸ IUS 2004, C.D-ROM, Jurisprudencia y Tesis aisladas (junio de 1917-junio de 2004), SCJN.

⁹ ACOSTA ROMERO, Miguel, et. al., *Código Civil para el Distrito Federal. Comentarios, legislación y jurisprudencia*, Vol. I, del artículo 1 al 746, 2ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, p. 361

es la de instituir herederos y legatarios; pero además puede tener por objeto declarar o cumplir deberes que produzcan consecuencias jurídicas para después de la muerte. De esta manera puede el testamento otorgarse para reconocer a un hijo, porque evidentemente se está cumpliendo con un deber que produce consecuencias de ese derecho, consistentes en crear derechos y obligaciones entre el hijo y el testador, no sólo para después de su muerte, sino incluso durante su vida."¹⁰

En efecto, la función ordinaria del testamento es instituir herederos y legatarios, sin embargo, de acuerdo con la fracción III, del artículo 4.168 del Código Civil del Estado se tiene la opción de que a través del testamento, se efectuó el reconocimiento voluntario de un hijo extramatrimonial, y se generen los derechos, deberes y obligaciones que surgen de la filiación, si el reconocido no se opone.

Se establece que al no imponer alguna limitación, el reconocimiento voluntario del hijo podrá hacerse en cualquier forma de testamento, sin embargo, el Código Civil del Estado de México en vigor sólo reglamenta, en cuanto al testamento ordinario, al testamento público abierto y al testamento público simplificado, por consiguiente, los testamentos público cerrado y el testamento ológrafo ya no se encuentran regulados en el ordenamiento estatal citado, por lo que, ya no tienen validez en el Estado de México, por otra parte, en cuanto a los testamentos especiales el Código Civil del Estado suprime el testamento privado, en cambio, otorga validez a los testamentos militar, marítimo y el hecho en país extranjero, siempre y cuando se ajusten al Código Civil de aplicación Federal y disposiciones relativas, según lo establece el artículo 4.141 del Código Civil del Estado de México.

Por otro lado, una de las características del testamento es la de ser un acto revocable, no obstante, si en el testamento se efectuó un reconocimiento de un hijo extramatrimonial y si el testamento es revocado el reconocimiento del hijo no es revocable, así lo dispone el artículo 4.166 del Código Civil del Estado: El reconocimiento no es revocable, aun cuando se haga por testamento y éste se revoque.

¹⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, T.II, Derecho de Familia, 9ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, p. 744.

"También aquí encontramos una función especial del testamento, distinta de su función normal, que es la de instituir herederos y legatarios, ya que en este caso no producirá efectos sino hasta la muerte del testador. En cambio, cuando se reconoce a un hijo, el testamento puede producir sus consecuencias jurídicas antes de la muerte del testador. Por ejemplo, cuando el reconocimiento se hace en un testamento público abierto. Si el hijo se enterase del mismo, podrá exigirle alimentos a su padre antes de que muera... Más aún, puede el testador revocar su testamento, y, sin embargo, el reconocimiento no puede revocarse ya. Es de la esencia de todo testamento ser revocable, por eso va contra su esencia misma el estipular su no revocabilidad. Por ello la cláusula de no revocar el testamento es inexistente, pero hay una disposición testamentaria que sí es irrevocable, la que se refiere al reconocimiento del hijo, porque en ella simplemente se declaró un hecho. Se admitió la paternidad o la maternidad y, por lo tanto, ya no hay la misma razón que existe para que el testador pueda dejar sin efecto sus disposiciones de última voluntad..."¹¹

Sin embargo, si el testamento otorgado fuera nulo, el reconocimiento del hijo también lo será, por falta de capacidad del testador o vicios de la voluntad.

4. 2. 4. Por confesión judicial expresa.

La confesión es el reconocimiento, el cual puede ser expreso o tácito, que hace alguna de las partes de hechos que le son propios, concernientes a las cuestiones controvertidas en el proceso, en este aspecto el artículo 4.168, fracción IV, del citado artículo, sostiene que el reconocimiento se puede dar por confesión judicial expresa.

El Código de Procedimientos Civiles en vigor en el Estado de México establece que la confesión judicial se clasifica en expresa la cual se hace clara y terminantemente al formular o contestar la demanda, ya absolviendo posiciones o en

¹¹ *Ibid*, pp. 745 y 746.

cualquier otro acto del proceso; por otra parte, la confesión tácita o ficta es la que se da porque el confesante no comparezca, se niegue a declarar o no responda afirmativa o negativamente o manifieste ignorar los hechos.

“La confesión judicial directa y expresa consiste en absolver posiciones ante el juez bajo protesta de decir verdad. Estas posiciones que son preguntas que se hacen al que deba rendir su confesión, deben tener ciertos requisitos, formularse siempre en sentido positivo, sólo comprender un hecho, estar relacionadas directamente con la controversia, es decir, con el juicio de que se trate. Por lo tanto, esta confesión por la cual se logra el reconocimiento de un hijo, no puede hacerse en cualquier juicio, porque la confesión debe estar relacionada directamente con los puntos controvertidos. Podrá ser punto controvertido, por ejemplo, en un juicio de alimentos, si el actor es o no hijo del demandado. En un juicio de investigación de la paternidad o de maternidad, evidentemente que sí tendrá una relación directa formular la posición respectiva al demandado, para que declare si el actor es o no su hijo, pero no podrían articularse posiciones para obtener una declaración judicial directa y expresa sobre la paternidad o la maternidad, en un juicio donde no se discute la calidad de hijo que tuviera una de las partes frente a la otra.”¹²

El Código Civil del Estado de 1956, establecía en su artículo 351, fracción V, que la confesión judicial debía ser directa y expresa, en cambio el actual Código Civil en vigor sólo dice en el artículo 4.168, fracción IV, que la confesión judicial debe ser expresa eliminando el requisito de que la confesión sea directa.

En este sentido, la siguiente tesis aislada explica porque la confesión debe ser directa y expresa:

Octava Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VIII, Octubre de 1991. Tesis: I.4o.C.160 C. Página: 257.

¹² *Ibid*, pp. 743 y 744.

RECONOCIMIENTO DE HIJOS. REQUISITOS DE LA CONFESION PARA CONSTITUIRLO. Los formalismos previstos en el artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal, tienen la finalidad de establecer prueba auténtica del reconocimiento de un hijo, esto es, la declaración de voluntad de admitir el hecho de la paternidad (o la maternidad) y de asumir las consecuencias legales inherentes a esa aceptación. En lo que concierne específicamente a la fracción V de dicho precepto, el legislador instituyó la confesión del progenitor como medio para llevar a cabo el reconocimiento, pero no cualquier tipo de confesión, sino precisamente la que llena los siguientes tres requisitos: a) judicial, b) directa y c) expresa. Judicial, porque debe producirse dentro del juicio (aun cuando se admite por extensión, la hecha en los medios preparatorios del mismo o en providencias precautorias) y ante Juez competente. Directa, porque la voluntad consciente del confesante debe estar encaminada exclusivamente a una única meta, como es la admisión de la certeza de la paternidad (o de la maternidad); por tanto, este requisito no se surte, si esa voluntad se encuentra dirigida a un fin distinto al reconocimiento y sólo se alude de manera incidental al parentesco. Expresa, porque la confesión ha de externarse necesariamente de manera hablada o escrita y no debe ser advertida mediante inferencias. Si la confesión no reúne estos tres requisitos, no tendrá eficacia de medio de reconocimiento de un hijo.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 4624/91. Anselmo Colín Bernal. 29 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Reyna Franco Flores.¹³

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial debe ser efectuado mediante una confesión judicial expresa, por tanto, la confesión judicial ficta no es válida porque claramente dice la ley que la confesión debe ser necesariamente expresa. Así, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial se puede hacer personalmente por los progenitores, por medio del acta de nacimiento o en la de reconocimiento ante el

¹³ IUS 2004, C.D-ROM, Jurisprudencia y Tesis aisladas (junio de 1917-junio de 2004), SCJN.

Oficial del Registro Civil, por escritura pública, por testamento y por confesión judicial directa; sin embargo, el reconocimiento voluntario también se puede hacer por medio de un mandato especial, observando los requisitos que establece la ley, en el que se deberá expresar el nombre exacto del hijo que será reconocido excluyéndose, por supuesto, el caso del reconocimiento del hijo en testamento por medio de mandato, debido a que no es posible debido a que la naturaleza del testamento es ser un acto esencialmente personalísimo. Por otro lado, respecto al reconocimiento los artículos 3.21 y 3.22 del Código Civil expresan:

Artículo 3.21. Si el reconocimiento se hace por alguno de los otros medios establecidos en este Código, se presentará al Oficial del Registro Civil, el original o copia certificada del documento que lo compruebe. En el acta se insertará la parte relativa de dicho documento, observándose las demás prescripciones contenidas en este Capítulo y en el relativo a las actas de nacimiento.

Artículo 3.22. La omisión del registro, no quita los efectos legales al reconocimiento hecho conforme a las disposiciones de este Código.

Se confirma el carácter unilateral del reconocimiento por parte del progenitor porque no se requiere el consentimiento del hijo reconocido o del representante legal si el hijo es menor de edad, pues el consentimiento se requerirá posteriormente al presentarse ante el Oficial del Registro Civil, además el artículo 3.22 del ordenamiento estatal citado expresa que la omisión del registro no quita los efectos legales del reconocimiento hecho conforme a las disposiciones del Código Civil.

4. 3. El reconocimiento hecho por el menor.

El menor de edad puede reconocer a sus hijos nacidos fuera del matrimonio, el Código Civil le permite realizarlo si tiene la edad exigida para contraer matrimonio; es decir, necesita el hombre haber cumplido dieciséis y la mujer catorce, más la edad

del hijo que va ser reconocido, así el padre necesita tener diecisiete años, ya que el plazo máximo de gestación del embarazo es de trescientos días, pero la ley establece un plazo de un año, incluso el artículo 4.163 del Código Civil estatal expresa que puede reconocerlo también quien pruebe que pudo concebirlo antes de la edad mencionada.

El menor de edad tiene que obtener la autorización para poder reconocer, por lo que no podrá realizar el reconocimiento voluntario personalmente requerirá el consentimiento de la persona que ejerzan sobre él la patria potestad o su representante legal; sin embargo, el Código Civil en vigor no contiene la disposición que establecía el artículo 344 del Código Civil del Estado de México de 1956, actualmente abrogado, que expresaba que el menor de edad no podía reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentra, o a falta de ésta, sin la autorización judicial.

El legislador establece una edad mínima para que el menor de edad pueda realizar el reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, la edad requerida para que el varón este apto biológicamente para poder engendrar; no obstante, el Código Civil en vigor establece que también puede reconocer a su hijo el que pruebe que pudo concebirlo antes de la edad requerida por la ley para el reconocimiento efectuado por el menor de edad. Por otra parte, habíamos mencionado que el reconocimiento voluntario es un acto irrevocable; sin embargo, la ley concede al menor de edad que ha reconocido a un hijo extramatrimonial la posibilidad de anular el reconocimiento si prueba que sufrió engaño, en este sentido, el Código Civil dice:

Artículo 4.164. El reconocimiento hecho por un menor es revocable si prueba que sufrió engaño al hacerlo, pudiendo intentar la revocación hasta cuatro años de la mayoría de edad.

El artículo anteriormente transcrito concede al menor el derecho de revocar el reconocimiento que efectuó si prueba que sufrió engaño; sin embargo, se trata más bien de una anulación por parte del menor que fue víctima de engaño, que se

interpreta como dolo, recordemos que el reconocimiento voluntario es un acto irrevocable, pero hay una excepción que beneficia al menor de poder anular el reconocimiento si fue víctima de engaño.

Si la manifestación de la voluntad del menor de edad al hacer el reconocimiento de un hijo extramatrimonial nació viciada entonces el reconocimiento sería un acto que puede ser objeto de anulación y no de revocación como menciona el artículo 4.164 del Código Civil del Estado de México. La nulidad del reconocimiento hecho por el menor puede invocarse según establece el artículo citado hasta cuatro años de su mayoría de edad el plazo es amplio considerando la falta de madurez del menor de edad. "Es indudable el derecho que tiene el menor para anular el reconocimiento si sufrió error o engaño... Se trata de una nulidad relativa, pues se afecta el consentimiento con los vicios señalados, y el acto jurídico puede ser invalidado..."¹⁴

Respecto a la anulación por parte del mayor de edad el Código Civil no dice nada al respecto, pero se considera que también puede ser objeto de anulación si la voluntad del progenitor que ha reconocido a un hijo extramatrimonial se encuentra viciada. Se establece por la doctrina que el reconocimiento efectuado por el mayor de edad también puede ser susceptible de anulación, si la voluntad se encuentra viciada, pues el reconocimiento es un acto jurídico, por consiguiente, se aplicarían las reglas genéricas de la nulidad que se aplican a los actos jurídicos del Derecho de familia.

4. 4. La acción de contradicción de reconocimiento voluntario.

El reconocimiento realizado por el progenitor puede ser contradicho o impugnado por las personas que el Código Civil del Estado señala cuando el reconocimiento no coincida con la realidad, porque la relación jurídica entre el padre y el hijo no corresponda con la verdadera relación biológica.

¹⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales. 3ª Edic.. Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 187.

“Se entiende por tal (la impugnación), el recurso que las leyes conceden a algunas personas para destruir el reconocimiento de un hijo, con base en las determinadas circunstancias previstas en las mismas. Si el orden jurídico debe arbitrar recursos para que el acto paterno de voluntad encuentre causa apropiada para legalizar una situación oscura, también debe prestarlos a fin de que no se constituyan estados jurídicos aparentemente legales, cuando en el fondo se controvierte el fundamento mismo del reconocimiento. Unos y otros responden al mismo fin: asegurar la estabilidad de la familia, determinar el estado cierto y verdadero de las personas, y, en definitiva, legalizar la paz social.”¹⁵

El Código Civil en vigor ya no establece el derecho de contradecir el reconocimiento a la madre cuando se haga sin su consentimiento, por lo que, consideramos que debería establecerse en un artículo del Código Civil, ya que por lo general es la madre quien soporta todo el peso económico y es justo que se le otorgue el derecho de contradecir el reconocimiento realizado sin su consentimiento. El mismo ordenamiento estatal señala que el reconocimiento de un hijo puede ser contradicho, al respecto establece: Artículo 4.167. El reconocimiento puede ser contradicho por un tercero interesado. El heredero que resulte perjudicado puede contradecir el reconocimiento dentro del año siguiente a la muerte del que lo hizo.

Por el reconocimiento voluntario que haga el padre de un hijo extramatrimonial surgen diferentes consecuencias jurídicas, una de las cuales es que se establece un estado jurídico familiar entre el progenitor y el hijo, sin embargo, el reconocimiento puede ser contradicho por un tercero interesado y por el heredero que resulte perjudicado, sobre esto, el Código Civil del Estado de México debería establecer que en ningún caso procede impugnar el reconocimiento por causa de herencia para privar de ella al menor reconocido, consideramos que la parte final del artículo 4.167 debería derogarse y establecer este principio en beneficio de los hijos reconocidos. Igualmente el Código Civil estatal concede el derecho de impugnar el reconocimiento voluntario al hijo si es menor de edad dentro los dos años siguientes a su mayoría de

¹⁵ *Ibid*, pp. 187 y 188.

edad (artículo 4.171), el objetivo de este artículo fue de proteger al menor de edad de reconocimientos no deseados ni aprobados por el menor de edad, que en lugar de beneficiarlos saldrían gravemente perjudicados, por lo que, el legislador establece la posibilidad de que el menor de edad impugne el reconocimiento dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad.

También permite a la mujer que ha cuidado del menor oponerse al reconocimiento, este caso se da cuando una mujer ha cuidado de un hijo como si fuera de ella, es una posesión de estado de madre del hijo que se acredita si se reúnen los supuestos que señala el artículo 4.172 del Código Civil. Así, si la mujer acredita que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño (trato), a quien le da su nombre o permitido que lo lleve (nombre); que públicamente lo ha presentado como su hijo y ha proveído a su alimentación (fama), el Código Civil, además, expresa que no se le podrá separar de su lado por el sólo reconocimiento, a menos que consienta en entregarlo, o por otra causa legal decidida en sentencia, no obstante, a pesar de que no se diga expresamente que la mujer cuidadora puede oponerse, la parte final del artículo parece ser que la mujer sí puede oponerse al reconocimiento efectuado sobre el menor. Si la mujer que ha cuidado del hijo como si fuera su verdadera madre acreditando los tres elementos constitutivos que señala el artículo 4.172 puede oponerse al reconocimiento que haga un hombre del niño, el Código Civil del Estado no señala un término para oponerse al reconocimiento efectuado sobre el niño.

4. 5. Los efectos y consecuencias jurídicas del reconocimiento.

El Código Civil del Estado de México establece los mismos derechos a todos los hijos, pues los efectos que surgen al establecerse la filiación en relación con los hijos, son los mismos, porque no establece ninguna diferenciación o discriminación por razón de nacimiento, por consiguiente, los hijos nacidos de matrimonio, los hijos extramatrimoniales y los hijos adoptivos en la adopción plena reciben el mismo

tratamiento, lo único que los diferencia es en la forma de establecer la relación paterno filial. No obstante, respecto a los hijos habidos fuera del matrimonio, si no han sido reconocidos voluntariamente por uno o ambos padres o no han logrado establecer el nexo de filiación con su madre o padre por medio de la sentencia que la establezca, por medio del ejercicio de la acción de investigación de la paternidad no podrán gozar de los efectos y consecuencias jurídicas que surgen de la filiación.

"Los efectos en relación a los hijos son los mismos independientemente de que sean hijos de matrimonio o fuera de matrimonio. Sin embargo, aquellos hijos extramatrimoniales que no hubieren sido reconocidos por sus padres o que de ellos no hubieren logrado una sentencia que reconozca la filiación, no podrán quedar comprendidos dentro de los efectos que sólo se pueden generar de la relación jurídica derivada de la existencia de la relación biológica.

Por lo tanto, los efectos tenemos que referirlos a los hijos habidos de matrimonio, y a aquellos hijos que estuvieren dentro de la relación paterno-filial por reconocimiento de los padres, o por sentencia en la investigación de la paternidad o maternidad".¹⁶

Así, los hijos nacidos fuera del matrimonio que ya fueron reconocidos voluntariamente por sus progenitores o han obtenido una sentencia favorable en un proceso de investigación de la paternidad y donde ya quedó establecido la relación jurídica de la filiación con su progenitor que se negó a reconocerlos voluntariamente, pueden adquirir importantes derechos, deberes y obligaciones, que son los efectos y consecuencias jurídicas que se derivan del establecimiento de la filiación.

Una de las principales consecuencias a favor de los hijos reconocidos resultado del establecimiento de la filiación es el generar un estado de familia, porque adquiere el carácter de un hijo asumiendo los derechos, deberes y obligaciones que tiene cualquier hijo. Es hijo de la persona que lo reconoció, frente a todos los familiares del

¹⁶ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales. p. 102

progenitor y frente a toda la sociedad; es decir, el reconocimiento surte sus efectos ante todos.

Por otra parte, una consecuencia del reconocimiento es el establecimiento de la patria potestad sobre la persona del menor, debido al vínculo de filiación entre el progenitor y el hijo. El padre que ha reconocido obtendrá el ejercicio de la patria potestad, que es una institución protectora del hijo menor de edad no emancipado y de sus bienes, derivado del vínculo jurídico surgido de la filiación.

Sin embargo, respecto a la custodia del hijo cuando los padres no vivan juntos, pero reconozcan al hijo en el mismo acto ambos convendrán cuál de los dos lo tendrá bajo su custodia, si no se pusieren de acuerdo el Juez resolverá lo más conveniente al interés del menor (artículo 4.173). En cambio, se establece que cuando se efectúe el reconocimiento sucesivamente por padres que no viven juntos, se indica que el hijo quedará bajo la custodia del padre que lo reconoció primero, salvo convenio en contrario (artículo 4.174).

Otro derecho que es consecuencia del establecimiento de la filiación es el derecho del hijo al apellido del progenitor que lo ha reconocido y, además, este tiene la obligación de conceder su apellido. En las actas de reconocimiento de hijos extramatrimoniales se deberá anotar el apellido del progenitor que reconozca (artículos 2.3, 2.4, 3.12, 3.19 y 3.20). El hijo reconocido tiene el derecho a recibir alimentos por el padre que lo reconozca, pero el hijo también tendrá la obligación de darlos al progenitor, pues la obligación de dar alimentos es recíproca (artículos 4.127, 4.129, 4.130 y 4.131).

También tendrá derecho a la sucesión legítima, el reconocimiento realizado por el progenitor da el derecho a recibir la porción hereditaria que establezca el Código Civil vigente en el Estado de México en lo concerniente a la sucesión legítima, pues los hijos sin importar su origen son los primeros en ser llamados.

Los hijos extramatrimoniales que lograron establecer su filiación con su madre o padre por medio de una sentencia firme que reconozca la relación paterno filial también tendrán los mismos derechos, aunque el Código civil estatal no lo mencione.

CAPÍTULO 5.

PROPUESTA DE REFORMA A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE MÉXICO.

5. 1. La acción de investigación de la paternidad.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen el derecho de iniciar una demanda de investigación de la paternidad, en el supuesto de que alguno de los padres se niegue a reconocerlos voluntariamente, en este tipo de procesos el hijo extramatrimonial tendrá que acreditar ante los tribunales, por medio de las pruebas que aporte, que determinada persona es su madre o su padre.

Sobre esto, el juzgador ante las pruebas aportadas por el hijo extramatrimonial, si considera que son suficientes para acreditar que la persona demandada es la madre o el padre deberá dictar la sentencia que establezca la relación paterno-filial aun en contra de la voluntad del progenitor que se ha negado. Por eso sé crítica que algunos autores utilicen la expresión de reconocimiento forzoso, pues no es el progenitor el que reconoce sino el juez, ante las pruebas aportadas por el hijo extramatrimonial, el que establece la filiación en la sentencia, ya que el progenitor en lugar de reconocer la relación paterno-filial la combate y la niega.

La tradición jurídica denomina al proceso por el cual un hijo nacido fuera de matrimonio puede demandar ante los tribunales al progenitor que no los reconoce, como acción de investigación de la paternidad, término que es aceptado por la doctrina y legislaciones nacional y extranjera, pero también es criticado; sin embargo, la tradición jurídica lo impuso, así como el uso forense de esta expresión.

No obstante, se recomienda por la doctrina el uso de términos más técnicos como el de acción de reclamación de la filiación extramatrimonial o imposición de la paternidad por declaración judicial, pues el objetivo de la acción es imponer la

paternidad y establecer la relación entre la madre o el padre y el hijo, aun en contra de la voluntad de los progenitores.

“La expresión “investigación de la paternidad” no es del todo acertada, pues investigar significa indagar, registrar, hacer diligencias para descubrir una cosa y, en el caso de investigación de la paternidad, el hijo que intenta la acción debe tener a su favor determinadas circunstancias como prueba de que cierta persona es su padre. Puede darse el caso, ciertamente, del hijo que ignore su origen y que tenga realmente que hacer una previa investigación al respecto pero, al ejercitar su acción debe de tener ya consigo los indicios suficientes sobre quién es su padre para poder intentar su demanda. Por otra parte, el juez de la causa tampoco ordenará que se realice una investigación, sino que se atendrá a las pruebas presentadas por las partes para decidir la cuestión.”¹

La investigación de la paternidad es una de las acciones que a través del tiempo ha preocupado a los legisladores por la dificultad de probar la paternidad por los medios ordinarios de prueba que establece la ley. Por su parte, la doctrina define la investigación de la paternidad de la siguiente manera:

“Puede definirse diciendo que es el derecho que tienen los hijos habidos fuera de matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que esta sea declarada por los mismos y se obligue a los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno filial.”²

“Doctrinalmente se ha definido a la investigación de la paternidad como la averiguación judicial que tiene por objeto establecer la filiación de una persona nacida fuera de matrimonio y no reconocida por su progenitor.

¹ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*, 4ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1990, pp. 310 y 311.

Asentado anteriormente que la investigación de la paternidad como el derecho de ejercitar una acción no es realmente una averiguación judicial, definiremos la misma como el derecho que tiene el hijo o la madre, de ejercitar una acción para que, si las pruebas que se presenten son suficientes a juicio del juez, se impute la paternidad a un determinado sujeto.”³

Las posturas adoptadas por las diversas legislaciones nacionales y extranjeras en lo que se refiere a la investigación de la paternidad van desde la prohibición absoluta de la investigación de la paternidad para los hijos nacidos fuera de matrimonio, la postura intermedia que la permite en algunos limitados casos y la que permite la libre investigación sin ninguna restricción, criterio que en la actualidad es la que han adoptado muchos Códigos Civiles modernos de diversos países, debido a que la ciencia genética permite en la actualidad probar la paternidad o maternidad.

Sobre el criterio prohibitivo de la investigación de la paternidad el mejor ejemplo lo era el primitivo Código Civil francés de 1804 que casi se acercó a una postura absoluta, porque el único caso en que se permitió ejercitar la acción lo era cuando se daba el supuesto del rapto, cuando la época del hecho se relacionare con la concepción, se permitía iniciar la acción de investigación de la paternidad, que en la práctica tuvo escaso uso, por consiguiente, prácticamente estaba prohibida tanto a favor como en contra del hijo extramatrimonial; es decir, para el hijo natural simple porque los hijos incestuosos y adulterinos tenían prohibido absolutamente ejercer la acción de investigación de la paternidad.

“En el Código francés en principio se prohibió la investigación de la paternidad, aunque hubiere ciertas circunstancias que como el concubinato, la violación, el estupro o la posesión de estado de hijo, permitiese presumir que cierto hombre engendró al hijo de una mujer soltera. La única excepción que admitió ese ordenamiento fue la relativa al rapto, pero tuvo escasas aplicaciones. Por razones que se consideraron de moralidad social, para evitar escándalos, a su vez que

³ CHÁVEZ ASECIO, Manuel. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales. 3ª. edic. Edit Porrúa S.A., México, 1997, p. 193

chantajes, pruebas falsas, testigos sobornados, maniobras de aventureros, etc., se prohibió que se pudiera investigar la paternidad.”⁴

La prohibición de la investigación de la paternidad adoptada por el Código Civil francés de 1804 se debió a que los redactores temían que esta acción derivara en abuso, recordemos que antes de la Revolución francesa estaba permitida la libre investigación de la paternidad, puesto que la simple afirmación de la mujer de que determinado sujeto era autor del embarazo bastaba para condenar al hombre al pago de los gastos del embarazo y el parto, a condición de que fuera el primer hijo de la mujer y fuera soltera; sin embargo, la mujer tenía que ofrecer posteriormente pruebas si quería establecer la paternidad, no obstante, el supuesto padre ya había sido condenado al pago de los gastos del embarazo y el alumbramiento por el simple dicho de la mujer.

La situación fue aprovechada por muchas mujeres, que ante la falta de una reglamentación adecuada, la usaron para sacar algún beneficio económico y se empezó a demandar a hombres acaudalados lo que dio lugar a procesos escandalosos y a los chantajes según se comenta, por lo que, se acogió la prohibición casi absoluta de investigar la paternidad para los hijos nacidos fuera de matrimonio.

Por su parte, los partidarios del sistema que prohíbe la investigación de la paternidad sostienen que la prohibición de la acción evita que se perturbe la paz y la tranquilidad de las familias porque se evita que sean víctimas de los ataques, escándalos y chantajes que traerían los procesos sobre investigación de la paternidad. Otro argumento para seguir sosteniendo el criterio prohibitivo es que se desalienta la formación de parejas extramatrimoniales porque ya no se podrá reconocer a los hijos habidos fuera de matrimonio.

También se argumenta que no hay la posibilidad de probar directamente que un determinado hombre es padre del hijo; es decir, por medio de las pruebas ordinarias no es posible probar la paternidad biológica de un modo exacto en este tipo de

³ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*, 4ª. edic., Edit Porrúa S A., México, 1990. p. 311.

procesos y que pueda dar lugar a imputaciones de paternidad falsas. "El sistema prohibitivo gozó durante algún tiempo del favor de la doctrina y de las legislaciones. Se llegó a afirmar que la prohibición de la investigación de la paternidad es un principio de Derecho común de los pueblos civilizados."⁵

En la actualidad los argumentos esgrimidos por los partidarios de la prohibición de la investigación de la paternidad son insostenibles, ya que la mayoría de las legislaciones adoptaron una postura más humanitaria a favor de los hijos extramatrimoniales y se afilian, por tanto, al sistema de libre investigación de la paternidad.

Por otra parte, también hay legislaciones que establecieron un sistema intermedio para la investigación de la paternidad; es decir, sólo admiten el ejercicio de la acción en casos excepcionales, la permiten en algunos supuestos enumerados taxativamente y ponen muchas dificultades para poder probar la paternidad, como ejemplos de esta postura la tenemos en nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, en el Derecho comparado esta la Ley francesa de 16 de noviembre de 1912, que reformo ampliamente el antiguo artículo 340 del Código Civil francés, y en dónde se autoriza en varios casos enumerados en cinco fracciones la investigación de la paternidad y nuestra Ley sobre Relaciones Familiares de 1917; sin embargo, en estas legislaciones se ponen muchos obstáculos para poder ejercitar la acción y poder probar la paternidad.

Por último, el sistema permisivo que permite la libre investigación de la paternidad el cual es adoptado por las legislaciones más modernas, pues se basa en principios sociales y de justicia, porque los padres tienen obligaciones y deberes que no pueden eludir para con sus hijos extramatrimoniales.

"La doctrina civil moderna, y, paulatinamente, la legislación, van orientándose cada día con más rigor hacia el reconocimiento del derecho de investigación de la paternidad y de la maternidad, por entender que el interés del hijo en conocer

⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, T.II, Derecho de Familia, 9ª. edic., Edit Porrúa S.A., México, 1998, pp. 709 y 710.

quienes son sus progenitores, no debe tener más limitaciones que las que sean estrictamente necesarias para evitar los abusos a que el ejercicio de este derecho puede dar lugar... La investigación de la paternidad, ampliamente concedida, no sólo defiende el derecho de los hijos a saber quiénes son sus padres, sino que puede contribuir a la moralización de las relaciones sexuales, por lo que cabe atribuirle una beneficiosa influencia social... La prohibición o simplemente la restricción de ese derecho, es, por el contrario, una prima concedida a la inmoralidad y al desenfado de quienes no tienen el menor escrúpulo en dar vida a seres destinados, por su mismo origen, a una existencia miserable.”⁶

Sobre esto, las legislaciones que permiten el criterio de libre investigación se encuentran el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, que en la actualidad es exclusivamente Código Civil Federal, permite en su artículo 382, fracción IV: “Cuando el hijo tenga un principio de prueba contra el pretendido padre”; por su parte, en la legislación extranjera encontramos el Código Civil español que, mediante la Ley de 13 de mayo de 1981, reformó el Código introduciendo la libre investigación de la paternidad permitiendo el uso de las pruebas biológicas para probar el nexo genético entre el progenitor y el hijo; en el Distrito Federal con las reformas que con fecha del 25 de mayo del 2000 se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal que modificaron en beneficio de los hijos extramatrimoniales y en donde se permite la utilización en los procesos de investigación de la paternidad cualquier tipo de pruebas incluidas las biológicas o las provenientes del avance de los conocimientos científicos. El Código Civil para el Distrito Federal se coloca con estas reformas en uno de los ordenamientos más avanzados en México.

Por su parte, el Código Civil vigente en el Estado de México, publicado en la Gaceta del Gobierno del 7 de junio del 2002, se afilia al sistema de libre investigación de la paternidad, pues su artículo 4.175 establece cuatro fracciones en las que se

⁵ HERRERA CAMPOS, Ramón. *La Investigación de la Paternidad y la Filiación no Matrimonial*, 1ª edic., Edit. Universidad de Granada, España, 1987, p. 102.

⁶ PINA, Rafael de. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, T.I, Introducción, personas, familia, actualizada en su parte legislativa por Juan Pablo de Pina García, 22ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2002, pp. 355 y 356.

permite la investigación de la paternidad y su fracción cuarta también establece: "Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre", por consiguiente, el hijo podrá iniciar una demanda de investigación de la paternidad al padre cuando se niegue a reconocerlo voluntariamente, sin embargo, no menciona a la prueba biológica.

5. 2. Los casos autorizados para investigar la paternidad previstos en el artículo 4.175 del Código Civil del Estado de México.

Un sector de la doctrina sostiene que tal como está redactado el artículo 4.175 del Código Civil vigente en el Estado de México, en sus cuatro fracciones, en las cuales sólo es posible iniciar una demanda de investigación de la paternidad es una acción limitada únicamente a los cuatro supuestos determinados por la ley; por lo que parece que el ejercicio de la investigación de la paternidad no es libre, desde nuestro punto de vista disiente con el anterior criterio, porque el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad se encuentra totalmente abierta, al respecto un sector de la doctrina afirma al comentar el artículo 382 del Código Civil federal que es prácticamente igual al artículo 4.175 del Código Civil vigente del Estado de México que:

"La doctrina mexicana unánimemente señala que la investigación de la paternidad en nuestro Código no es una investigación totalmente libre, puesto que está restringida a los que señala la ley. Nuestro criterio difiere, pues pensamos que el Código de referencia permite una total y libre investigación, pese a que el artículo 382 transcrito señale cuatro casos específicos. Sin embargo, la fracción IV del artículo en cuestión expresa que se pueda ejercitar la acción de investigación de la paternidad "cuando el hijo tenga un principio de prueba contra el pretendido padre". No se exige, pues, más que un principio de prueba, cualquiera que ella sea. Esto convierte, a nuestro juicio, a la investigación en totalmente libre, pues carecería de

sentido el que un individuo tratara de imputar paternidad a otro sin tener la menor prueba contra él. Es de elemental conocimiento jurídico que, en cualquier juicio, el actor debe probar lo que demanda y, si no tiene pruebas, o las que presente resulten insuficientes, no podrá obtener sentencia favorable.”⁷

Así, la primera fracción del artículo 4.175 del Código Civil del Estado dispone que la investigación de la paternidad para los hijos extramatrimoniales esta permitido: En los casos de raptó, estupro y violación; sin embargo, el legislador omitió agregar cuando la época de estos delitos coincida con la de la concepción.

Como se podrá observar la primera fracción del artículo 4.175 del ordenamiento citado el legislador utiliza la presunción consistente en permitir la investigación de la paternidad cuando la época de la comisión de los delitos de raptó, estupro y violación coincide con la de la concepción y entonces se podrá ejercitar la acción por parte del hijo imputando la paternidad al autor del hecho delictuoso. Por su parte, el Código Penal en vigor del Estado de México del año 2000 establece los tipos penales de los citados delitos raptó, estupro y violación de la siguiente forma:

Artículo 264. Al que se apodere de una persona por medio de la violencia física o moral, o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse, se le impondrán de seis meses a seis años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa. Se impondrá también la pena anterior, aunque el raptor no emplee la violencia ni el engaño y consienta en el raptó de la persona, si ésta fuere menor de dieciséis años.

Por el sólo hecho de no haber cumplido dieciséis años, la persona raptada que voluntariamente siga a su raptor, se presume que éste empleó el engaño.

Artículo 271. Al que tenga cópula con una mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho casta y honesta obteniendo su consentimiento por medio de seducción, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de treinta a cien días multa.

⁷ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*, 4ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México. 1990. p.313

Artículo 273. Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, se le impondrán de cinco a once años de prisión, y de cien a doscientos veinticinco días multa...

Para el ejercicio de la acción de la investigación de la paternidad no requiere que el acusado sea sentenciado por cualquiera de los tres delitos, para que proceda la acción, puesto que no se trata de la imposición de una condena penal, lo que se trata de determinar es el periodo de la concepción, cuando la época del delito coincida y de la cual se deriva el embarazo de la mujer y el posterior nacimiento del hijo. También del artículo 4.175, fracción I, no establece que se tenga que obtener la condena penal de cualquiera de los delitos que señala para que pueda proceder la acción de investigación de la paternidad.

"En caso de estos delitos, cuando la época del mismo coincida con la de la concepción. Es de observarse que en esta materia se hace referencia a los delitos de raptó, estupro y violación, lo que nos remite a la ley penal... Surge la pregunta si el proceso de investigación de la paternidad requiere la sentencia que hubiere condenado al presunto padre en un proceso penal. La ley no exige el previo juicio penal. Sólo se refiere a los delitos, y éstos están tipificados en el Código Penal cuando se dan los extremos previstos en cada uno de ellos... El Código Civil no habla del procesado y sentenciado. Puede haber delito y no haber sentencia penal. Por lo tanto, estimo no se requiere agregar requisitos no previstos por el legislador. Basta que el Juez de lo Civil, aplicando en estos casos el Código Penal, estime con las pruebas que aportaron que se cometió alguno de los delitos señalados."⁸

Sin embargo, algunos autores consideran que si es necesario que el sujeto a quien se le imputa la paternidad sea condenado por cualquiera de los delitos anteriormente señalados. "Desde nuestro punto de vista, consideramos que si es necesario primeramente se determine por un juez penal, que el hecho constituye un

⁸ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales*, 3ª. edición. Edit Porrúa S.A., México, 1997, p. 197

delito, es el único autorizado para determinar si una conducta es o no delito y esto no lo puede señalar un juez civil o de lo familiar.”⁹

Por su parte, la fracción segunda del precepto citado señala que la investigación de la paternidad esta permitida: “Cuando se encuentre en posesión de estado de hijo”. La posesión de estado de hijo para los hijos matrimoniales la señala el artículo 4.157 del Código Civil del Estado de México; sin embargo, para el supuesto de los hijos extramatrimoniales no se señalan los requisitos que deba tener la posesión de estado de hijo del presunto padre.

El Código Civil para el Estado de México del 29 de diciembre de 1956 actualmente abrogado, establecía en su artículo 366, que la posesión de estado para los hijos nacidos fuera del matrimonio se justificaba demostrando por los medios ordinarios de prueba que el hijo había sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento, el Código Civil en vigor no dice cuáles son los requisitos para la posesión de estado que tienen que acreditar los hijos extramatrimoniales, por lo que, se presume que se requieren los tres elementos clásicos: nombre, trato y fama.

La fracción tercera del artículo 4.175 señala que la investigación de la paternidad es procedente para el hijo extramatrimonial: “Cuando haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hizo vida marital con el presunto padre”. Esta fracción es confundida como concubinato; sin embargo, sólo se requiere que haya habido cohabitación entre el presunto padre y la madre, que hubieren vivido maritalmente y durante ese tiempo fuese concebido el hijo.

“El tercer caso, cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el supuesto padre, viviendo maritalmente. no necesariamente se refiere al concubinato, porque éste supone una relación estable, permanente entre un hombre con una mujer que no se hallan vinculados por

⁹ SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo. *Derecho Civil*. Parte general, personas y familia, 1ª. Edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, p. 442.

el matrimonio válido... por lo cual puede darse en otro tipo de uniones extramatrimoniales ..."¹⁰

Por lo que toca a la fracción cuarta del artículo citado expresa: "Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre", tal como esta redactada esta fracción permite ejercitar la acción de investigación de la paternidad, pues la ley no pone obstáculo alguno, como lo establecía la Ley francesa de 1912 de exigir un principio de prueba por escrito, para poder iniciar la acción por parte de los hijos extramatrimoniales, lo que dificultaba en gran medida establecer su filiación con el presunto padre, por consiguiente, la investigación de la paternidad esta totalmente abierta según lo dispone la fracción IV del artículo 4.175 del Código Civil del Estado de México. y se permite cualquiera de las pruebas ordinarias.

Algunas tesis aisladas de los tribunales federales también aceptan el criterio de libre investigación de la paternidad al respecto tenemos la siguiente:

Sexta Época. Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Cuarta Parte, C, Página: 82.

PATERNIDAD, INVESTIGACION DE LA. PRUEBA PRESUNCIONAL (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE MEXICO). No es obstáculo para tener por probado plenamente un hecho, por medio de la prueba presuncional, la circunstancia de que se trate de un asunto relacionado con la investigación de la paternidad, puesto que, según el artículo 364 del Código Civil del Estado de México, igual al 382 del Código del Distrito y Territorios Federales, no se requiere ya un principio de prueba por escrito como se exigía en las legislaciones anteriores y se exige en la legislación francesa, por ejemplo, sino que únicamente es necesario de acuerdo con la fracción IV del citado precepto, "un principio de prueba contra el pretendido padre", lo que permite mayor flexibilidad en cuanto a las pruebas que pueden rendirse y se traduce en la posibilidad de una decisión más justa, ya

¹⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel, et. al., *Código Civil para el Distrito Federal. Comentarios, legislación y jurisprudencia*, Vol. I, del artículo 1 al 746, 2ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, p. 367.

que, bien porque el padre sea un analfabeta que no sepa leer ni escribir, o porque por su preparación eluda facilitar el conocimiento de la verdad, la prueba escrita es en estos casos difícil de obtener.

Amparo directo 5112/63. Valente Manzo Ochoa. 13 de octubre de 1965. Cinco votos. Ponente: José Castro Estrada.¹¹

Sin embargo, respecto a las pruebas biológicas; es decir, la prueba pericial en genética, sobre todo la prueba del ADN, probanza proveniente del avance científico, de alta certeza en la atribución de la paternidad, la interpretación más reciente, realizada por los tribunales federales es la de rechazarla cuando no hay consentimiento del demandado para practicarla, porque puede afectar sus derechos protegidos por el ordenamiento jurídico. Como se verá el rechazo a la prueba biológica cuando no hay consentimiento del demandado es contraria al interés superior del niño.

5. 3. Análisis de las principales pruebas biológicas provenientes del avance científico para investigar la paternidad.

La prueba es un medio para que el juzgador obtenga el cercioramiento y la convicción en el proceso y en las acciones sobre investigación de la paternidad cumplen una función esencial, pues se trata de que el juzgador ante las pruebas ofrecidas por el hijo extramatrimonial y si estas son suficientes y logran producir certeza se impute la paternidad a determinada persona señalada como probable padre y se establezca en la sentencia la relación paterno filial y las consecuencias jurídicas que de esta se deriven. El Código Civil en vigor en el Estado de México en los procesos de investigación de la paternidad permite ofrecer cualquier tipo de

¹¹ IUS 2004, CD-ROM. Jurisprudencia y Tesis Aisladas. SCJN.

prueba de las señaladas en el artículo 1.265 del Código de Procedimientos Civiles en vigor en el Estado y no pone ningún obstáculo.

Del mismo modo, en muchos casos ante la naturaleza de las cuestiones se requieran conocimientos científicos o tecnológicos con el objetivo de que auxilien al juzgador mediante la presentación ante el juez del dictamen pericial elaborado por personas especializadas en la ciencia, técnica o arte llamados por la ley peritos.

En este sentido, en la actualidad en los procesos sobre investigación de la paternidad la ciencia ante su acelerado desarrollo sobre todo en la rama de la ciencia genética que ha aportado pruebas que permiten establecer mediante procedimientos científicos que determinada persona es padre de otra con un alto grado de certeza.

Sobre esto, las legislaciones y doctrina extranjeras que han adoptado el concepto de prueba biológica para los procesos de investigación de la paternidad están el Código Civil español tras las reformas hechas por la Ley de 13 de mayo de 1981, las incluye en su artículo 127 y acepta las citadas pruebas; el Código Civil argentino las menciona en su artículo 253;¹² en lo que se refiere a la legislación nacional el único ordenamiento local que acepta y regula su utilización es el Código Civil para el Distrito Federal que mediante las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000, en su artículo 382, permite su admisión en los procesos de investigación de la paternidad y maternidad.

Se ha utilizado generalmente el concepto de prueba biológica preferentemente por las legislaciones y doctrina extranjera y por el Código Civil del Distrito Federal porque en la actualidad hay varias que se utilizan en los procesos de investigación de la paternidad, como serían la prueba del HLA y la del ADN, por consiguiente, se les define de la siguiente manera:

“Actualmente, en los juicios donde se discute la realidad de un vínculo de filiación se resuelven, en la generalidad de los casos, mediante pruebas biológicas. Estas consisten en procedimientos científicos que establecen o bien la imposibilidad de

¹² El artículo citado del Código Civil argentino dispone: Art. 253. “En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte.”

determinado vínculo, o bien la realidad de éste."¹³ "Las pruebas biológicas pueden ser definidas como aquellas que procuran determinar científicamente, basándose en reglas genéticas, la existencia de vínculo biológico entre dos personas"¹⁴

Las primeras pruebas biológicas utilizadas en los procesos de investigación de la paternidad eran muy limitadas; sin embargo, se podía dar al menos un indicio con el que unido a otros se pudiera presumir la paternidad. Así, las primeras pruebas biológicas eran las concernientes al parecido físico entre el hijo y el probable padre; es decir, la prueba basada en los caracteres antropomórficos o morfológicos heredados por el hijo.

Como se sabe hay caracteres físicos que se transmiten de progenitores a hijos, siguiendo las leyes de la herencia genética, por consiguiente, la prueba antropomórfica se fundamenta en el parecido físico externo entre el probable padre, la madre y el hijo y sus diferencias, se han establecido alrededor de 260 a 300 caracteres comparables entre las dos personas iniciando por el cuero cabelludo y terminando por los pies, se citan en este tipo de estudios principalmente los siguientes caracteres: la forma y color de los ojos, la estructura y color de los cabellos, la forma de la nariz, los labios, diámetros craneales, el parecido fisonómico de la cara y corporal, la talla, la pigmentación de la piel, etcétera.

También se cita la prueba morfológica de la columna vertebral o método de, Conrad Khüne, que se basa en el estudio comparado de las variedades de columnas vertebrales de la madre, el hijo y el presunto padre, esta prueba fue aceptada principalmente por los tribunales alemanes.

Por otra parte, se encuentra la prueba basada en la herencia de caracteres patológicos o prueba de enfermedades hereditarias, porque hay enfermedades que pueden ser transmitidas por los progenitores a los hijos. Entre algunas de las enfermedades hereditarias están el labio leporino, los pies planos, albinismo, epilepsia, esquizofrenia, la polidactilia (seis dedos en un pie o una mano), la

¹³ BOSSER, Gustavo A., et al., *Manual de Derecho de Familia*, 5ª. edic., Edit. Astrea, Bs. As., Argentina, 2003, p. 465.

braquidactilia (dedos cortos) entre muchas otras, por lo que, según los expertos se puede afirmar que hay un vínculo biológico entre el progenitor y el hijo.

“Se investigan los signos patológicos individuales y genealógicos cuya existencia implicaba un rasgo típico individual y, a la vez, un lazo de semejanza y afinidad familiar perpetuado por las leyes de la herencia. Ejemplo: polidactilia, labio leporino, psoriasis, corea crónica, etc.”¹⁵

También esta la prueba basada en los caracteres antropogenéticos o funcionales externos como es la manera de caminar, forma del lenguaje, la mimica facial, la expresión fisonómica, etcétera, y la prueba de los caracteres psicológicos heredados.

Sin embargo, con las pruebas anteriormente citadas no se puede concluir de una manera categórica que una persona que es señalada como presunto progenitor es el padre biológico de otra, por lo que, sólo en algunos casos aislados si se podrá comprobar la paternidad.

No obstante, a principios del siglo XX, son descritos los primeros grupos sanguíneos ABO, por el científico, Karl Landsteiner, pues el tipo sanguíneo no es el mismo en todos los seres humanos, por tanto, también el grupo sanguíneo es transmitido hereditariamente de padres a hijos, sirviendo como prueba biológica de exclusión dando lugar a la prueba del grupo sanguíneo utilizada en los procesos de filiación.

Así, la prueba hematológica fue utilizada posteriormente en los procesos de investigación de la paternidad, pues mediante esta probanza se pretende demostrar que el hijo pertenece al mismo grupo sanguíneo que el presunto padre; en consecuencia, la prueba de comparación de los grupos sanguíneos sólo sirve para excluir a determinada persona que es imputada como padre si no tiene el mismo grupo sanguíneo que el hijo y, por consiguiente, esta misma prueba no sirve para

¹⁴ Enciclopedia de Derecho de Familia, T.II, 1ª. edic., Edit. Universidad, Bs. As., Argentina, 1992, p. 391.

¹⁵ YUNGANO, Arturo R. *Derecho de Familia* (teoría y práctica), 3ª. edic., Edit. Ediciones Macchi, Bs. As., Argentina, 2001, p. 195.

comprobar la paternidad biológica, porque también hay muchas personas que sin ser parientes consanguíneos pueden tener el mismo grupo sanguíneo.

... la prueba hematológica que consiste en la extracción de sangre de la madre, del hijo y del presunto padre, y el análisis de los antígenos que se hallan en la superficie de los hematíes, y que permanecen inalterados a lo largo de la vida del sujeto. pues dichos antígenos o factores de grupo, presentes en el hijo, deben hallarse también en el padre y en la madre. Si esto no sucede, no hallándose presentes en la madre, y tampoco aparecen en el padre, y se trata p. ej., de una reclamación de filiación dirigida contra éste, la paternidad será descartada... Pero como se advierte, esta prueba tiene un valor meramente negativo; es decir, sólo sirve para descartar el vínculo con una persona; pero no resuelve el problema concreto de saber quien es el progenitor."¹⁶

En la prueba hematológica se utilizan los distintos sistemas de agrupación sanguínea como son: ABO, MNSs, P, Rh, Lutheran, Kell, Lewis, Duffy, Kidd, Diego, I, Cartwright, Xg y Dombrock. Se sostiene que al emplear el sistema ABO el porcentaje de exclusión es de un 16% de los casos, otros autores afirman que puede ser del 20%. si se agregan otros sistemas sanguíneos el porcentaje de exclusión puede aumentar significativamente alrededor del 66% o más. Sin embargo, como ya se dijo, mediante esta prueba sólo es fundamentalmente para la exclusión de la paternidad, por lo que, es una prueba que no sirve para establecer que una persona es padre biológico de otro, ya que hay muchas personas entre la población actual que pertenecen al mismo grupo sanguíneo.

No obstante, en la década de los años cincuenta del siglo XX, se empiezan a realizar investigaciones científicas con el objetivo de descubrir las razones del porque del rechazo inmunológico en los trasplantes de órganos y tejidos en los seres humanos. sobre esto, el científico francés, Jean Dausset, descubre los primeros antígenos humanos leucocitarios del sistema denominado HLA (Human Leukocyte

¹⁶ BOSSER, Gustavo A., et. al., *Manual de Derecho de Familia*, 5ª. edic., Edit. Astrea. Bs. As., Argentina. 2003. pp. 465 y 466.

Antigen) o antígenos del complejo mayor de histocompatibilidad que se encuentran ubicados en el sexto par de cromosomas del ser humano. Los antígenos del sistema HLA se transmiten también de padres a hijos siguiendo las leyes de la herencia de Mendel y se encuentran en el brazo corto del cromosoma número seis, la importancia del sistema HLA en los procesos de investigación de la paternidad es que permite establecer un alto grado de exclusión y de inclusión de la paternidad.

"... la prueba llamada de histocompatibilidad (HLA, Human Lymphocyte Antigen) establece con márgenes de acierto entre el 96 y 99.9%, si el sujeto del que se trata en el juicio es realmente el padre o la madre de la criatura. Existen en los leucocitos (células leucocíticas de la sangre) ciertas proteínas antigénicas codificadas en el sexto par cromosómico, y situadas en la membrana citoplasmática de todas las células nucleadas en el organismo; estas proteínas se transmiten según las leyes de Mendel. Se desarrollo el estudio de este sistema para establecer la posibilidad de trasplante de tejidos y órganos entre seres humanos, pues la incompatibilidad inmunológica resulta detectable en razón de los antígenos nucleados en las células de donante y receptor. Pero luego ha servido para determinar la paternidad y la maternidad, ya que esas proteínas se heredan de padres a hijos a través de los genes que han codificado los antígenos. Toda persona tiene por herencia los antígenos que recibe de su padre y de su madre codificados por los genes situados en el sexto par cromosómico."¹⁷

Por consiguiente, al realizar la prueba del HLA o de antígenos humanos leucocitarios entre el hijo, la madre y el presunto padre es posible determinar que la persona señalada como probable progenitor es el padre biológico del hijo que reclama la paternidad con un alto grado de certeza y en supuesto de no ser el padre biológico también con un alto grado de exclusión de la paternidad.

La prueba de los antígenos HLA es, sin duda, una prueba biológica que tiene un porcentaje alto para excluir o comprobar la paternidad biológica, ya que su poder de

¹⁷ *ibid* p. 466

exclusión de la paternidad es de aproximadamente el 95% y el de inclusión de la paternidad alrededor del 96.00% incluso se sostiene, aunque ya es discutido por los especialistas, que el porcentaje podría ser cercano al 99.9%.¹⁸

Sin embargo, en algunos casos esta prueba biológica no podrá otorgar un porcentaje elevado de inclusión de la paternidad, por lo que, su valor será relativo y tendrá que robustecerse con las pruebas ordinarias.

"Aun faltando el supuesto padre (suponiendo que estuviere muerto o ausente), si los abuelos paternos se prestan, la prueba puede realizarse extrayendo, para el análisis, sangre de ellos, pues el índice de abuelismo permite llegar también a la conclusión del vínculo de paternidad. Sin embargo, en este caso, también podría ser padre de la criatura un hermano del demandado, por lo cual la prueba del HLA deberá robustecerse con la prueba de las relaciones entre el demandado y la madre del niño, o de posesión de estado".¹⁹

En la actualidad la prueba del HLA se le asocia a otras pruebas de investigación de la paternidad biológica como lo es la determinación de los grupos sanguíneos eritrocitarios y los subgrupos (la prueba hematológica clásica), y la prueba del estudio de las proteínas séricas y sus alelos, las cuales son proteínas del suero sanguíneo y entre las que se utilizan en la investigación de la filiación están la haptoglobina, transferrina, ceruplasmina, etcétera, que tienen un porcentaje de exclusión cercano al 70%; y, por último, la prueba de las enzimas eritrocitarias, con un porcentaje de exclusión aproximado del 61%, como son la fosfatasa ácida, la glioxala, etc, que se encuentran en los glóbulos rojos, así a la reunión de estas cuatro pruebas se les denomina conjuntamente como "pruebas hematológicas de compatibilidad inmunogenética"²⁰

¹⁸ Cfr. SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo. *Derecho Civil Parte general, personas y familia*, 1ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, pp. 445 y 446.

¹⁹ BOSSERT, Gustavo A., et. al. *Manual de Derecho de Familia*, 5ª edic., Edit Astrea Bs As., Argentina, 2003, p. 466.

²⁰ BUENO RINCON, Fabio Enrique. *La Investigación de la Filiación y las Pruebas Biológicas*. 2ª edic., Edit., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 64.

Por otra parte, en la actualidad ya se desarrollo una prueba biológica que ha superado a todas las anteriormente citadas, esta prueba se debe al acelerado avance que ha tenido la ciencia genética debido a las diversas investigaciones y descubrimientos iniciados desde la década de los años cincuenta del siglo XX, así este procedimiento es conocido como la prueba del ácido desoxirribonucleico o prueba del ADN.

La tecnología del ADN es ya una indispensable herramienta para la medicina forense y la criminalística en el ámbito penal, pues con la prueba del ADN es posible identificar a personas responsables de delitos como homicidio y lesiones, porque con los indicios biológicos encontrados en el lugar de los hechos o las muestras dejadas en la ropa o cuerpo de la víctima como serían la sangre, algún fragmento de piel o algunos pelos es posible determinar e identificar al autor del delito.

También en delitos sexuales como la violación es posible mediante la tecnología del ADN identificar al responsable del delito, con las muestras dejadas por el autor del delito como es el semen o con las manchas del mismo, aunque sea muy pequeña la muestra y no sea perceptible para el ojo humano.

En la actualidad el ADN es utilizado de igual forma para identificar cadáveres en los casos de catástrofes y atentados terroristas de gran magnitud, pues cuando suceden estos lamentables acontecimientos en algunos casos sólo quedan algunos restos de cadáveres que mediante la prueba del ADN es posible identificar a las personas comparándolo con el ADN de algún familiar o con alguna muestra dejada por la persona fallecida como sería un simple cepillo para el aseo de los dientes.

En el campo del Derecho de familia la prueba del ADN es útil en los procesos de filiación, sobre todo en los procesos concernientes a la investigación de la paternidad, pues permite atribuir la paternidad, de una manera más confiable y exacta, con un porcentaje de inclusión que rebasa a las otras pruebas biológicas como sería la prueba del HLA.

Sin duda, la prueba del ADN en los casos de investigación de la paternidad extramatrimonial permite determinar con un porcentaje de inclusión cercano al 100% que una persona es madre o padre biológico de otra con gran certeza, es una prueba más contundente para excluir o confirmar la paternidad.

El ADN está presente en el núcleo de todas las células de los organismos vivos, ya era conocido desde 1869 con el nombre de nucleína llamado así por el suizo, Friedrich Miescher, por estar en el núcleo de las células.

Diversas investigaciones posteriores empiezan a descubrir su importante función, pero es hasta el año de 1953 cuando dos científicos el británico Francis Harry Compton Crick y el norteamericano James Dewey Watson trabajando conjuntamente y como resultado de sus investigaciones sobre la estructura del ADN descubrieron que tiene una forma similar al de una escalera de caracol, los resultados de este hallazgo permitieron entender como se transmite la información hereditaria y como se replica, es decir, como se copia a sí mismo el ADN, recibiendo posteriormente ambos científicos junto con el inglés Wilkins en el año de 1962 el Premio Nobel de Fisiología y Medicina.

La molécula de ADN tiene dos cadenas de forma enroscada o retorcida, en una doble hélice, de estructura helicoidal, las bandas o cadenas están constituidos por compuestos químicos denominados nucleótidos que contienen una molécula de azúcar (denominada desoxirribosa), otra de fosfato y las cuatro bases o pares llamados adenina (A), timina (T), citosina (C) y la guanina (G).

"Descriptivamente podemos decir que es una doble escalera enrollada en espiral donde se enfrentan sus partes... A los costados de ambas cadenas se suceden alternativamente moléculas de azúcar (desoxirribosa) y de ácido fosfórico, de allí el nombre de ácido desoxirribonucleico.

Los escalones de la escalera están formados por los llamados "pares bases": Adenina (A) y Timina (T); Citosina (C) y Guanina (G).

La unión de la base, el azúcar y el ácido fosfórico forman un eslabón de la cadena que se llama Nucleótido. La unión de nucleótidos constituyen el polímero que denominamos ADN".²¹ "Más técnicamente quedaría definido como un polinucleótido constituido por cadenas antiparalelas de unidades de desoxirribonucleótidos unidos

²¹ VERRUNO, Luis, et. al., *Manual para la Investigación de la Filiación*. Actualización médico-legal. Las nuevas pericias inmunogenéticas en filiación y criminalística, 2ª. edic., Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996, pp. 57-59.

covalentemente, dispuestos de forma complementaria y adoptando una estructura enrollada de doble hélice dextrógira”²²

El ADN contiene el código genético del ser humano y de todos los organismos vivos, dirige las funciones celulares, además, con el proceso de replicación el ADN permite su duplicación, es decir, la producción de más ADN, esta molécula se encuentra en todos los genes que constituyen a su vez los cromosomas.

Los cromosomas del ser humano, que contienen miles de genes, se localizan en el núcleo de todas las células del cuerpo humano, por consiguiente, el padre y la madre transmite a sus hijos sus características genéticas mediante la aportación de cada uno de los progenitores de 23 cromosomas, por lo que, el hijo al nacer tendrá 46 cromosomas (23 pares) que lo harán diferente a sus padres, porque el humano recibe la mitad del material genético de su madre y padre. En efecto, todos los humanos somos similares, pero el ADN que transmiten los progenitores a los hijos no se combina de la misma manera, por lo que, cada persona es diferente.

El ADN es único para cada persona, pues no hay dos personas que tengan completamente la misma estructura de ADN, ni los hermanos consanguíneos lo tienen, excepto en los llamados gemelos univitelinos (gemelos idénticos). La ventaja que tiene la prueba del ADN sobre otras pruebas biológicas es que se puede realizar el análisis de cualquier célula del organismo, excepto de los glóbulos rojos de la sangre, también llamados eritrocitos por ser células que no tienen núcleo, en consecuencia, puede extraerse el ADN para el estudio de la piel, raíz del pelo, huesos, saliva, esperma, vísceras o cualquier tejido del cuerpo humano, y de la sangre que es la muestra más común, de donde se extraerá el ADN de los leucocitos o glóbulos blancos generalmente. La prueba del ADN consiste en el análisis directo del ácido desoxirribonucleico que se encuentra en los cromosomas de todas las células nucleadas del cuerpo humano, pues la molécula de ADN es la que contiene toda la información genética que pasa de progenitores a hijos, de una generación a la siguiente, por lo que, la prueba del ADN se hará en los cromosomas.

²² LORENTE ACOSTA, José Antonio, et. al., *El ADN y la Identificación en la Investigación Criminal y en la Paternidad Biológica*. 1ª. edic., Edit. Comares, Granada, España. 1995, p. 33.

Así, aunque la ciencia tenía procedimientos para el estudio directo del ADN su aplicación en casos judiciales se dio hasta el año de 1985 en Inglaterra, cuando se solicitó la ayuda del profesor inglés, Alec J. Jeffreys, de la Universidad de Leicester, quien descubrió un procedimiento que consiste en el análisis de regiones variables del genoma humano y que permiten identificar a las personas, el cual fue llamado por la literatura anglosajona como "*finger prints*" (huellas digitales genéticas de ADN), esta técnica la utilizaron primero en casos de rechazo de inmigración a Inglaterra, posteriormente en la investigación de paternidad y en la indagación criminal de delitos sexuales como fue el delito de violación dando buenos resultados y extendiendo su uso posteriormente a los Estados Unidos de América y diferentes países. Esta prueba de ADN también es conocida como la técnica de los RFLPs: *Restriction Fragment Length Polymorphisms* (Fragmentos de Restricción de Longitud Polimórfica) el cual es uno de los métodos de identificación más antiguo y usado en los casos de paternidad disputada.

Esta técnica se basa en el análisis de una serie de fragmentos del ADN que se encuentran presentes en todos los seres humanos, pero que tienen la característica de ser variables o polimórficos entre los individuos y que permite identificar a una persona de otra, y en consecuencia es utilizada en los procesos de investigación de la paternidad extramatrimonial.

... La mayor parte del orden de los tres mil millones (3,000,000,000) de pares básicos del ADN que se encuentran en cada de nuestras células es la misma de individuo a individuo. De allí a que todos tengamos dos orejas, una nariz, dos ojos, respiremos, etc.; es lo que nos hace seres humanos. Esos pares básicos compartidos se conocen como monomórficos. El resto del ADN, aproximadamente tres millones de pares básicos (3,000,000), es significativamente distinto de un individuo a otro. Estos pares básicos distintos se conocen como polimórficos, y constituyen una décima parte de un uno por ciento (0.1%) de los pares que componen nuestro ADN.

Al ser el ADN de cada persona único y específico, excepto el de los gemelos idénticos, estos fragmentos polimórficos particulares de cada individuo constituyen la

huella personal en cada núcleo celular. Son estos fragmentos polimórficos los que ayudan a establecer patrones discriminatorios en aras de establecer las relaciones filiales. En esos fragmentos (locus) polimórficos donde encontramos unas localidades específicas (loci) que representan determinadas expresiones genéticas heredadas (alelos). De forma tal que, al examinar una localidad genética en los cromosomas del menor obtenemos un fragmento aportado por la madre y otro aportado por el padre que comúnmente serán distintos. La prueba del ADN que analiza estos fragmentos polimórficos o locus se conoce técnicamente como "Restriction Fragment Length Polymorphis" (RFLP, por sus siglas en inglés)...²³

Otra técnica más moderna para analizar el ADN es la denominada STRs: Short Tandem Repeats (Repeticiones Cortas en Tandem) el cual es un método más exacto y preciso que el RFLP, mediante esta prueba se analizan los fragmentos de ADN que también tienen la característica de ser polimórficos, pero de una manera más precisa. Otra técnica que es complementaria de la STRs es la llamada PCR o *Polymerase Chain Reaction* (Reacción en Cadena de la Polimerasa), que fue descubierta y desarrollada por el científico Kary B. Mulis, por lo cual recibió el Premio Nobel de Química en el año de 1993, pues mediante esta técnica es posible amplificar una determinada región del ADN, es decir, es un procedimiento por el cual de una simple molécula de ADN se pueden obtener miles de copias iguales, por lo que, cuando se tenga muy poca cantidad de ADN y sea insuficiente o este degradado y no sea posible su análisis por otras técnicas, por medio de la Reacción en Cadena de la Polimerasa es posible amplificarlo miles o millones de veces y obtener la cantidad requerida, por lo que es utilizada comúnmente cuando los indicios de ADN son mínimos como la raíz de un cabello. De la prueba de la PCR se deriva otra prueba denominada "secuenciación de ADN mitocondrial" que se encuentra en las mitocondrias de las células y es heredado a los hijos exclusivamente por la madre, es empleada para investigar vínculos biológicos maternos.

²³ COSTAS LUGO, Carolyn "Las Pruebas de ADN y su Justo Valor Probatorio", *Revista de Derecho Puertorriqueño*, San Juan, Vol. 37, Números 2-3, mayo-diciembre de 1998, págs. 382 a 383

"En la actualidad, uno de los sistemas de identificación de mayor uso es el "sistema STR" (Short Tandem Repeat), gracias al cual la tipificación humana se ha visto favorecida, por su alta sensibilidad cuando se trabaja con ADN degradado.

Para la práctica confiable de la prueba genética se logró un consenso internacional entre laboratorios norteamericanos y europeos que trabajan con un grupo común de 16 marcadores de ADN tipo STR's, los cuales ofrecen un nivel de certeza del 99.99% en el análisis de casos criminales o de filiación.

Las grandes ventajas del uso de los microsátélites radican en su estabilidad y en la posibilidad de PCR múltiples, ampliando varios STR's simultáneamente."²⁴

Aunque no es el objetivo explicar detalladamente cada una de las técnicas utilizadas para el estudio del ADN, sin embargo, en forma generalizada el procedimiento del RFLP en pruebas de investigación de paternidad se inicia, en primer lugar, con la extracción y aislamiento el ADN del núcleo de la célula con la utilización de diversas sustancias químicas; en segundo, los laboratorios de genética especializados en el análisis del ADN proceden mediante diferentes procedimientos como es el de cortar el ADN con enzimas de restricción en lugares específicos y luego separarlos por medio de electroforesis de acuerdo a su tamaño, en seguida mediante los procedimientos llamados southern blot e hibridación con sondas que culminan con el revelado de una placa radiográfica que contiene diversas columnas y en estas se encuentran múltiples bandas oscuras y claras, por lo que, se procede a la interpretación de los resultados de la siguiente manera: se comparan las bandas de la madre, el probable padre y el niño contenidas en la radiografía, las bandas que no correspondan a la madre necesariamente deberán ser del padre biológico, en consecuencia, si las bandas restantes procedentes del padre emparejan con las bandas del niño se le incluirá como padre.

Sin embargo, para que el emparejamiento de las bandas entre el niño y el padre no sea una mera casualidad, al azar, se realizan cálculos estadísticos y de

²⁴ CASTRO DE ARENAS, Rosa Herminia. *Pruebas de ADN en la Investigación de la Paternidad*, 1ª. edic., Edit. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002, p. 90.

probabilidad y los estudios de genética poblacional para lo cual son esenciales los bancos de datos de genética de la población.

La prueba del ADN permite excluir la paternidad con un porcentaje del 99,9% y también permite probar la paternidad biológica; es decir, la inclusión con un porcentaje del 99,9999% de seguridad; no obstante, este porcentaje es discutido todavía por algunos especialistas, pero a pesar de esto la prueba del ADN o huella genética es aceptada por la mayoría de los tribunales del mundo para la asignación o exclusión de paternidad en los procesos de investigación de la paternidad extramatrimonial.

Para concluir se incluye un cuadro comparativo entre las diferentes pruebas biológicas, en donde se establece sus porcentajes de exclusión y de inclusión de la paternidad.

EFICACIA DE LOS MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.

Método	Exclusión	Afirmación de paternidad
ABO	algunos casos	NO.
MNSs	algunos casos	NO.
Rh	algunos casos	NO.
HLA	mayoría de los casos	(95, 0) Sí (en algunos casos)
DNA	Finger Print Sí (99,9%)	Sí (99,9 aprox. de los casos). ²⁵

5. 4. Efectos jurídicos de la negativa a someterse a la prueba biológica por parte del presunto progenitor.

Sobre la negativa del presunto padre a someterse a la prueba biológica o dar su consentimiento para dar la muestra para el estudio, para saber si es el padre biológico de la persona que le imputa la paternidad en el proceso de investigación de

²⁵ TEKE SCHLICH, Alberto. *Medicina Legal*, 2ª. edic., Edit. Mediterráneo, Santiago de Chile, 2001, p 277

la paternidad, es una de las cuestiones que más se debaten por la doctrina y jurisprudencia de los tribunales.

La aceptación de la prueba biológica, en especial la prueba del ADN, en los procesos de investigación de la filiación extramatrimonial, por parte de los tribunales ha originado en México desde su aparición varios problemas, sobre todo, cuando se ordena su práctica y el probable padre se niega a realizarla.

El primer problema, como se menciona, es la negativa del probable padre a realizarse la prueba. el segundo, es la interpretación que hagan ante esta negativa los tribunales, frente a esta última cuestión, las posturas son: a) declarar confeso al presunto padre y establecer la relación paterno-filial ante su negativa injustificada, b) obligarlo compulsivamente mediante el empleo de la fuerza a que se realice la prueba biológica hipótesis que esta totalmente descartada en México, c) que ante su negativa a realizarse la prueba biológica, pues no se le puede obligar coactivamente, analizar si esta postura es justificada y si no lo es establecer una presunción que declare la paternidad salvo prueba en contrario, y d) ante la postura negativa del presunto padre a realizarse la prueba biológica, rechazar la prueba, pues obligarlo resultaría un atentado en contra de su derecho a la integridad física y su derecho a la intimidad principalmente, que son derechos que no se encuentran explícitamente dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; pero que por medio de los artículos 14 y 16 de la ley fundamental se encuentran protegidos.

En España donde es abundante la jurisprudencia de sus tribunales sobre la negativa del presunto padre a la realización de la prueba biológica ha interpretado esta postura.

“El Tribunal Supremo. SS de 6 de febrero de 1991 (RA 1147) y de 6 de junio de 1991(RA 4423), repasó las posibilidades ofrecidas por el Derecho comparado, donde, dice, “unas veces la negativa injustificada a someterse a la inspección heredobiológica es sancionada con multa disciplinaria y, en caso de persistencia, se autoriza el recurso a los apremios directos, especialmente a la conducción por la fuerza, o bien se equipara la negativa a la confesión, o da lugar a la inversión de la carga de la prueba, o se faculta para extraer libremente argumentos de prueba del

rechazo injustificado de la parte a consentir la inspección sobre la persona” La cuestión consiste, pues, en decantarse por alguna de las varias opciones posibles, siempre que el comportamiento sea injustificado, esto es “netamente obstruccionista, negativo, de absoluto rechazo”.²⁶

La interpretación realizada por los tribunales federales mexicanos ante la actitud del demandado de no dar su consentimiento para realizarse la prueba biológica, principalmente la prueba del ADN, es variable, así encontramos en alguna tesis aislada que la prueba del ADN es el medio de convicción idóneo para demostrar mediante procedimientos científicos la paternidad y filiación.²⁷ No obstante, las recientes interpretaciones hechas sobre la negativa del probable padre que no da su consentimiento para la admisión y el desahogo de la prueba pericial del ADN es la de rechazarla por considerar que esta probanza viola las garantías individuales de la persona.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 81/ 2002-PS, sobre admisión y desahogo de la pericial en genética, prueba del ADN, entre los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero ambos del Vigésimo Tercer Circuito, sostiene una interpretación, con diferentes argumentos, en el sentido de rechazar la prueba del ADN por considerarla que vulnera derechos fundamentales de la persona, como sería el derecho a la integridad física y el derecho a la intimidad.²⁸

Sobre esto el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito sostuvo al resolver el amparo en revisión 451/2001, que la admisión y desahogo de la prueba pericial del ADN se requiere la toma de muestra de material orgánico y el procedimiento seguido para la obtención puede atentar contra la integridad física del

²⁶ ORTEGA LLORCA, Vicente. “El Derecho a Conocer la Filiación de Origen” en: *Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Familiar*, 1ª. edic, Edit. Dykinson, España, 2002, pp 210 y 211.

²⁷ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVIII, agosto de 2003. Tesis: III.5º.C.48 C. Página: 1806. PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. PARA SU DESAHOGO NO SE REQUIERE EL CONSENTIMIENTO DEL DEMANDADO. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 171/2003. 29 de mayo de 2003.

²⁸ V. Los considerandos de la sentencia que resolvió la contradicción de tesis 81/2002-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero ambos del Vigésimo Tercer Circuito.

sujeto sometido a la prueba, por lo que, la admisión vulnera de manera directa sus derechos sustantivos, por consiguiente, es una prueba que es susceptible de causar perjuicios de imposible reparación, aunque el presunto padre obtuviera una sentencia absolutoria.²⁹

En cambio, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito afirmó de una forma contraria, también al resolver un amparo en revisión 183/2001, promovido por Arcelia Patricia Álvarez, que la admisión y el desahogo de la prueba pericial del ADN no vulnera las garantías individuales, ya que la integridad física no se encuentra dentro de ellas, pues el desahogo de la prueba del ADN solamente requiere la extracción de sangre generalmente, por lo que no le causaría molestia física y esta se regeneraría de manera natural por el organismo humano, en consecuencia, la admisión y desahogo de la prueba del ADN no es susceptible de causar al quejoso perjuicios de imposible reparación.³⁰

Sin embargo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito anteriormente citados se inclinó por adoptar el criterio sostenido por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito que sostiene que la prueba pericial del ADN es susceptible de violar garantías individuales cuando la persona no otorga su consentimiento para el desahogo de la prueba del ADN porque vulnera su derecho a la intimidad y su derecho a la integridad corporal.

El criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la negativa del presunto padre es criticable porque no está suficientemente fundada y no explica de una manera satisfactoria las razones por las cuales considera que se violan o se puedan conculcar las garantías individuales de la persona que se niega a realizarse la prueba del ADN, por lo que, a continuación se transcribe la jurisprudencia que emitió la Primera Sala:

NOVENA ÉPOCA. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta: Tomo: XVII, Abril de 2003. Tesis: 1ª./J. 17/2003. Página: 88.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Idem*.

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA. Cuando en un juicio ordinario civil en el que se ventilan cuestiones relacionadas con la paternidad, se dicta un auto por el que se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial para determinar la huella genética, con el objeto de acreditar si existe o no un vínculo de parentesco por consanguinidad, dicho proveído debe ser considerado como un acto de imposible reparación, que puede afectar los derechos fundamentales del individuo, por lo que debe ser sujeto a un inmediato análisis constitucional, a través del juicio de amparo indirecto, en términos de los artículos 107, fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, por la especial naturaleza de la prueba, ya que para desahogarla es necesario la toma de muestras de tejido celular, por lo general de sangre, a partir del cual, mediante un procedimiento científico, es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico), es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, pero que nada tenga que ver con la litis que se busca dilucidar y, no obstante, puedan poner al descubierto, contra la voluntad del afectado, otro tipo de condición genética hereditaria, relacionada por ejemplo con aspectos patológicos o de conducta del individuo, que pertenezcan a la más absoluta intimidad del ser humano.

Contradicción de tesis 81/ 2002-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero, ambos del Vigésimo Tercer Circuito. 19 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto.

Tesis de jurisprudencia 17/2003. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión de diecinueve de marzo de dos mil tres.³¹

³¹ IUS 2004, CD-ROM, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, SCJN.

La tesis de jurisprudencia, anteriormente transcrita, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito anteriormente mencionados adopta una postura negativa, pues rechaza la prueba genética de ADN, argumentando que el auto que ordena la admisión y desahogo de la citada prueba es un acto que puede ser de imposible reparación y que conculca derechos fundamentales del individuo.

Sobre esto, la jurisprudencia sostiene además que por la especial naturaleza de la prueba del ADN, es decir, al desahogarla se necesita la toma de muestra de tejido celular, generalmente de sangre y mediante el análisis directo que se haga del ADN se puede determinar un vínculo de consanguinidad; sin embargo, el estudio realizado puede dejar al descubierto otras características genéticas de la persona sometida a la prueba que no tengan relación con el proceso seguido en su contra y además que pueden quedar al descubierto aun en contra de su voluntad otras características genéticas relacionadas con aspectos patológicos, es decir, enfermedades hereditarias que pertenezcan a su intimidad y que con la prueba del ADN se conculcaría este derecho.

Desde nuestro punto de vista la jurisprudencia no tomó en cuenta el principio del mejor interés del menor previsto en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del niño y suscrita por el Estado mexicano y los demás tratados internacionales que protegen los derechos de los menores, y que de acuerdo al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pasa a formar parte del ordenamiento jurídico nacional.

En efecto, el interés superior del niño establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales o cualquier otra autoridad la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor.

La jurisprudencia argumenta que con la prueba del ADN se pueden vulnerar derechos fundamentales que no se encuentran explícitamente dentro de la Constitución Federal como es el derecho a la intimidad de la persona sometida a la prueba de ADN, el derecho a la intimidad es definido por la doctrina de la siguiente manera:

"La intimidad se ha descrito como el espacio reservado a los asuntos del sujeto frente a interferencias ajenas; y en cuanto que es una reserva supone que hay un espacio de actividad que es exclusivo y que no puede ser conocido por otros sujetos."³²

Se sostiene que también la prueba del ADN vulnera el derecho a la integridad física de la persona sometida a este estudio porque se le tiene que extraer la muestra del tejido corporal, generalmente la extracción de líquido sanguíneo y si es tomada la muestra sin su consentimiento se conculcaría su integridad física o personal.

Desde un punto de vista personal parece exagerado que la simple extracción de sangre para el estudio del ADN, para determinar si hay un parentesco de consanguinidad, pueda vulnerar el derecho a la integridad corporal, pues es una muestra mínima y fácilmente de regenerar por el organismo humano, además con la técnica de la Reacción en Cadena de la Polimerasa, que utiliza cantidades mínimas de ADN es posible mediante el frotamiento con un algodón o un estropajo bucal especial para este tipo de muestra, en las células de descamación de la mucosa bucal, los llamados hisopados, se puede obtener la muestra necesaria y para lo cual ya no será necesario la extracción de sangre y la utilización de agujas, por lo que, la prueba del ADN mediante la utilización de la Reacción en Cadena de la Polimerasa la hará indolora, atraumática con las mínimas molestias para las personas que intervienen, sobre todo para el probable padre.

El derecho a la intimidad de la persona y su derecho a la integridad no se encuentran expresamente contenidos dentro de nuestra Constitución Federal; sin embargo, la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las cita y establece que la prueba del ADN las conculcaría en perjuicio de la persona si se le obligara a realizarla sin su consentimiento; no obstante, en los procesos sobre investigación de la paternidad extramatrimonial los derechos anteriormente citados entran en conflicto, mejor dicho colisionan, con el

³² BARRERA CRISTIANI, María Fernanda. "Presunción de Paternidad y Tutela Judicial Efectiva". Revista de Investigaciones Jurídicas, año 20, núm. 20, México, 1996, p. 734.

principio del interés superior del niño que debe ser el principio rector y de mayor valía en este tipo de procesos, pues el criterio adoptado por la jurisprudencia dificulta al menor establecer su filiación y consecuentemente su derecho a alimentos y sus derechos sucesorios.

También vulnera en perjuicio del menor su derecho a la identidad, es decir, a llevar el nombre y apellidos de sus padres y a conocer su filiación y su origen derecho expresamente regulado por el artículo 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de mayo de 2000 y entrará en vigor después de su publicación.

El derecho a la integridad física y el derecho a la intimidad como la mayoría de los derechos no son derechos ilimitados o absolutos y, por tanto, deben ceder ante el principio del interés superior de la infancia en los procesos de investigación de la paternidad, pues el presunto padre se beneficiara más con este tipo de interpretaciones realizadas por el Máximo Tribunal del país y, por su parte, limita y dificultara al hijo establecer su filiación y los importantes derechos que se derivan de esta como son el derecho al nombre, el derecho a alimentos y los derechos sucesorios.

Ciertamente al presunto padre no se le puede obligar por la fuerza ante su negativa a la práctica de la prueba biológica, concretamente la prueba del ADN, pero la interpretación que se haga ante la negativa del probable padre debe ser basada en una interpretación más justa y observando el principio del mejor interés del niño y analizar si esa negativa es justificada, si no lo es resultará un indicio muy importante, en su contra, que unido a otros y relacionándolo con las demás pruebas que se desahogaron en el proceso permitirá al juzgador dar una decisión más acertada.

Por otra parte, la misma jurisprudencia afirma que la prueba del ADN puede poner al descubierto, aun en contra de la voluntad de la persona sometida a la probanza, otras características genéticas, así como otras condiciones hereditarias concernientes a aspectos patológicos o de conducta de la persona que pertenecen a la intimidad del ser humano. Es decir, se puede dar a conocer enfermedades hereditarias o que se puedan manifestar en el futuro por poseer una predisposición genética para desarrollar la enfermedad, por ejemplo, se podrá saber si la persona

sometida a la prueba del ADN, es portadora de genes que desarrollaran la enfermedad de Alzheimer o cancer u otra enfermedad posteriormente.

“Ante las argumentaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la prueba genética, conviene, distinguir –porque el Alto Tribunal no lo hace- la prueba de determinación de la paternidad, del denominado diagnóstico genético. La primera, como su nombre lo indica, tiene por objeto establecer la relación de filiación biológica entre dos personas. La segunda analiza el DNA de una persona para detectar la presencia de genes causantes de enfermedades o la predisposición a padecerlas o transmitirlos a sus descendientes, se conoce como diagnóstico genético.

La prueba para determinar la paternidad o maternidad no aporta información sobre otras características biológicas de las personas analizadas ya que se realiza en la estructura no codificante del ADN y es en la codificante o genética del ADN en donde se encuentra la información sobre las enfermedades o predisposición a padecerlas.”³³

En efecto, la prueba del ADN utilizada en los procesos de investigación de la paternidad analiza exclusivamente, lo que los especialistas llaman el ADN no codificante que se utiliza exclusivamente para identificar a las personas y para saber si existe relación biológica entre el hijo y la persona a quien imputa como padre, por consiguiente, no se sabrán si la persona sometida al estudio posee otras características genéticas concernientes a aspectos patológicos, pues para saber estos otros aspectos se necesitará hacer otro tipo de estudios sobre el ADN codificante o esencial.

“El 95% de ADN es el llamado ADN “inútil” se denomina ADN no codificante y es el que se utiliza para la identificación individual de la persona. Los estudios de ADN

³³ BRENA SESMA, Ingrid “Comentario sobre la Jurisprudencia de la Corte relativa a la Prueba Pericial en Genética para determinar el vínculo de filiación”, en: *Prueba Pericial en Genética su Admisión es de imposible Reparación, ya que Afecta un Derecho Sustantivo*, Serie Decisiones Relevantes de la S.C.J.N., 1ª. edic., Edit. S.C.J.N.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, pp 53 y 54

para la identificación individual se basan en las extensas zonas que se encuentran entre los genes y que se suele llamar ADN no codificante.”³⁴

Para saber si una persona tiene genes que son portadores de enfermedades se estudia el llamado ADN codificante o esencial, por lo que, consideramos que la prueba del ADN no vulnera el derecho a la intimidad de la persona sometida al análisis, pues como se dijo, en los supuestos de investigación de la paternidad se utiliza el ADN no codificante, y en donde será muy difícil saber si la persona tiene otras características genéticas, además, de que aumentaría, aún más su costo económico; sin embargo, el legislador deberá legislar y regular sobre este punto.

La prueba del ADN no debe ser la única prueba en los procesos de investigación de la paternidad, su uso debe ser justificado y ante la negativa del demandado a realizar la prueba biológica y el juzgador ante la imposibilidad de obligarlo deberá analizar esa postura negativa, si es una actitud de falta de colaboración en el proceso, deberá tomar esta postura como un importante indicio en su contra y, por otro lado, el legislador deberá reformar la ley para facilitar el uso de las pruebas biológicas o la prueba del ADN. Sin embargo, algunos autores consideran que la prueba biológica debe limitarse en algunos casos:

“La prueba biológica, no debe realizarse de manera indiscriminada sino por el contrario, debe limitarse a ciertos presupuestos y determinadas circunstancias. Se busca la menor lesión posible a los derechos de los implicados y garantizar en la medida de lo posible, su mayor efectividad.

Es recomendable el desarrollo de la prueba: 1. Sólo cuando no se pueda obtener evidencia de la paternidad o maternidad por otro medio probatorio menos lesivo. 2. Los involucrados deberán otorgar su consentimiento con pleno consentimiento (sic) de sus efectos. 3. Sea solicitada dentro de un procedimiento, ordenada por autoridad judicial con respecto a las condiciones de salud e ideología del sujeto sometido a ella. 4. Por último, se debe garantizar la idoneidad del personal sanitario y de los

³⁴ TEKE SCHLICH, Alberto. *Medicina Legal*, 2ª. edic. Edit Mediterráneo, Santiago de Chile, 2001. p 239

centros de salud... La realización de la prueba se justifica siempre que se persiga demostrar que una persona es el padre o la madre de otra...³⁵

Con la utilización de la prueba biológica surgen otras cuestiones que deben ser reguladas por el legislador, como serían el garantizar que los laboratorios especializados en la realización de las pruebas biológicas cumplan con todos los requisitos necesarios para que la prueba biológica sea efectiva y no sea objetada por no haberse llevado siguiendo los procedimientos científicos establecidos para este tipo de pruebas, por lo que se recomienda que los laboratorios sean certificados y supervisados por el gobierno. Se recomienda que el personal humano de los laboratorios sea personas capacitadas y con la experiencia necesaria para llevar a cabo este tipo de técnicas.

En nuestro país no se ha generalizado el uso de las pruebas biológicas, especialmente la prueba del ADN, que ha sido una de las más grandes aportaciones de la ciencia genética al Derecho, pues no se le conoce profundamente lo cual limita su uso, por otro lado, se considera que su uso puede violar ciertos derechos humanos de la persona que se niega a la realización de la prueba.

5. 5. La necesaria reforma al artículo 4.175 del Código Civil vigente del Estado de México.

En vista de que la prueba biológica, generalmente la prueba del ADN, es una de las mayores aportaciones de la ciencia al derecho, para resolver con un alto grado de certeza y confiabilidad cuestiones relacionadas con procesos de investigación de la paternidad extramatrimonial, en donde con la utilización de la prueba del ADN es posible afirmar si una persona señalada como probable padre es realmente el progenitor biológico del supuesto hijo que le demanda su reconocimiento.

³⁵ BRENA SESMA, Ingrid. *El Derecho y la Salud*. Temas a Reflexionar, 1ª. Edic. Edit. UNAM (I.I.J.), México, 2004, pp. 92 y 93.

Sin embargo, la prueba del ADN no es la única prueba que se puede utilizar en los procesos de investigación de la paternidad, pues también existe la prueba de los antígenos humanos leucocitarios o HLA que posee porcentajes altos de inclusión y de exclusión de la paternidad³⁶, por lo que, en la actualidad se cuenta con pruebas biológicas científicas, con las cuales se puede afirmar con un alto grado de certeza que determinada persona es padre biológico de un niño, en consecuencia el legislador debe facilitar su admisión y desahogo en los procesos de investigación de la paternidad y evitar que se pongan obstáculos que impidan su recepción y utilización por parte de los menores o de sus madres que buscan que el progenitor, que no lo ha reconocido voluntariamente, participe también en el sostenimiento económico del menor, pues generalmente es la madre la que se hace cargo de toda la responsabilidad.

Por lo que, no compartimos la interpretación que hiciera la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir la tesis de jurisprudencia 1ª./J. 17/2003 que ante la negativa del demandado a practicarse la prueba biológica, sostiene que su admisión y desahogo tienen una ejecución de imposible reparación y, además, es susceptible de afectar derechos de la persona, por lo cual se rechaza la prueba del ADN. Ante esta situación se propone hacer una reforma al artículo 4.175 del Código Civil vigente en el Estado de México, que establece en cuatro fracciones los casos en que se puede iniciar un proceso de investigación de la paternidad, precepto que adopta el sistema de libre investigación de la paternidad, pues en su fracción IV dispone que se puede iniciar una demanda de investigación de la paternidad cuando el hijo tenga un principio de prueba permitiendo la utilización de cualesquiera de las pruebas ordinarias establecidas y permitidas por la ley; no obstante, para evitar que se rechace a la prueba biológica, principalmente la prueba del ADN, sostenemos que debe modificarse el precepto anteriormente citado para facilitar su admisión y desahogo.

La filiación es una institución de interés social y orden público y el Estado mexicano debe conceder todas las facilidades para que los hijos extramatrimoniales

³⁶ Cfr. BUENO RINCON, Fabio Enrique. *La Investigación de la Filiación y las Pruebas Biológicas*, 2ª edic. Edit. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 90.

puedan establecer su filiación con el progenitor que no los ha reconocido voluntariamente, por lo que, en primer lugar proponemos la adición de un párrafo al artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que exprese que los niños gozarán de los derechos que otorgan a su favor los tratados internacionales que velan por sus derechos y se facilitará la libre investigación de la paternidad

Así, al iniciar un proceso de investigación de la paternidad y ofrecer la prueba del ADN o cualquier otra prueba biológica y ante la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica y ante la imposibilidad de obligarlo por la fuerza a la realización del estudio del ADN, pues se estarían vulnerando sus derechos humanos, proponemos que el artículo 4.175 del Código Civil vigente en el Estado de México contenga una presunción jurídica en el sentido de que en los procesos de investigación de la paternidad cuando se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el probable padre se negará a proporcionar la muestra necesaria o no prestará su consentimiento para realizar la prueba, se presumirá salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

Se propone, además que la prueba biológica pueda decretarla de oficio el juez de lo familiar, cuando lo considere necesario, evitando en consecuencia, al probable progenitor la interposición de recursos que dilaten el transcurso normal del proceso y que los juicios de investigación de la paternidad queden suspendidos, así se facilitara que hijo pueda establecer de forma más rápida su filiación y los derechos que esta establece, por consiguiente, el artículo 4.175 del Código Civil vigente en el Estado de México quedaría modificado de la siguiente forma:

Artículo 4.175 La paternidad o 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 probable progenitor se negará a proporcionar la muestra necesaria o se negare a la realización de la misma, se presumirá salvo, prueba en contrario, que es la madre o el padre.

Sin embargo, el juez podrá decretarla de oficio, cuando estime que es necesaria para el conocimiento de la verdad.

Se propone que la paternidad o maternidad puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios de prueba admitidos por la ley, además, se prevé el establecimiento de una presunción jurídica, que admita prueba en contrario, pero que declare la paternidad ante la negativa del probable padre a la realización de la prueba biológica.

La presunción es una operación lógica mediante la cual el juez partiendo de un hecho conocido llega a la certeza de la existencia de otro desconocido. "Presunción es la consecuencia que la ley o el Juez deducen de un hecho conocido, para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana" dice el artículo 1.356 del Código de Procedimientos Civiles en vigor en el Estado de México.

En consecuencia, ante la negativa del presunto padre a la práctica de la prueba biológica se establece una presunción en contra de la actitud negativa del demandado, declarándole padre, salvo prueba en contrario. Los indicios son fuente de la presunción, en este caso, la negativa del demandado al sometimiento de la prueba biológica constituye un indicio, muy importante, en su contra por el cual el juez podrá presumir la paternidad, pues la actitud de falta de colaboración del presunto padre a la práctica de la prueba biológica constituye el hecho conocido y de ahí que el juzgador pueda inferir la existencia del hecho desconocido, es decir, declarando la paternidad de la persona ante su actitud de negativa injustificada.

La única justificación válida para oponerse a la realización de la práctica de la prueba biológica, por parte del probable padre, es la de padecer alguna enfermedad grave, como sería el supuesto de padecer hemofilia, pues para la obtención de la muestra se emplean agujas para la extracción de sangre, lo que constituiría una seria amenaza para su salud, incluso para su vida o que el procedimiento para la obtención de la muestra pueda ocasionar trastornos psíquicos a la persona. estas serían realmente las verdaderas justificaciones para oponerse a la realización de la

prueba biológica. Sobre esto, la jurisprudencia de los tribunales españoles pone algunos ejemplos:

"No se estimó causa justificada que el demandado era Testigo de Jehová al no constar que quienes profesen esta religión no puedan someterse a la prueba, ni su temor a un posible contagio de SIDA o hemofilia y su precario estado de salud.

Sin embargo, se consideró justificada la negativa del demandado que tenía 83 años, y padecía arterioesclerosis con hipertensión, y esclerosis coronaria con broncoenfisema pulmonar, que meses después le produjeron la muerte. O, en otro caso, 91 años, que lo coloca en un estado psicofísico que presenta grandes alteraciones de la normalidad, mareos intensos, ligera pérdida de memoria, artrosis de columna vertebral y extremidades inferiores, con tumefacción, y edemas importantes en pies y tobillos, que le causan incapacidad para la movilización. Razonando el TS que la oposición a las pruebas biológicas de la persona que se encuentra en estas precarias condiciones vitales, no puede decirse que actúe en fraude de ley ni en el ejercicio antisocial del derecho, porque se trata de causas muy cualificadas, debidamente acreditadas, que en cierto modo legitiman o fundan la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas."³⁷

Estas serían algunas justificaciones válidas para oponerse a la realización de la prueba biológica, pero deberán acreditarse plenamente para poder negarse a la práctica de la prueba biológica.

No obstante, con las modernas pruebas del ADN ya no se requieren las agujas para la extracción de sangre, pues con la obtención de las células de descamación bucal por medio del frotamiento con un estropajo especial y por medio de la técnica de la Reacción en Cadena de la Polimerasa se puede obtener la muestra necesaria ya que el procedimiento de la PCR requiere de mínimas cantidades de ADN, lo que se traduce en que la prueba del ADN ocasiona las mínimas molestias para el hijo, la madre y, sobre todo, para el probable padre.

³⁷ORTEGA LLORCA, Vicente. "El Derecho a Conocer la Filiación de Origen" en: *Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Familiar*. 1ª edic., Edit. Dykinson, España, 2002, p. 210

Por otra parte, sugerimos la utilización de la expresión prueba biológica o proveniente del avance científico porque abarca todas las pruebas que pueden comprobar la paternidad, como sería la del HLA y, sin duda, la prueba del ADN quedaría como prueba proveniente del avance científico por ser la que posee la mayor aceptación por la comunidad científica internacional y por la mayoría de los tribunales del mundo.

Sin embargo, el legislador del Estado de México debe establecer en la ley todas las facilidades para que las pruebas biológicas puedan ser aceptadas, y puedan ser utilizadas a favor de los hijos extramatrimoniales para que puedan establecer su filiación con el progenitor que se ha negado a reconocerlos de forma voluntaria y ya establecida la relación paterno filial puedan reclamar su derecho a alimentos, sucesorios etc.

CONCLUSIONES.

I. El Código Civil del Estado de México del 7 de junio de 2002 permite la libre investigación de la paternidad en su artículo 4.175, fracción IV.

II. La filiación de los hijos puede establecerse de distintas formas, la única diferencia es la forma de probar la filiación, pero una vez establecida la relación paterno-filial las consecuencias jurídicas son las mismas, pues se conceden los mismos derechos.

III. Con la utilización de las modernas técnicas científicas de reproducción asistida se ha empezado a cuestionar los principios tradicionales que regulan a la filiación, principalmente lo que se refiere al parentesco consanguíneo, dificultando, además, la investigación de la maternidad y paternidad.

IV. El interés superior del niño debe ser principio rector y guía de los preceptos que regulan la filiación, cualquier autoridad debe respetar este principio y en caso de colisión con otros derechos debe prevalecer el principio citado, también se deberán respetar y cumplir los tratados internacionales que otorgan derechos a los niños suscritos y ratificados por México.

V. La presunción de paternidad que protege a los hijos nacidos de matrimonio puede ser contradecida, en nuestra opinión también debería permitirse el uso de las pruebas biológicas para contradecir la presunción de paternidad.

VI. Una de las formas reconocidas para que los hijos extramatrimoniales puedan establecer su filiación con uno de sus padres o ambos es el reconocimiento voluntario, ninguna otra forma distinta a las señaladas por el artículo 4.168 del Código Civil es válida.

VII. La ciencia ha desarrollado diferentes pruebas biológicas, las principales que se utilizan para los procesos de investigación de la paternidad son la prueba de los antígenos humanos leucocitarios o HLA y, sin duda, la prueba del ADN.

VIII. La prueba biológica que tiene más aceptación por la comunidad científica así como por los tribunales de numerosos países es la prueba del ADN por su alta certeza en la atribución de la paternidad, pues permite comprobarla con un porcentaje cercano al 99.99 % de seguridad.

IX. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de Nación al emitir la tesis de jurisprudencia 1ª./J.17/2003 afirmó que la prueba del ADN, puede vulnerar el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad física.

X. Ante la negativa del probable padre a la realización de la prueba biológica o no dar su consentimiento para dar la muestra necesaria y al no poder obligarlo por la fuerza a la realización de la prueba, pues se estarían vulnerando sus derechos humanos, proponemos una reforma al artículo 4.175 del Código Civil vigente del Estado de México que incluya una presunción en el sentido de que cuando se ofreciera alguna de las pruebas biológicas o provenientes del avance científico y el probable progenitor a quien se imputa la paternidad se negare a realizarse la prueba se presumirá que es el padre, salvo prueba en contrario; además, se propone que la prueba biológica pueda decretarse de oficio por el juez cuando lo considere necesario.

XI. Lo que debe prevalecer es que el hijo extramatrimonial pueda establecer la filiación respecto del progenitor que se ha negado a reconocerlo voluntariamente y obligarlo a que asuma también las responsabilidades que todo padre debe tener para con todos sus hijos no importando si son hijos nacidos fuera del matrimonio.

B I B L I O G R A F Í A

1. ACOSTA ROMERO, MIGUEL, et. al., *Código Civil para el Distrito Federal. Comentarios, legislación y jurisprudencia*, Vol. I del artículo 1 al 746, 2ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, 645 pp.
2. BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*, T. I, Nociones preliminares, personas, familia, bienes, Traducción de José M. Cajica jr., Puebla, México, 1945, 685 pp.
3. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*, 5ª. edic. (4ª. reimpresión), Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003, 659 pp.
4. BRENA SESMA, Ingrid. *El Derecho y la Salud. Temas a Reflexionar*, 1ª. edic., Edit. UNAM (I.I.J.), México, 2004, 158 pp.
5. BRENA SESMA, Ingrid. "Comentario sobre la jurisprudencia de la corte relativa a la prueba pericial en genética para determinar el vínculo de filiación", en: *Prueba Pericial en Genética su Admisión es de Imposible Reparación, ya que afecta un Derecho Sustantivo*, 1ª. edic. Edit. S.C.J.N.-I.I.J. de la UNAM, México, 2005, 73 pp.
6. BUENO RINCON, Fabio Enrique. *La Investigación de la Filiación y las Pruebas Biológicas*, 2ª. edic., Edit. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, 209 pp.
7. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español*, T. IV, Derecho de Familia, 6ª. edic., Edit. Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1944, 703 pp.
8. CASTRO DE ARENAS, Rosa Herminia. *Pruebas de ADN en Investigación de la Paternidad*, 1ª. edic., Edit. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002, 246 pp.
9. ELÍAS AZAR, Edgar. *Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano. Jurisprudencia y Artículos Concordados*, 2ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, 578 pp.

10. FLORIS MARGADANT S, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*, Como introducción a la cultura jurídica contemporánea, 26ª. edic., Edit. Esfinge, S.A. México, 2002, 530 pp.
11. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Relaciones jurídicas paterno-filiales, 3ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, 451 pp.
12. GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Primer curso. Parte general. Personas. Familia, 21ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2002, 790 pp.
13. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*, 3ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, 732 pp.
14. HERRERA CAMPOS, Ramón. *La Investigación de la Paternidad y la Filiación no Matrimonial*, 1ª. edic., Edit. Universidad de Granada, España, 1987, 153 pp.
15. LORENTE ACOSTA, José Antonio, et. al., *El ADN y la Identificación en la Investigación Criminal y en la Paternidad Biológica*, 1ª. edic., Edit. Comares, Granada, España, 1995, 307 pp.
16. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Introducción, 2ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, 224 pp.
17. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*, T. II, Atributos de la Personalidad, 2ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, 178 pp.
18. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*, T. III, Derecho de Familia, 2ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2001, 631 pp.
19. MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*, 4ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1990, 429 pp.
20. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Investigación de la Paternidad, acciones de filiación, acción de investigación de la paternidad, prueba biológica*, 1ª. edic., Edit. Actualidad Editorial S.A., Madrid, España, 1994, 309 pp.
21. ORTEGA LLORCA, Vicente. "El Derecho a Conocer la Filiación de Origen" en *Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Familiar*, 1ª. edic., Edit. Dickinson, España, 2002, 284 pp.
22. PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, 2ª. edic., Edit. Panorama Editorial S.A., México, 1991, 221 pp.

23. PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho de Familia*, 1ª. edic., Edit. McGraw-Hill Interamericana Editores S.A., México, 1998, 46 pp.
24. PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. "El Impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas, en la Familia: Presente y Futuro" en *Genética Humana y Derecho a la Intimidad*, 1ª. edic., Edit. UNAM (I.I.J.), México, 1995.
25. PETIT, EUGENE. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducción de José Ferrández González, 1ª. edic. (reimpresión), Edit. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1999, 707.
26. PINA, Rafael de. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, T.I, Introducción, personas, familia, actualizada en su parte legislativa por Juan Pablo de Pina García, 22ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2002, 406 pp.
27. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, T.II, Introducción, familia, matrimonio, traducción del Lic. José M. Cajica jr., 2ª. edic., Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, 512 pp.
28. QUICIOS MOLINA, Ma. Susana. *Determinación de la Filiación no Matrimonial por Reconocimiento*, 1ª. edic., Edit. José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1997, 374 pp.
29. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*, T.I, Introducción, personas y familia, 27ª. edic., concordada con la legislación vigente por la Lic. Adriana Rojina García, Edit. Porrúa S.A., México, 1997, 537 pp.
30. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, T.II, Derecho de Familia, 9ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, 770 pp.
31. RUIZ MORENO, José María. *El Proceso Especial de Filiación, Paternidad y Maternidad* (Colección Ley de Enjuiciamiento Civil), 1ª. edic., Edit. La Ley S.A., Madrid, España, 2000.
32. SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo. *Derecho Civil*. Parte general, personas y familia, 1ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1998, 525 pp.
33. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*, 1ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1979, 126 pp.

34. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. *Historia del Derecho Mexicano*, 5ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1997, 195 pp.
35. TEKE SCHLICH, Alberto. *Medicina Legal*, 2ª. edic., Edit. Mediterráneo, Santiago de Chile, 2001, 434 pp.
36. VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho Romano*. Curso de Derecho Privado, 17ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2001, 486 pp.
37. VERRUNO, LUIS et. al., *Manual para la Investigación de la Filiación*. Actualización médico-legal. Las nuevas pericias inmunogenéticas en filiación y criminalística, 2ª. edic., Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996, 159 pp.
38. YUNGANO, Arturo R. *Derecho de Familia* (Teoría y práctica), 3ª. edic., Edit. Ediciones Macchi, Buenos Aires, Argentina, 2001, 302 pp.

HEMEROGRAFÍA.

1. COSTAS LUGO, Carolyn. "Las pruebas de ADN y su justo valor probatorio". *Revista de Derecho Puertorriqueño*, San Juan, Vol. 37, números 2-3, mayo-diciembre de 1998, págs. 371-394.
2. BARRERA CRISTIANI, María Fernanda. "Presunción de paternidad y tutela judicial efectiva" *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 20, núm. 20, México, 1996. págs. 675-751.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS.

1. Enciclopedia de Derecho de Familia, T. II, 1ª. edic., Edit. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1992, págs. 390-393.

2. Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, T. II, 1ª. edic., Edit. UNAM (I.I.J.)-Porrúa, México, 2000, págs. 1699-1701.
3. Enciclopedia Jurídica Mexicana, T. XII, 1ª. edic., Edit. UNAM (I.I.J.)-Porrúa, México, 2002, págs. 797-809.
4. IUS 2004, CD ROM, Jurisprudencia y Tesis Aisladas (junio 1917- junio 2004). SCJN.

L E G I S L A C I Ó N C O N S U L T A D A .

1. Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884.
2. Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.
3. Código Civil para el Distrito Federal de 1928.
4. Código Civil para el Estado de México de 1956.
5. Código Civil español de 1889.
6. Código Civil francés.
7. Código Civil argentino.
8. Constitución española de 1978.
9. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 151ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2005.
10. Convención sobre los Derechos del Niño, 1ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2004.
11. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. 1ª. edic., Edit. Porrúa S.A., México, 2004.
12. Código Civil en vigor del Estado de México, Agenda Civil del Estado de México, Ediciones Fiscales Isef, 6ª. edic., México, 2005.
13. Código de Procedimientos Civiles en vigor del Estado de México, Agenda Civil del Estado de México, Ediciones Fiscales Isef, 6ª. edic., México, 2005.
14. Código Civil en vigor del Distrito Federal, Agenda Civil del Distrito Federal, Ediciones Fiscales Isef, 6ª. edic., México, 2004.