

321309

UNIVERSIDAD del TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO  
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR  
ACUERDO No. 3213 CON FECHA 16-X-1979  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

4  
205

PARA EL DESARROLLO TOTAL



APLICACION DE NUEVOS CONOCIMIENTOS  
GENETICOS PARA ACREDITAR O DESACREDITAR  
LA PATERNIDAD

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA  
PABLO ESPINOSA MARQUEZ  
ASESOR DE TESIS  
LIC. IVAN OCTAVIO RICARDO OLIVARES RODRIGUEZ  
CEDULA PROFESIONAL 1368564

MEXICO, D.F.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

1993



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 está 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.

# I N D I C E

INTRODUCCION .....	1.
<b>CAPITULO I ASPECTOS GENERALES Y ANTECEDENTES</b>	
<b>SOBRE LA PATERNIDAD</b>	
1.1 Generales .....	2
1.2 Antecedentes históricos .....	7
1.2.1 En relación a la presunción de paternidad....	7
a) Pueblos primitivos hasta antes de Roma .....	7
b) Derecho romano .....	15
c) De Roma a las codificaciones .....	19
1.2.2 En relación a los plazos máximo y mínimo de gestación.....	23
a) Pueblos primitivos .....	23
b) Grecia y Roma .....	24
c) Edad Media .....	26
d) Derecho español .....	27
e) Código Civil Francés .....	28
1.2.3 En relación a las consecuencias para los hijos .....	30
1.2.4 En relación a la impugnación de la paternidad y medios de prueba para acreditarla.....	33
a) Impugnación .....	33
b) Medios de prueba para acreditar la paternidad .....	35

## CAPITULO II DE LA PATERNIDAD Y FILIACION

2.1 Hijos nacidos en matrimonio .....	42
2.1.1 Características y supuestos .....	42
2.1.2 Pruebas en la paternidad legítima .....	45
2.1.3 Límites a la presunción de paternidad .....	46
2.1.4 Conflictos para el caso de contraer nuevas nupcias .....	48
2.1.5 Acciones relativas a la paternidad legítima ..	49
2.2 Hijos nacidos fuera de matrimonio .....	60
2.2.1 Concepto y supuestos .....	60
2.2.2 Reconocimiento voluntario .....	61
2.2.3 Investigación de la paternidad .....	67

## CAPITULO III ANALISIS DE LAS PRUEBAS PARA

### ACREDITAR O DESACREDITAR LA PATERNIDAD

3.1 Para el caso de los hijos nacidos en matrimonio ....	73
3.1.1 La documental pública .....	73
3.1.2 La presunción de paternidad (presunción legal y humana) .....	76
3.1.3 Pruebas para contradecir la presunción legal de la paternidad .....	82
3.1.4 La posesión de estado de hijo .....	88
3.1.5 La testimonial y otras .....	90
3.1.6 Sentencias relativas a la prueba de la filiación legítima .....	93

3.2 Para el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio .....	101
3.2.1 El acta de reconocimiento.....	102
3.2.2 La sentencia firme que declare la paternidad.....	103
a) Fallo pronunciado por el C. Juez Segundo de lo Civil de esta capital, Sr. Enrique Fuentes Ramirez.....	110

#### CAPITULO IV DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

4.1 Aspectos generales .....	122
4.1.1 Entrevista con el Dr. Alfonso León de Garay.....	125
4.2 De la presunción de paternidad a las pruebas biológicas .....	131
4.3 Clases de pruebas biológicas .....	135
4.3.1 Prueba basada en la herencia de caracteres patológicos.....	137
4.3.2 Prueba heredobiológica o antropomorfológica.....	139
4.3.3 Prueba o método de Kühne.....	141
4.3.4 Prueba de grupos sanguíneos.....	142
4.3.5 Prueba del grado de madurez del recién nacido.....	144
4.3.6 Prueba de locus cromosómico del antígeno leucocitario humano o HLA.....	145
4.3.7 Prueba de la huella digital del ADN.....	147
4.4 Su aceptación en el derecho comparado .....	152

4.5 Aspectos a favor y en contra de las pruebas biológicas.....	154
4.5.1 Aspectos en contra.....	155
4.5.2 Aspectos a favor.....	155
4.6 Problemática jurídica en materia procesal.....	162

<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>172</b>
---------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>177</b>
---------------------------	------------

## INTRODUCCION

Es de vital importancia reconocer como juristas que la noción del Derecho, en su sentido más amplio, implica una unidad absolutamente perfecta, es decir, que no da lugar a lagunas o a interpretaciones, que lo deformen; situación distinta que se presenta al estudiar a la ley, ya que la ley es obra del hombre, y como tal, está sujeta a imperfecciones, originadas no solamente por causas imputables a su órgano creador, sino también al atraso que sufre la ley al no estar acorde con la realidad social, política y económica de una época y lugar determinado, quedándose a la zaga del devenir histórico. Es por tal motivo que el Derecho debe su integración a distintas clases de fuentes, a saber: formales, reales e históricas, y no única y exclusivamente la ley es la fuente formal que existe para dar vida al Derecho.

Por lo que en el presente trabajo de investigación se hace un estudio de las normas jurídicas existentes hoy en día en nuestro Derecho Positivo Mexicano, con el propósito de analizar los medios de prueba existentes para acreditar o desacreditar la paternidad, y proponer que por medio de una ciencia auxiliar, como lo es la Genética, se facilite al juzgador conocer la verdad real que existe en el vínculo consanguíneo que une a los padres con sus hijos.

Su justificación se debe a que la paternidad o la maternidad

recae única y exclusivamente a unos sujetos en particular por medio de la procreación de sus hijos, y que por tal motivo todos los derechos y obligaciones reciprocas que se deriven de la paternidad o filiación deberán recaer exactamente a los sujetos activos o pasivos de dicha relación consanguínea, para el buen desenvolvimiento y desarrollo armónico de las familias.

De lo anterior se desprende que toda persona tendrá siempre progenitores, y en su caso descendientes; progenitores o descendientes que por circunstancias voluntarias o ajenas a la voluntad puedan ser desconocidos, y por tal razón no se encuentren de todo protegidos por el Derecho y el Estado. De ahí la importancia de que el Derecho, y particularmente la ley, reconozcan la posibilidad de aplicar en los medios de prueba existentes, principalmente en la prueba pericial, los nuevos conocimientos y experiencias que en materia de genética existen hoy en día, y que para nuestro derecho positivo mexicano y para nuestra doctrina son totalmente desconocidos.

Se pretende dejar una inquietud a los estudiosos del derecho, en el sentido de que actualmente no se reconoce en la ley algún medio de prueba idóneo o certero para acreditar o desacreditar la paternidad o filiación, y que sirva de lineamiento para el juzgador, ya que los medios probatorios vigentes en la materia, tienen su base en presunciones legales y humanas que no resuelven el problema con satisfacción, por no tener la seguridad jurídica ni real de afirmar o negar la relación paternofilial.

Con la aceptación de que sean practicados en el ámbito procesal exámenes genéticos de esta índole, se daría pie a solucionar gran cantidad de problemas legales y humanos en materia tanto civil como penal; problemas por ejemplo de reconocimiento de hijo, de desconocimiento o contradicción de la paternidad, del expósito o abandonado, para el caso de alimentos, patria potestad, sucesiones, violaciones, raptos, estupros, bigamia, adulterio, madres solteras, y un sin fin de utilidades que los científicos en materia de genética molecular proponen para ser aprovechados por el Derecho.

De la anterior idea, se desprende que moral y jurídicamente existe la necesidad de establecer por el derecho y el Estado, normas que regulen los deberes, derechos y obligaciones que nacen del matrimonio y de la paternidad en general, a fin de velar por el cumplimiento de los mismos, ya sea de manera voluntaria o coercitiva, a fin de no dejar desamparados, principalmente a los hijos, quienes por sus características "naturales", no podrán fácilmente exigir el cumplimiento de sus derechos.

Lo anterior se complica, al observar la realidad social que existe en nuestro medio, en relación al incremento de nacimientos de hijos naturales, así como del nacimiento de hijos nacidos en matrimonio pero con la incertidumbre del padre, de si el hijo de su esposa es hijo suyo. Situaciones que dificultan el hecho de dar cumplimiento cabal a todas y cada una de las obligaciones y derechos derivados de la paternidad y filiación, provocando una desestabilidad social y jurídica en nuestro medio, por lo que es

importante analizar y estudiar la presente problemática, a fin de determinar o proponer soluciones que vayan reduciendo, que tanto descendientes como progenitores se vean desprotegidos por el Derecho al intentar exigir el cumplimiento de sus derechos como hijos o como padres.

Tales obligaciones y derechos deberán recaer exactamente en quienes recaiga dicha responsabilidad de padres o de hijos, y no a cualquier otra persona, situación que se ve afectada por varias razones que se analizarán en la presente investigación.

A fin de aclarar los alcances del presente trabajo, se señala que la hipótesis central del mismo es la siguiente: "los medios de prueba adoptados ordinariamente por la ley para acreditar o desacreditar la paternidad y filiación, no reconocen de manera directa la aplicación de nuevos conocimientos genéticos en su acreditación o desacreditación, limitando a progenitores o descendientes a demostrar y conocer el parentesco consanguíneo que en línea recta los une".

Las pruebas para acreditar o desacreditar la paternidad o filiación se denominan "pruebas biológicas", las cuales son ofrecidas y desahogadas en cualquier procedimiento de índole familiar, por medio de la prueba pericial, pero a fin de comprender mejor su desarrollo y aplicación, en la presente investigación se hace un análisis, de los aspectos generales y antecedentes de la paternidad lo cual lo cubrimos en el primer capítulo. En el segundo capítulo de la investigación hacemos el

estudio de la paternidad y filiación como tales, desde el punto de vista de nuestro derecho vigente. Ya en el capítulo tercero entramos al análisis y crítica de los distintos medios de prueba admitidos por nuestra legislación para acreditar o desacreditar la paternidad, de donde se desprende que no se habla de pruebas directas e idóneas para demostrar tales hechos, y que es la regla de la presunción de la paternidad la base principal para resolver los conflictos de índole paterno-filial. Y finalmente en nuestro capítulo cuarto profundizamos en el estudio de las llamadas pruebas biológicas, señalando sus aspectos generales, sus alcances, sus clases y variedades, así como su aceptación en el derecho comparado, sus críticas y su problemática jurídica al integrarlas al derecho procesal.

## **CAPITULO I**

### **ASPECTOS GENERALES Y ANTECEDENTES SOBRE LA PATERNIDAD**

### 1.1. Generales

Antes de entrar al fondo de la presente investigación se establece de manera breve la importancia de la misma, a fin de lograr se comprenda con mayor facilidad los alcances que se pretenden.

En primer lugar señalamos que es del conocimiento general que la maternidad como la paternidad corresponden de manera exclusiva a unos sujetos en particular por medio de la procreación de la especie humana, y que estas dos figuras, la maternidad como la paternidad, para el derecho tienen una gran importancia, ya que de ellas se derivan varios derechos y obligaciones que de manera recíproca se hace valer de padres a hijos, y de hijos a padres, para el buen desenvolvimiento y desarrollo armónico de la familias. Por lo tanto, toda persona tendrá siempre progenitores, o en su caso, descendientes; progenitores o descendientes que por circunstancias voluntarias o ajenas a su voluntad puedan ser desconocidos, y por tal motivo no se encuentren en la posibilidad de ser protegidos o tutelados por el Derecho y el Estado.

Por tal motivo el Derecho, para resolver las situaciones de hecho en las que los hijos desconozcan o ignoren quienes sean sus progenitores, o que los progenitores desconozcan o duden sobre si determinada persona es su hijo, la ley ha establecido como principal forma de solución la regla de la presunción de paternidad, fijando plazos precisos de la época o momento de la procreación, y de la época o plazo de gestación, y al respecto

nuestra legislación considera que el plazo mínimo de gestación es de 180 días, y el plazo máximo es de 300 días, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal. Y dicha regla de la presunción de paternidad que adopta nuestra legislación, determina que el padre del hijo nacido en matrimonio es el esposo de la mujer que le dio a luz, o como lo señala la regla romana: «pater is est quem nuptiae demonstrant».

Esta regla de la época del Derecho Romano ha perdurado hasta nuestros días, siendo el principal medio de prueba para acreditar la paternidad aceptado por las diferentes legislaciones europeas y americanas en general, como lo señalamos en la parte segunda de éste capítulo. Pero la postura de dichas legislaciones ha cambiado poco a poco, al considerar los avances científicos que en materia de genética existen a la fecha, y de ahí que se hable de las pruebas biológicas de la filiación, como lo señala Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni: "Actualmente, los juicios donde se discute la realidad de un vínculo de filiación se resuelve en la generalidad de los casos mediante pruebas biológicas. Estas consisten en procedimientos científicos que establecen o bien la imposibilidad de determinado vínculo, o bien la realidad de éste"(1).

Pero para llegar a estos momentos de apertura, los cuales son necesarios y útiles para el Derecho, a fin de no quedar a la zaga

1. Gustavo A. Bossert, et al., Manual de Derecho de Familia, p. 379.

de los avances científicos y de poder cumplir con mayor satisfacción con sus funciones como tal a favor de la sociedad, ha sido necesario que históricamente se justifique su aplicación, ya que se desprende de los antecedentes históricos que sobre el tema mencionamos en el presente capítulo, básicamente la regla de la presunción de paternidad ha sido la única manera de dar solución a los problemas que se suscitan para acreditar o desacreditar la paternidad.

Para el caso de México las legislaciones que en materia civil han hablado y hablan de la filiación o paternidad, hacen resaltar una de las consecuencias negativas para los hijos, en casos de no poder acreditar o desacreditar la paternidad, ya que son los hijos quienes sufren la falta de protección de la ley para exigir sus derechos, al ser tratados por la misma ley con diferencias, al hacer la comparación entre los hijos nacidos en matrimonio o legítimos, y de los hijos nacidos fuera de matrimonio, naturales o ilegítimos. Entre esas legislaciones tenemos a los Códigos Civiles de 1870 y 1884, a la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 y al Código Civil vigente de 1928.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 establecieron claras diferencias entre los hijos, según nacieran en matrimonio o fuera del mismo, clasificándolos según la situación de sus padres; y así se hablaba de hijos legítimos, ilegítimos o naturales, adulterinos, incestuosos, sacrilegos y espurios, estableciendo distintos derechos para cada caso, dejando en gran desventaja a los hijos nacidos fuera de matrimonio principalmente en materia sucesoria.

Ya en la Ley sobre Relaciones Familiares, bajo la influencia de Venustiano Carranza, cambia la postura denigrante hacia los hijos nacidos fuera de matrimonio, estableciendo una postura distinta para ser tratados, como se desprende de su exposición de motivos que dice: "Que en materia de paternidad y filiación, ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios, pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables y menos ahora que considerando el matrimonio como contrato, la infracción a los preceptos que la rigen sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos, terceros en el contrato, que antes se perjudicaban solamente porque, reputado el matrimonio como 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 quedaba la disolubilidad del vínculo matrimonial es fácil ya no sólo reconocer, sino aún legitimar a algunos hijos que antes sólo se podían designar, y por idénticas razones, 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 el fomentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar, y teniendo presente los derechos y obligaciones de la mujer, en caso de matrimonio se previene que ella no pueda reconocer a sus hijos naturales, sin consentimiento del marido y que éste, pudiendo

reconocer a los suyos, no tenga facultad de llevarlos a vivir al domicilio conyugal, sin permiso de la esposa" (2).

Finalmente en nuestro Código Civil vigente, en su exposición de motivos que hacen los legisladores, se desprende la idea de dejar a un lado la odiosa distinción establecida en leyes anteriores respecto a los hijos y reconociendo la posibilidad de la investigación de la paternidad ampliando los casos para tal supuesto: "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, porque 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" (3).

Como se observa, también nuestra legislación civil ha considerado cada vez más la posibilidad de ampliar los casos de la

2. Ley sobre Relaciones Familiares, p. 13.

3. Código Civil para el Distrito Federal, p. 16.

investigación de la paternidad, a fin de proteger los intereses de intereses de la familia en general, pero consideramos que aun faltan cosas por hacer para lograr establecer una mayor seguridad y certeza jurídica sobre los derechos y obligaciones existentes en el parentesco que en línea recta une a progenitores descendientes. Y para fortalecer nuestra propuesta, a continuación, por medio de los antecedentes históricos de la paternidad, demostramos que comúnmente a sido difícil y en algunos casos imposible, como lo señalan algunos autores, el acreditar o desacreditar el vínculo sanguíneo y jurídico que une a padres e hijos.

## 1.2 Antecedentes históricos

A fin de ilustrar más los antecedentes históricos en relación a la problemática que ha existido de acreditar la paternidad, dividiremos en cuatro aspectos relevantes de análisis, los cuales son los siguientes:

1. En relación a la presunción de paternidad.
2. En relación a los plazos máximo y mínimo de gestación.
3. En relación a las consecuencias para los hijos.
4. En relación a la impugnación de la paternidad y medios de prueba para acreditarla.

### 1.2.1 En relación a la presunción de paternidad

#### a) Pueblos primitivos hasta antes de Roma

Rivero Hernández manifiesta que no debemos analizar la presunción de paternidad dentro de los pueblos primitivos tomando en cuenta la idea o noción que existe hoy en día de ella, y señala que "hubo

épocas que el matrimonio, la paternidad y la filiación fueron completamente ignorados. Nuestro matrimonio, maternidad y filiación, claro esta" (4), dándonos a entender que en los grupos primitivos no existe o muy difícilmente puede concebirse la idea de paternidad, en su sentido biológico, ya que basaban su parentesco en uniones "místicas" (5), considerando los valores religiosos y morales del grupo y no aspectos de sangre, teniendo como principal ejemplo de ella, las sociedades totémicas "en las que todos los miembros del clan son considerados participantes de la naturaleza de su antepasado mítico" (6) y en donde la mujer normalmente, era la depositaria o transmisora del totem, trayendo como consecuencia la preponderancia del parentesco uterino.

Así Covillier concluye diciendo que en estos pueblos primitivos "la unidad social no es el individuo, sino el grupo. El individuo toma en él, sencillamente los parentescos de su grupo, el parentesco es de grupo a grupo" (7).

Otro aspecto que fortalece esta idea, es que es aceptado tanto por los historiadores como por los etnólogos, de que el hombre primitivo no relacionaba el acto sexual con la procreación y que también ignoraba el papel del padre en la fecundación explicándose éste fenómeno por medio de la figura del totem, por los espíritus de sus antepasados, por la obra de los dioses o por

4. Francisco Rivero Hernández, La Presunción de Paternidad Legítima, pp. 159-160.

5. Idea.

6. Idea.

7. Idea.

causas de los fenómenos astrológicos o atmosféricos, dando como ejemplo Levy-Bruhl que era costumbre entre los indígenas de San Cristóbal, de las islas Salomon, enterrar vivo al primogénito en su matrimonio, porque era seguro que ese hijo no es del marido, sino de otro hombre.

Con la evolución de estos pueblos primitivos, se fue definiendo en primer término la relación materna con respecto a los hijos y la relación paterna se olvidaba, ya que hasta llegaban a desconocerla, para algunos autores "esto se debe a que no existía la certeza sobre la paternidad, y que por ser la paternidad cosa de inducción en relación con la maternidad que es de observación, no habría podido ser reconocida sino tras la relación con la madre" (8).

Pero al ir evolucionando cada vez más las sociedades, en donde el factor económico era de gran importancia, surge la idea y preocupación de la paternidad, en la que el desarrollo de la agricultura fortalece la unión familiar, y como señala Francisco Rivero Hernández "va apareciendo de forma cada vez más definida la autoridad del marido, y con el tiempo el grupo doméstico se va restringiendo, y los lazos que lo unen adquieren más fuerza" (9).

A todo esto favorecen aspectos religiosos principalmente, en donde el padre de familia o del grupo era el encargado del culto a sus antepasados, y en donde era el quien tenía la facultad de admitir o no a un nuevo miembro en la familia, y así surge la

B. Colombel, *opud.* Francisco Rivero Hernández, *Ibid.*, p. 162  
 p. *Ibid.*, p. 164.

figura del "tollere liberum", que analizaremos más adelante.

Al establecerse los pueblos primitivos en un lugar determinado y tener como base de su economía la agricultura, se transformaron en grandes civilizaciones, las cuales nos legaron gran parte de sus conocimientos, costumbres y forma de vida por medio de sus textos legales, y entre estas civilizaciones y textos legales tenemos:

#### **Código de Lipit-Ishtar**

Este Código es el documento jurídico más antiguo a que tenemos referencia, del siglo XIX a. de C., del sur de Mesopotamia, en el cual, "aparece en este Código perfectamente definida la relación paternofilial, individualizado la paternidad y la maternidad; habla de los hijos de la esposa, de los hijos de la esclava, todos ellos hijos del marido señor al parecer de todos", pero a pesar de ya hacer referencia a una relación paternofilial no precisa o establece soluciones en relación a la presunción de paternidad.

#### **Código de Hammu-Rabi**

Código del siglo XVII a. de C., que trata sobre la paternidad y maternidad, en la que "no sólo habla de los hijos del marido y de los hijos de la mujer, sino que distingue entre los del primer marido y los del segundo, cuando la mujer ha tenido dos sucesivamente, o cuando por haberse ido el marido a la guerra y quedado ella sola, se fue a convivir con otro hombre; al regresar

el marido ella tiene que volver a su lado, pero los hijos medios del otro hombre, a cuya casa fue, quedarán con éste"(10).

También existe la posibilidad de que el marido, reconozca como sus hijos, a los tenidos con la esclava, bajo la fórmula "vosotros sois hijos míos", dando a entender con esto que la paternidad en éste Código se sustentaba en razón al poder o al señorío, y no a la generación, por tal motivo no existe alguna disposición relativa a la presunción de paternidad, ni se establece al respecto que existiera problema o duda sobre su acreditación.

#### Otras leyes del medio oriente

Entre estas tenemos a la "Middle Assyrian Laws", de los asirios anglosajones (siglo XV a. de C.) leyes de la época del Rey Assurbanipal y del Imperio neo-babilonio, en el antiguo Egipto, y en las leyes hititas (segundo Imperio del siglo XIV a. de C.), y en todas ellas encontramos que la relación de paternidad la determinan más sobre el poder que ejerce el padre, que sobre cuestiones biológicas, y por lo tanto no toman en cuenta la presunción de la paternidad, ni dudas sobre la misma, aún en casos que así debería considerarse, como en el adulterio.

Así por ejemplo, en la tableta A, párrafo 36, de las "Middle Assyrian Laws" se establece "hablando de la esposa, cuyo marido

10. *Ibid.*, p. 165.

ausente se ha ido a vivir con otro hombre antes de los cinco años de la ausencia del marido, al regresar éste tiene que volver ella con el antiguo esposo, y con ella irán los hijos tenidos con el otro durante ese tiempo, que quedarán también sometidos a su esposo. Pero, si el marido hubiera vuelto después de cinco años, o hubiera sido retenido prisionero, los hijos nacidos en ese tiempo hubieran quedado con el segundo esposo"(11).

Otro caso se encuentra en el antiguo Egipto, donde los hijos de las concubinas que formaron los harenes, únicamente se le reconocía la filiación materna, sin ninguna relación con el padre.

#### Leyes de Manú

En éste conjunto de leyes, hacia el siglo II a. de C., para algunos autores, se establece por primera vez la idea de presunción de la paternidad, y el principio general era: "el hijo pertenece a quien ejerce su poder sobre la madre"(12), dándosele menos valor a la idea de quien engendra será el dueño del hijo, es decir la paternidad se presumía y se acreditaba en razón al poder o señorío que se tenía tanto sobre la madre, como sobre el hijo, y no en aspectos de sangre o biológicos, y por lo tanto se consideraba al hijo como un fruto o accesorio de la madre, es decir era una especie de derecho de accesión.

Así se establece en las Leyes de Manú: " la mujer es

11. *Ibid.*, p. 167.

12. *Ibid.*

considerada por la ley como el campo, el hombre como la semilla "(IX, 33);" los que no poseen campo, pero tienen semillas, y van a extenderlas en la tierra de otro, no sacan ningún provecho del grano que llega a crecer" (IX,49); "el propietario del macho que ha engendrado con vacas, asnas... no tiene ningún derecho sobre la cría, lo mismo ocurre con las mujeres de otros hombres" (IX, 48). "Si un toro engendra cien terneros uniéndose con las vacas de otros, esos terneros pertenecen a los propietarios de las vacas..." (IX, 50); "Así, los que no teniendo campo hechan su semilla en el campo ajeno, trabajan para el propietario; el sembrador, en este caso, no saca ningún provecho de su semilla" (IX, 51)(13).

Existen otros pasajes que también nos establecen el mismo criterio: "Si un hijo viene al mundo en casa de alguien sin que se sepa cual es su progenitor, ese hijo nacido clandestinamente en la casa pertenece al marido de la mujer que lo ha traído al mundo"(IX, 170), "si una mujer en cinta se casa, sea o no conocido su embarazo, el hijo varón que lleva en su seno pertenece al marido" (IX, 173)(14).

Así como se observa en este conjunto de leyes, es la potestad o señorío la manera de conformar la paternidad, es de comprenderse que en esta época era facultad del padre admitir o separar de la familia al hijo de su esposa, por así considerarlo prudente.

13. Lois de Manov, Apud., Ibid., p. 168.

14. Idea.

### Derecho hebreo

Al igual que otros derechos antiguos, es el poder, potestad o señorío el marido la base para entender la paternidad y considerándola como un derecho de propiedad, y era el matrimonio la base para acreditarla y defenderla contra algún tercero.

Existió la solemnidad de aceptar al recién nacido de manera pública, como en el "tollere liberum", exteriorizando así el reconocimiento de la paternidad y entrada del hijo bajo su potestad. Así mismo se daba la figura de reconocer como suyos a los hijos de la esclava, ofrecida y presentada por la esposa del marido, considerándose por lo tanto, como hijos del matrimonio.

En la Biblia no se localiza idea alguna en relación con la presunción de paternidad, o que así lo de a entender, y en general en el Derecho Hebreo antiguo, tampoco se habla de aspectos de investigación de paternidad o impugnación de la misma.

### Grecia

En Grecia antigua, es la religión y el culto de los "Dioses Manes" lo que hace que el padre o marido se vea obligado a procurar la descendencia de un hijo hombre, a fin de satisfacer su deuda con los Manes de sus antepasados y asegurar él mismo la inmortalidad.

Por tal motivo, y con el objeto de no dejar extinguir una familia se consideraba que "si un matrimonio resultaba estéril por efecto del marido, no era menos necesario que la familia continuase. Entonces su hermano o un pariente del marido debía de

sustituirlo y la mujer tenía que entregarse a éste hombre. El hijo que nacía de esta unión se consideraba como del marido y continuaba su culto", y aún más "las legislaciones antiguas prescribían el casamiento de la viuda, cuando no había tenido hijos, con el pariente más próximo de su marido. Los hijos que nacían se reputaban hijos del difunto" (15).

Era al padre a quien le correspondía aceptar o no la entrada del hijo en la familia por medio de un acto religioso; primero lo reconocía y posteriormente en su calidad de dueño y custodio temporal del hogar, declaraba si el recién nacido era o no de la familia; es decir, "el nacimiento sólo formaba el lazo físico, la declaración del padre constituía el lazo moral y religioso" (16).

#### Derecho Romano

Es ya en el Derecho Romano donde encontramos el primer y más propio antecedente que existe sobre la presunción de paternidad, y que hasta nuestros días sus principios aplicables en esta materia, han sido adoptados por las legislaciones de los Estados. Para su estudio, los autores dividen en dos etapas, los antecedentes históricos de Derecho Romano, las cuales están determinadas dos figuras romanas:

1. El "Tollere Liberum".
2. La regla "Pater is est quem nuptiae demonstrant".

15. Fustel de Coulanges. La Ciudad Antigua, pp. 67-68.

16. Ibid., p. 68.

### El Tollere Liberum

El "Tollere Liberum" existió de manera muy semejante en culturas anteriores del Derecho Romano, y en todos sus significados siempre fue preponderante religioso, y los autores no dudan de dicho significado; pero lo importante es determinar si jurídicamente implicaba el reconocimiento o desconocimiento de la paternidad por parte del marido.

Para Lanfranchi<sup>(17)</sup> la ceremonia del "tollere liberum" consistía en colocar a los pies del pater al recién nacido, el cual lo recogía a su vez de tierra", de no ser recogido se le consideraba "vulgo conceptus". "El contacto del recién nacido con la tierra se ha relacionado con la antigua ceremonia o mito de la maternidad de la Madre Tierra, lo que transmitía fuerza y otras virtudes".

En relación a el "tollere liberum", su significado y valor jurídico en relación a la presunción de paternidad y propiamente al reconocimiento o desconocimiento del hijo, existe a la fecha una discusión entre los autores, como lo señala Francisco Rivero Hernández<sup>(18)</sup>, dividiéndose en dos las posturas: por un lado los autores quienes consideran que el "tollere liberum" era la expresión de una aceptación del hijo como propio por el pater familias, como un reconocimiento de la propia paternidad, lo que llevaría implícita una presunción de paternidad; y por otro lado,

17. Agud. Juan Iglesias, Derecho Romano, p. 552.

18. Francisco Rivero Hernández, op. cit., pp. 174-179.

de una manera más convincente, otro grupo de autores que niegan el valor jurídico al *tollere liberum* como una forma de reconocer o desconocer la paternidad, esta segunda postura es más reciente y cada vez más aceptada por otros autores, entre sus principales defensores se encuentran Perozzi (*tollere liberum*, en *studi o simoncelli*, t.I) y Lanfranchi (*Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano, - II la c.d. presunzione di paternita*, Bologna, 1964).

Estos dos autores basan su postura en los siguientes argumentos: En primer lugar afirman "si se considera el *"tollere"* como un acto formal de reconocimiento de la paternidad física, y el *"non tollere"* como un acto de desconocimiento, "el ordenamiento jurídico parental de la familia romana habría sido así meramente aparente, no sustancial. La familia habría estado compuesta no de engendrados por el marido, si no de reconocidos por el marido, cuando es, por el contrario, la descendencia natural de hechos la base firme de la familia"; en segundo lugar, señalan "que el *"non tollere"* podía fundarse en razones diferentes a la no paternidad o a la duda sobre la paternidad, tales como la situación económica de la familia, sexo femenino del recién nacido, con lo que esa actitud no significaría necesariamente un desconocimiento o negación de la paternidad, ni en consecuencia, *"tollere"* equivaldría a reconocimiento"; en tercer lugar señalan que "a veces no era el marido, el autor del *tollere* "o del *non tollere"*, sino que correspondía llevar acabo tal ceremonia al pater familias, ya que el marido era un *alieni iuris*; y por último, manifiestan "que no hay en las fuentes jurídicas elemento alguno que apoye o avale la teoría de un significado jurídico del

"tollere", ni texto que lo defina como teniendo cualquier significado jurídico"(19).

#### La regla pater est quem nuptiae demonstrant

Se le atribuye esta regla a Paulo, la cual es recuperada por los compiladores justinianos en el Digesto: D.2,4,5 "quia semper certa est (mater), etiam si fulgo conceperit, pater vero est, quem nuptiae demonstrant" (porque la madre es siempre cierta, aunque hubiese concebido ilegítimamente; es padre, en cambio, el que resulta serlo por el matrimonio)(20) y ha sido considerada a la fecha como la máxima cèlebre de mayor importancia en la presunción de la paternidad legítima, y la cual nos da ha presumir "que el nace de (iustae) nuptiae (inta legitimum tempus) es (iustus) filius del marido de la madre"(21).

Señala Lanfranchi que la regla "tendrá en Derecho romano, como base o fundamento: a) la cohabitación entre los esposos, b) la fidelidad de la mujer, y c) el nacimiento en el "tempus legitimum" o plazo legal de gestación"(22) fundamento que a la fecha coincide en su gran mayoría con la doctrina moderna sobre la presunción de la paternidad legítima, y así se ha adoptado por las legislaciones.

19. *Ibid.*, pp. 176-177.

20. A D'ors, et al., *El Digesto de Justiniano*, tomo I, p. 94.

21. Juan Iglesias, *op. cit.*, p. 181.

22. *Ibid.*, pp. 193-194.

Al igual que el *tollare liberum*, la regla de *pater is est quem nuptiae demonstrant* ha sido muy discutida y criticada por los estudiosos del Derecho Romano, manifestando entre otros aspectos, que la regla *pater is est...* no implicaba en el derecho romano una presunción, sino se trataba de una imposición del hijo al marido; para otros se trataba de denegar la potestad sobre el hijo a cualquier otro distinto del marido; otros señalan que lo que daba a entender la regla es que no cabe la posibilidad de paternidad extra matrimonial.

Pero independientemente de estas posturas, el derecho actual ha adoptado esta regla como la base fundamental para presumir y acreditar la paternidad legítima, como se observara en los siguientes puntos, en donde la codificación del derecho toma en cuenta la regla de *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

### c) De Roma a las codificaciones

En la historia del derecho, se observa que la influencia de los principios de la iglesia católica hace que los distintos derechos a partir principalmente de la edad media, tomen en cuenta el principio romano de *pater is est quem nuptiae demonstrant* ya que la iglesia supone la existencia de un matrimonio regular, cuya fecha de celebración o terminación es conocida y así por ejemplo tenemos:

### Pueblos germánicos y derecho común alemán

Algunos historiadores señalan que no existe conocimiento sobre la organización social y familiar de estos pueblos, si fue el matriarcado el que prevaleció o más si era aceptada la monogamia o la poligamia, no se sabe con exactitud pero a pesar de ello, Rouast<sup>(23)</sup> escribe que la "paternidad es, ante todo, entre los germanos, un lazo o relación de poder, más que biológica. También aquí se conoció una especie de (tollere liberum) todo ello fortalecido con la figura del *munt* o *mundium* en el matrimonio por compra, por la que se adquiría potestad sobre la esposa y los hijos que esta de al esposo.

No se sabe con precisión si existió alguna forma de presunción de la paternidad legítima, pero según cuenta Juliano, emperador romano, que en relación al tema existía "la costumbre gala de tirar al hijo a las aguas del Rhin, cuando el marido desconfiaba de su propia paternidad y si desaparecía en el agua se suponía que era adulterino, y si flotaba que era legítimo del marido"<sup>(24)</sup>.

Otros autores manifiestan que las costumbres germanas cambiaron radicalmente por las influencias del derecho romano y del cristianismo. También en el derecho común alemán se admitió la regla romana de *pater is est...* y así se adoptó en los códigos germánicos modernos, como por ejemplo "en el *Allgemeines*

23. *Ibid.*, p. 189.

24. *Idea*.

Landrecht prusiano de 1794, en su parte II, tit. 2o. paragraf i 1. aparecía definida la presunción de paternidad con criterio moderno: La ley sienta la presunción de que los hijos concebidos durante el matrimonio o nacidos durante el matrimonio, tiene por padre al marido"(25).

#### Derecho canónico medieval

Aquí la regla *pater is est quem nuptiae demonstrant* fue muy bien recibida, esta presunción era, para los cononistas, *iuris tantum*, con posibilidad de prueba contraria, limitada, en general, a la imposibilidad física de relaciones carnales en el tiempo de la concepción (26).

Se amplió el campo de aplicación de dicha regla, en el sentido de aplicarla "al que ha cohabitado con la mujer si ésta da a luz en casa de él, lo que llevó a algunos a exigir nada más esta última condición"(27), por ejemplo como Menocchio y Baldo, para el cual "lo importante es saber donde ha alumbrado la mujer, y empleaba este criterio para resolver los conflictos de paternidad"(28).

Así mismo se amplió esta regla con la figura del concubinato, considerando al hijo, como un fruto de la madre, y como tal un derecho de accesión.

25. *Ibid.*, pp. 193-194.

26. *Ibid.*, p. 191.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

### Common law

El common law inglés conoció y aceptó la regla romana de *pater is est quem nuptiare demonstrant*, ya que según Bromley "por lo menos desde el siglo XII se adoptó la máxima romana, ante la imposibilidad de probar positivamente la paternidad de un hijo nacido en matrimonio"(29).

### Derecho español

En opinión de Francisco Rivero Hernández<sup>(30)</sup>, el derecho histórico español "tiene muy pobres referencias de la presunción de paternidad, tanto en los fueros y leyes antiguos, como en los proyectores y códigos modernos".

Pero a pesar de ello en algunas de sus legislaciones como fueros municipales y el fuero real de Alfonso X hacia 1255, se establece la prohibición para la viuda, de casarse, nuevamente en el plazo de un año, de la muerte de su esposo, y también se establecen ciertas medidas en protección a los intereses hereditarios del hijo que de a luz la viuda que quedo en cinta dentro del plazo de nueve meses.

Pero la principal aportación que existe sobre la presunción de la paternidad legítima en el derecho español, la encontramos en "las partidas", que establecen en primer lugar una definición legal de hijo legítimo: *fijo legítimo*, tanto quiere decir como el

29. *Ibid.*, p.194.

30. *Ibid.*, p.195.

que es fecho según ley; e aquellos deben ser llamados legitimos, que nascen de padre, e de madre, que son casados verdaderamente, según manda la Santa Iglesia (part. IV, Tit XIII, ley 1a.)" (31), y también, de una manera clara y explicita establece la presunción de paternidad legitima que también ha servido de auxilio para otras legislaciones"... los hijos que nacen de las mujeres casadas, viviendo de consuno con sus maridos, son tenidos ciertamente por fijos de ellos " (Part. IV., Tit. II, ley 7a.) (32). Y por otra parte, se determina en la Part. IV, Tit. 23, Ley 4a. "tras señalar los plazos máximo y mínimo de gestación dice, refiriéndose al hijo que nazca dentro de esos márgenes (en el "seteno mes" despues del matrimonio, y dentro del décimo a partir de la muerte del marido): ... e se entiende que es de su marido, manguer en tal tiempo sea nacida; ... E debe ser tenida tal criatura por legitima del padre y de la madre que eran casados, y biven en uno, a la sazón que lo concibió." (33)

### 1.2.2 En relación a los plazos máximo y mínimo de gestación

#### a) Pueblos primitivos

En estos pueblos, como señala Francisco Rivero Hernández (34) "no hay referencia alguna, legal y extra judicial, sobre los plazos de gestación relacionados con la paternidad", ya que como aludí anteriormente basaban la idea de la paternidad en un poderio o

31. *Ibid.*, p. 200.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*, p. 201.

34. *Ibid.*, p. 99.

potestad del marido sobre la esposa y los hijos, sin tomar en cuenta o ignorando lazos de tipo biológico o de sangre, recurriendo en algunos casos, a efecto de explicarse la procreación a fenómenos sobrenaturales o causas diversas al acto sexual.

Es en la biblia donde al parecer, se determinan por primera vez plazos de gestación, de diez y nueve meses, pero sin aludir a ninguna cuestión jurídica, y así tenemos que el libro de la sabiduría 7,2 se alude: "fui tomando consistencia en la sangre durante diez meses del espermatozoides viril y del placer que acompaña al sueño", y en el libro de Macabeos II, 7, 27: "hijo ten compasión de mí, que por nueve meses te llevé en mi seno ..." (35).

#### b) Grecia y Roma

En Grecia, es por medio de textos extrajurídicos como se sabe que plazos de gestación se determinaron, y así Pitágoras "hablaba de dos tipos de gestación, la pequeña, de siete meses, y la grande, de diez meses, que llegaba a término el 274 día" (36); Aristoteles "admitía la prolongación de la gestación hasta el undécimo mes (Historia de los Animales, VII, 4)"(37); e Hipócrates "dice que si el niño hace su primer movimiento a los 70 días de la concepción, nace a los 210, y si es a los 90, nace a los 270 días (basta multiplicar por tres el primer plazo)"(38).

35. Mons. Dr. Juan Straubinger, *Sagrada Biblia*, A.T., pp.520 y 822

36. Francisco Rivero Hernández, *op. cit.*, p. 100.

37. *Idea.*

38. *Idea.*

En Roma existe la opinión tanto de autores jurídicos como no jurídicos, y entre estos máximo se fija en diez meses (D. XXXVIII, 16, 3, 11 Ulpiano); *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem*; y D. 28, 2, 29, pr. (Scaevola); *Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: si filius meus vivo me morietur, tunc siquis mihi ex eo nepos si ve quaeheptis postem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erant, heredes sunt*" («Aquila» Galo introdujo la posibilidad de instituir herederos a los nietos póstumos de este modo: "si mi hijo muriese viviendo yo y de él me naciera un nieto o nieta después de mi muerte y dentro de los diez meses a contar de la muerte de mi hijo, sean herederos")<sup>(39)</sup>. Y el plazo mínimo de gestación es dentro del séptimo mes, "Paulo (Sent IV, 9, 5) "Séptimo mense natus matri prodest; ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut séptimo pleno aut décimo mense partus maturior videatur". D. 1, 5, 12 (Paulo): Séptimo mense nasci perfectum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptis séptimo mense natus est, iustum filium esse". (por la autoridad del doctísimo varón, Hipócrates se admite ya que el que nace al séptimo mes es maduro; por consiguiente, hay que creer que el nacido de justas nupcias en el séptimo mes es hijo legítimo)<sup>(40)</sup>.

Juan Iglesias, al hablar del hijo *iustus*, es decir, al concebido en "*iustae nuptias*", dice que "se tiene por *iustus* al

39. A. D'Ors, *et al.*, *op. cit.*, tomo II, p. 363.

40. *Ibid.*, Tomo I, p. 60.

hijo nacido después de los 182 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 de su disolución. En ningún caso se considera iustus al nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio".(41) (D. 38, 16, 3. 11).

Opinión semejante expresa Eugene Petit, al hablar de la problemática para acreditar la paternidad en el derecho romano, y dice que "para facilitar la solución de estas cuestiones el derecho romano fijó en trecientos días la duración más larga del embarazo, y la más corta en 180 días"(42).

Finalmente, Justiniano, en la Novela 39, II, en relación con la viuda que contraiga matrimonio antes del año, "parece no reconocer legitimidad al hijo nacido en el undécimo mes de la muerte del marido. (Nondum completo anno, undécimo mense perfecto, peperit, ut non esset possibile dicere quia de defuncto fuisset partus; neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est)(43)

### c) Edad media

En primer lugar el Derecho Canónico se apegó por completo a la doctrina romana, y en su mayoría, se reconocía como plazo máximo de gestación, el de diez meses, con la posibilidad de ofrecer una prueba en contrario, que quedaría a consideración del Juez.

41. Juan Iglesias, *op. cit.*, p. 552.

42. Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, p. 100.

43. Francisco Rivero Hernández, *Op. Cit.*, p. 103.

Durante ésta época los parlamentos franceses, evolucionaron hacia posturas más liberales, que provocaron graves excesos y arbitrariedades, ya que como señala Francisco Rivero Hernández, "se considera la legitimidad al hijo nacido en el curso del sexto mes de matrimonio, y muy especialmente en los casos de nacimiento después de los once y doce y más meses tras la muerte del marido"(44).

Entre los diferentes casos se citan: "Parlamento Paris, 6 de septiembre 1655, que declaró legítimo un hijo nacido once meses después de la muerte del esposo, basándose en la honestidad de la mujer; Sent. Parl. Paris 1475 que declaró legítimo una hija nacida más de once meses después de la marcha del marido a ultramar; el mismo parlamento en 1653, el de Flandes en 1693 y el de Roven en 1774 daban soluciones análogas; el de Roven el 8 de Julio de 1695 decía que el niño nacido 15 meses después de la muerte del marido había nacido por obra de éste"(45).

#### d) Derecho Español

Fue aceptada en su generalidad por los Fueros Municipales el plazo de nueve meses, como término dentro del cual debe de nacer el hijo, a fin de poder gozar de los bienes de la masa hereditaria.

En las Leyes de Partidas se establece como plazo máximo de gestación el de diez meses, y como plazo mínimo el de seis meses cumplidos, siguiendo los postulados del derecho romano:

44. Ibid., p. 104.

45. Ibid.

Part. IV. tit. XXIII. Ley 4a. "Ipcras fue un filósofo en arte de la física, e dixo que lo más que la mujer preñada puede traer la criatura en el vientre, son diez meses"... "Más si la nacencia tañe un día del onzeno después de la muerte del padre no debe ser contado por su hijo".

"Otro si dixo este filósofo -Hipócrates- que la criatura que nasciere hasta los siete meses, que solo que tenga su nacimiento un día del seteno mes, que es cumplido, e bividera. E debe ser tenuta tal criatura por legitima, del padre, e de la madre, que eran casados, e biven en uno, a la sazón que lo concibió"<sup>(46)</sup>.

#### e) Código civil francés

Los trabajos preparativos del Código Civil Francés o "Code Napoleon", y el código en sí, tienen gran importancia y trascendencia para las otras legislaciones de otros Estados, ya que éste ha servido de modelo en lo que respecta a esta materia.

De los trabajos preparatorios, tenemos principalmente el estudio realizado por el consejero y médico Fourcroy, a petición del Consejo de Estado Francés, a fin de eliminar los excesos de arbitrariedades provocados por la jurisprudencia de los parlamentos por falta de límites legales en la duración del plazo de gestación. Y "como resumen de su trabajo, Fourcroy presentó en 14 brumaire año X su Memoria, y propuso como límite, mínimo y

46. *Ibid.*, p. 106.

máximo, de la gestación los de 186 y 286 días, respectivamente" (47).

De acuerdo con los datos rendidos por dicho informe, el primer proyecto de código, en su título "De la paternité et de la filiation", artículo 2 y 3, presentado por Boulay, quedaron redactados de la siguiente manera: "Art. 2. el hijo nacido antes del 186 día del matrimonio no se presume ya hijo del matrimonio"; "Art. 3. lo mismo ocurre respecto del hijo nacido 286 días después de la disolución del matrimonio" (48). Pero posteriormente, a propuesta de Napoleon, estos plazos fueron modificados por considerarlas estrechos y rigurosos, y solicitó que el término de 186 días fuera reducido a 180, y después a 150 días" (49).

Finalmente, tras la aprobación definitiva del Consejo de Estado y del Tribunado, se modificaron los plazos propuestos por Fourcroy, para quedar en 180 días el plazo mínimo de gestación, y en 300 días el plazo máximo de gestación; "plazos que coincidían, por otra parte, más que los de Fourcroy, con los de la más antigua y mejor acreditada doctrina jurídica". En los plazos, que como es de observarse, se han determinado en razón de a las consideraciones y fundamentos propuestos por el derecho clásico romano.

Tras la influencia y aportación del Código Civil Francés,

47. Ibid., p. 106.

48. Idea.

49. Idea.

Francisco Rivero Hernández<sup>(50)</sup>, clasifica en tres, a las legislaciones del mundo, tomando como regla general para el derecho comparado los plazos de 180 y 300 días fijados por los legisladores franceses. su clasificación es la siguiente:

1. "Legislaciones que siguen el patrón francés y establecen los plazos de 180 y 300 días como mínimo y máximo"entre los cuales se encuentran los países latinos como México.
2. "Legislaciones que no aceptan los plazos de 180 y 300 días, o al menos, así anunciados", determinando plazos enunciándolos en meses, o modificando uno solo de los plazos del Código Francés, o fijando otros distintos.
3. "Legislaciones en que no existen plazos de gestación". Países en los cuales no existe la presunción de paternidad legítima, y otros que admiten todo tipo de pruebas para determinar la duración de la gestación.

### 1.2.3 En relación a las consecuencias para los hijos

A través de la historia de la humanidad se observa que los hijos nacidos en matrimonio (*iustae nuptiae*) han gozado de los derechos que en cada época se les otorgaba a los hijos legítimos, como son,

50. Ibid., p. 110-113.

el pertenecer a una familia o grupo familiar, a ser reconocido socialmente como hijo del marido de la mujer que le dió a luz, a gozar de la herencia que dejó su padre al morir, a continuar con el culto religioso a sus dioses manes, entre otros: a diferencia de los hijos llamados ilegítimos, *spuri* o *vulgo concepti*, o naturales, los cuales eran tratados en condiciones de desigualdad, como señala Federico Puig y Peña<sup>(51)</sup>, que en la época antigua "Se trataba a los hijos naturales con un rigor excesivo, se les sometía a esclavitud, se les privaba de toda clase de derecho, y había pueblos entre los cuales se llegaba a un extremo de crueldad inusitada, pues se les sacrificaba apenas nacidos y muchas veces junto con sus madres. En Grecia se les prohibía heredar y tomar parte en los sacrificios, y en las leyes del pueblo judío les negaban todo derecho de ciudadanía. La influencia de la doctrina cristiana cambia por completo el cuadro de las condiciones jurídicas de los hijos ilegítimos pues si bien se inspira en principio en favor del matrimonio y, por ende, los hijos de bendición gozan de todas las facultades jurídicas frente a los extramatrimoniales, sin embargo se suaviza extraordinariamente la situación de éstos, en contra de lo preceptuado en el Derecho anterior". Así mismo eran diferenciados por las clasificaciones que se les daba, en razón a la situación de sus padres y así se dividían en: adulterinos, incestuosos, sacrilegos, etc.

De lo anterior manifestado, se desprende, que durante muchos años eran los hijos los que sufrían las consecuencias de los actos

51. Federico Puig y Peña, Tratado de Derecho Civil, p. 18

de sus padres, ya que como es bien sabido, y aceptado por todos los autores modernos, los hijos no tienen ninguna culpa o intervención en haber sido traídos a este mundo, sino por el contrario, son sus padres los causantes de su existencia, y por tal motivo, son ellos los que deben velar por su persona en términos generales.

Afortunadamente en la actualidad, las legislaciones han modificado sus disposiciones, y en primer lugar pretenden eliminar todo tipo de desigualdad que exista entre hijos legítimos e ilegítimos o naturales como lo es, cambiar la denominación comunmente utilizada para referirse a los hijos nacidos en matrimonio, e hijos nacidos fuera de matrimonio, como es el caso de México.

Así mismo tenemos que ciertas legislaciones de latinoamérica han tratado de eliminar las diferencias que existen entre hijos legítimos e ilegítimos, y entre ellas tenemos que la primera consecuencia negativa que reciben los hijos nacidos fuera de matrimonio es la forma de denominarlos, a parte de la limitación o supresión a ciertos derechos<sup>(52)</sup>. También en algunas declaraciones internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la ONU en 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ONU en 1966, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

52. Manuel P. Chávez Ascencio, La Familia en el Derecho, pp.114-116

aprobado por la ONU en 1966, han propuesto la igualdad entre todos los niños, independientemente de su condición racial, color, sexo, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra<sup>(53)</sup>.

#### 1.2.4 En relación a la impugnación de la paternidad y medios de prueba para acreditarla.

##### a) Impugnación.

De los antecedentes citados anteriormente se observa que en la época antigua no se hace referencia al ejercicio de algún derecho o procedimiento para negar la paternidad del hijo, simplemente se negaba su entrada al núcleo familiar por parte del padre o del pater familias, sin tener un significado realmente de impugnación de la paternidad.

Es hasta épocas del Derecho Romano donde se inicia más en forma los procedimientos de impugnación de la paternidad. Primero bastaba la simple *expositio* del marido para resolver las dudas sobre su paternidad, pero fue evolucionando la figura, para no dejar solamente en manos del marido el decidir dicha impugnación, y por tal motivo tenía que recurrir al magistrado mediante la acción de *praeiudicium an filius sit* para acreditar o desacreditar la paternidad del nacido de la esposa.

53. *Ibid.*, p. 116-118.

Eran presupuestos de la legitimidad en el Derecho Romano: 1.- la falta de *iustae nuptiae* en el momento de la concepción y 2.- la no concepción por obra del marido (D. 1, 6, 6, D. 1, 5, 12). Y sus posibilidades de impugnación eran muy amplias, ya que establecían de manera casuística las posibilidades de impugnación " *numerus apertus*", la aceptación de un régimen de prueba libre (epoca clásica principalmente), y la libre apreciación por parte del juez.

Como causas de impugnación, basta hacer mención del texto de Ulpiano en el digesto (D. 1, 6, Alp., Libro IX ad Sabinum), haciendo referencia a la ausencia, a la enfermedad que impedía la cohabitación y a cualquier otra causa, y que a la letra dice: "Definimos como hijo al que nace del marido y de su mujer. Pero en el supuesto de que el marido hubiera estado ausente, por ejemplo diez años, y al volver hubiera encontrado en su casa un niño de un año, estimamos procedente el parecer de Juliano de que éste no - deber ser reputado como- hijo del marido. Dice Juliano que no ha de consentirse, en cambio, que aquel que vivió asiduamente con su mujer no quiera reconocer al hijo como si no fuera suyo. Pero me parece, y también lo aprueba Escévola, que si se prueba que el marido no pudo yacer durante algún tiempo con su mujer, por haber intervenido enfermedad o por otra causa, o si el cabeza de familia tenía una enfermedad que le impedía engendrar, éste que nació en su casa, aunque así conste entre los vecinos, no es su hijo"(54):

1. Ausencia (D. 1, 6, 6), (D. 25, 3, 1, 14)

2. Enfermedad (D. 1, 6, 6).

3. Otras causas (D. 1, 6, 6), (D. 4, 8, 5, 12, (II), 9).

A partir de la valiosa aportación del derecho romano en esta materia otros derechos han seguido sus lineamientos, aceptando la posibilidad de acreditar o desacreditar la paternidad bajo un criterio de prueba libre, y libre apreciación del juez de la impugnación, como en el "common law" que además de éstos elementos, habla de la llamada imposibilidad moral y de modernas pruebas biológicas como aspectos para auxiliarse en la impugnación de paternidad. Pero por el contrario, existen otros derechos que no han considerado las aportaciones del derecho romano y se han limitado a los procedimientos para impugnar paternidad.

#### B. Medios de prueba para acreditar la paternidad

Al igual que con la impugnación de la paternidad, no es hasta con el derecho romano, y principalmente durante su época clásica cuando se habló con precisión de los medios de prueba para acreditar la paternidad, y se observa que el medio probatorio más aceptado en el derecho romano y aún en la actualidad fue la "presunción", como se desprende de la opinión de Rene Foignet al hablar de los efectos entre el padre y los hijos, al referirse a la prueba de paternidad, "la paternidad escapaba a toda demostración directa. Se suplía su prueba por una doble presunción que conserva nuestro código civil. 1o. El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido, *pater is est nuxm justae nuntiae* demostran. 2o. La duración de la preñez más larga es de 300 días, la de la preñez más corta es de 180 días, esto permitía

al hijo comprobar, que había sido concebido durante el matrimonio"(55).

Por otra parte Eugene Petit señala que "la filiación legítima en relación a la madre es un hecho fácil de establecer. Respecto del padre, la paternidad era incierta, y se recurría a lo siguiente: presumiendo que el marido de la madre sea el padre. Esta presunción no es impuesta de manera absoluta, y cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si, por ausencia o enfermedad del marido ha sido imposible toda cohabitación con la mujer durante el periodo de la concepción"(56).

Para el caso de probar la paternidad o en su caso el impugnarla también se hizo uso de los casos de impugnación establecidos por Ulpiano (D. 1, 6, 6), y mencionados por Petit la ausencia, la enfermedad del marido u otras causas. "La prueba de la enfermedad y de su efecto impeditivo se podría hacer en el Derecho Romano, entre otras, como prueba pericial médica, que fue conocida y al parecer ampliamente usada en Roma"(57).

55. René Voignet, Manual Elemental de Derecho Romano, p. 55.

56. Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, p.108.

57. Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., p. 399.

## **CAPITULO II**

### **DE LA PATERNIDAD Y FILIACION.**

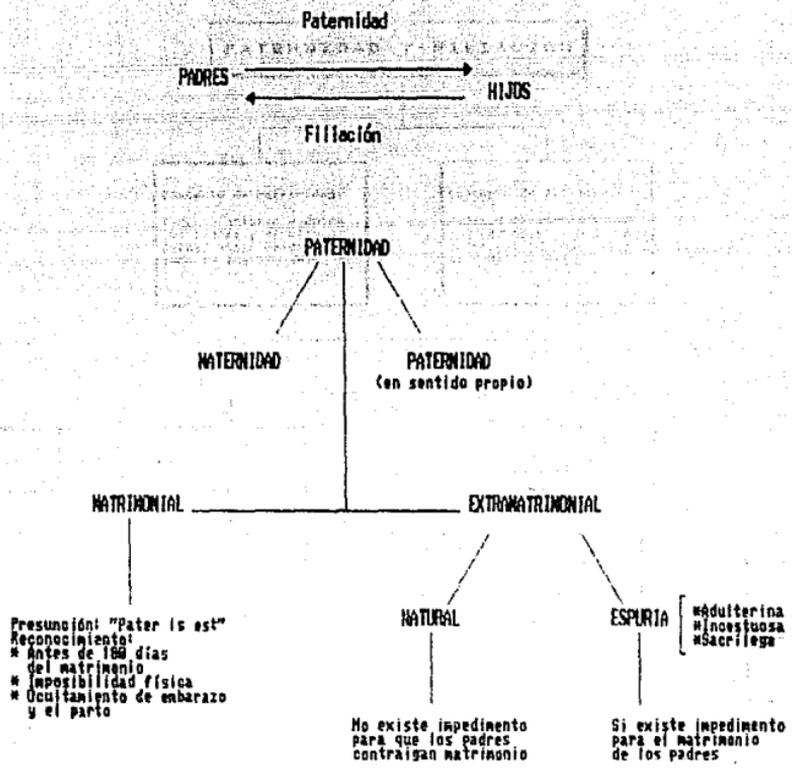
### De la paternidad y filiación

De manera esquemática es este capítulo segundo se estudian las normas y preceptos que en relación a la paternidad y filiación existen vigentes en el Código Civil para el Distrito Federal, y para tal efecto transcribimos dos cuadros sinópticos de Edgar Baqueiro R. y Rosalía Buenrostro B.<sup>(58)</sup>, los cuales simplifican su entendimiento. Para los autores, hay quienes hacen uso del término "filiación" como concepto generico de paternidad, maternidad y filiación propiamente dicha, y entre ellos encontramos por ejemplo a M. Planiol, quien señala que "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"<sup>(59)</sup>. Así mismo, Sara Montero Duhalt, manifiesta que el "concepto amplio de filiación toma los nombres específicos de paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, en razón de la persona a quien se refiera en un determinado momento esta relación"<sup>(60)</sup>.

Para otros autores, les es indistinto hacer uso del término filiación o paternidad para referirse al concepto genérico de la relación de los padres con sus hijos o de los hijos con sus padres, pero señalan que la diferencia radica en el lado en que sea enfocada la relación, es decir, se habla de paternidad cuando es vista desde el lado de los progenitores (padre o madre), y será filiación cuando sea vista del lado del hijo, entre estos autores

58. Edgar Baqueiro R., *et. al.*, *op. cit.*, pp. 177-178.  
 59. M. Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, p. 111.  
 60. Sara Montero Duhalt, *Derecho de familia*, p. 266.

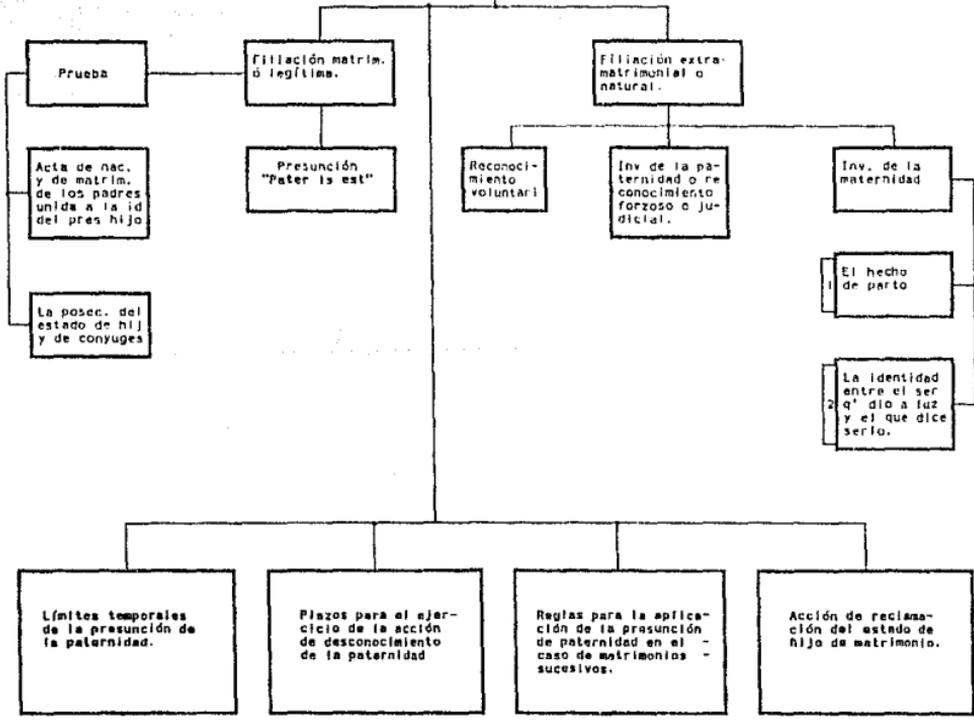
# PATERNIDAD Y FILIACION



**PATERNIDAD Y FILIACION**

**Concepto de paternidad:**  
Vínculo existente entre los padres y el hijo de éstos, visto desde el lado de los progenitores.

**Concepto de filiación:**  
Vínculo existente entre los padres y el hijo de ambos, visto desde el lado de los hijos.



encontramos a Edgard Baqueiro Rojas y a Rosalia Buenrostro Báez, como se desprende de su cuadro sinóptico que antecede.

El Código Civil para el Distrito Federal, según nuestro parecer, y es el que adoptamos, hace referencia tanto a la paternidad como a la filiación para referirse a la relación jurídica y consanguínea que en línea recta existe entre los padres y sus hijos, o entre los hijos y sus padres, analizándola según sea la persona a que se refiera. Dentro de nuestra investigación, como ya lo he mencionado, haré uso del término genético de "paternidad".

Una vez determinado los términos a que nos referiremos estudiaremos a la paternidad o filiación desde los siguientes puntos de vista:

- A.- Hijos nacidos en matrimonio.
- B.- Hijos nacidos fuera del matrimonio.

## 2.1 Hijos nacidos en matrimonio

### 2.1.1 Características y supuestos

La paternidad en relación con los hijos nacidos en matrimonio, es conocida como la filiación matrimonial o legítima, dando a entender que como primer característica o supuesto para que se de tal, es que exista un matrimonio entre los progenitores, y como segundo supuesto que el nacimiento del hijo ocurra dentro del matrimonio o dentro de los plazos que habla la Ley.

Bajo tal situación se presentarán pocos problemas de desconocimiento de hijo, por la razón de estar legalmente unidos los progenitores, pero a pesar de ello podrá promoverse la acción de desconocimiento de hijo o impugnación de la paternidad en casos excepcionales como se verá más adelante.

La base de los dos supuestos mencionados se encuentra en la regla romana de "pater is est quem nuptiae demonstrant", que como dice Francisco Rivero Hernández, "ha sido considerada a la fecha como la máxima celebre de mayor importancia en la presunción de la paternidad legítima, y la cual nos da a entender "que el que nace de (iustae) nuptiae (intra legitimum tempus) es (iustus) filius del marido de la madre"(61).

A efecto de fortalecer la regla romana antes citada, nuestro Código Civil establece en su artículo 324 quienes se presumen hijos de los cónyuges:

- I.- "Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad, del contrato de muerte del marido o de divorcio. Este término se

61. Francisco Rivero Hernández, op. cit., p. 181.

contará, en los casos de divorcio o nulidad desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

Términos que fija el Código Civil para el Distrito Federal tomando como base el Código Civil Napoleónico, como quedo explicado en el primer capítulo del presente trabajo. La utilidad de determinar un plazo fijo, es proporcionar seguridad jurídica y estabilidad en la familia, pero considero que podrá obtenerse mayor seguridad jurídica en relación a la paternidad o filiación, en tanto se facilite cada vez más la aplicación de conocimientos genéticos en su acreditación.

En su mayoría, los autores aceptan como solución la presunción *iuris tantum* que establece el artículo 324, y por eso Ignacio Galindo Garfias dice que "en virtud de esta presunción, el hijo de matrimonio no tiene que probar quién es su padre, porque el Código Civil presume que el embarazo de la madre es obra del marido, con quien ella cohabita en la época de la concepción" (62).

Sara Montero Duhalt señala que los cónyuges tienen deberes y derechos recíprocos, como lo es el débito carnal y la fidelidad, por lo que "en base a ello, la ley otorga crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo. Padre es el que demuestra la justas nupcias, decían los romanos: *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. El marido de la mujer es el padre de los hijos que la misma dé a luz durante el matrimonio" (63).

62. Ignacio Galindo Garfias, *op. cit.*, p. 622.

63. Sara Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 268.

### 2.1.2 Pruebas de la paternidad legítima

Esta quedará probada por los documentos públicos denominados actas de matrimonio y de nacimiento, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 39 del Código Civil que dice:

"El estado civil se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil: ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobar, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley".

Otra manera de acreditar la paternidad o filiación legítima será por medio de la posesión constante de estado de hijo, y a falta de ésta posesión, serán admisibles todo tipo de prueba autorizada por la ley con la salvedad impuesta por el artículo 341 del Código Civil que dice:

"...Pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión". Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existiese duplicado de éste, deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase".

La parte final del artículo 341 nos indica que solamente, serán admisibles otro tipo de pruebas cuando falten propiamente

las actas del Registro Civil, es decir, tanto la de matrimonio como la de nacimiento.

Se deberán cubrir ciertos requisitos para que se de la posesión de estado, los cuales los establece el artículo 343 del Código Civil, y que en términos generales son cuatro:

- 1.- El nombre.
- 2.- El trato.
- 3.- La fama.
- 4.- La diferencia de edad.

#### 2.1.3 Límites a la presunción de paternidad

La principal limitante para desechar la presunción establecida en el artículo 324 del Código Civil es el hecho de que físicamente le fué imposible al marido tener acceso carnal con su esposa, como lo establecen los artículos 325 y 326 del mismo ordenamiento, y no una confesión de parte de la esposa que admite que no son hijos de su esposo:

Art. 325.- "Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".

Art. 326.- "El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando ~~adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son~~

hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".

Las limitaciones determinadas en los dos artículos citados realmente dificultan al cónyuge para acreditar que el hijo de su esposa no es su hijo, sumando además que los plazos para ejercitar acción por desconocimiento de hijo o impugnar la paternidad son muy reducidos, como lo veremos más adelante.

Otras limitantes que existen para el caso que el hijo nazca dentro del término de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio las establece el artículo 328 para los siguientes casos:

- I.- "Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;
- II.- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;
- III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;
- IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir".

Estos supuestos limitan la fracción I del artículo 324 del Código Civil, protegiendo al hijo nacido en matrimonio y concebido antes del mismo, ya que de la interpretación de dicha fracción, los hijos que nazcan "antes" de ciento ochenta días contados desde

la celebración del matrimonio no se presumirán como hijos de los cónyuges.

#### 2.1.4 Conflictos para el caso de contraer nuevas nupcias.

Existe para el caso de segundas nupcias o matrimonios sucesivos reglas de presunción para dar solución a los conflictos que se presenten, ya que los plazos de la presunción "pater is est quem nuptiae demonstrant" (art. 324 del Código Civil) principalmente se superponen, y es el artículo 334 del Código Civil quien fija dichas reglas:

"Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo contrajere nuevas nupcias dentro del periodo prohibido por el artículo 158, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes:

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

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

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

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

La base principal de las soluciones propuestas por el artículo citado, es la presunción, pero hacemos la aclaración que la presunción no resuelve en definitiva el conflicto, ya que por razones de seguridad jurídica nos señalan una verdad legal, pero queda la duda de la verdad real, sobre si realmente el esposo a quien se le atribuye la paternidad del hijo, es realmente su progenitor biológico. Conflicto al que se pretende dar solución aplicando los conocimientos de la genética, como lo señalaremos más adelante.

#### 2.1.5 Acciones relativas a la paternidad legítima

Según lo dispone la Ley, y como lo señala Sara Montero, las acciones que existen en este aspecto son dos, en razón de los sujetos que forman el vínculo consanguíneo: el padre y el hijo, y al efecto manifiesta: "el padre tiene derecho, en muy limitadas circunstancias, a desconocer su paternidad. El hijo a su vez, cuando no tiene a su favor la certeza de las actas que comprueben su estado, tiene derecho a reclamar su calidad de hijo de

matrimonio. Además del padre y el hijo, la ley otorga estas acciones a terceros interesados en las consecuencias derivadas de la filiación. La acción a favor del progenitor se llama de desconocimiento o contradicción de la paternidad, la del hijo toma el nombre de acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio" (64).

Estas acciones son admitidas, porque como señalamos, la presunción que establece el artículo 324 del Código Civil, es una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, pero para determinadas circunstancias y dentro de plazos muy limitados.

Los sujetos que tienen derechos de ejercitar acción de desconocimiento de paternidad son:

- a).- El marido (artículo 325, 326 y 327),
- b).- El tutor del marido incapacitado (artículo 331),
- c).- Los herederos del marido (artículo 323 y 333) y
- d).- La persona a quien perjudique la paternidad, tras la muerte del marido (artículo 329).

a).- El marido, como principal sujeto para ejercitar la acción de desconocimiento de paternidad, lo podrá hacer en los siguientes casos:

- 1.- Si el hijo nació antes de transcurridos 180 días contados a partir del día de la celebración del matrimonio.

64. Sara Montero Dubalt, op. cit., p. 269.

- 2.- Si el hijo nace después de transcurridos 300 días contados a partir de la autorización judicial de separación para el caso de divorcio o nulidad de matrimonio, y
- 3.- Si nace el hijo durante la vigencia del matrimonio.

En el primer caso, el marido se apoya en la presunción de paternidad establecida por la fracción I del artículo 324 del Código Civil haciendo una interpretación al contrario sensu, ya que se tiene la plena certeza de que no tuvo relaciones prematrimoniales con su actual esposa, y que además ignoraba que estuviera embarazada al momento de casarse, por lo que el marido tendrá derecho a ejercitar acción de desconocimiento de hijo o contradicción de la paternidad, para lo cual no deberán concurrir las circunstancias mencionadas en el artículo 328 del mismo Código Civil, las cuales las comentamos en el punto 2.1.3 de limitantes a la presunción de paternidad.

En el segundo caso, también el marido se apoya en la interpretación que al contrario sensu se hace de la fracción II del artículo 324, y de lo dispuesto por el artículo 327, que dice:

"El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad..."

Esto en base a que los esposos, por medio de una orden judicial, quedaron de hecho separados o murió el esposo, y por lo

tanto se entiende que las partes no han tenido relaciones sexuales entre ellos. Pero a pesar de esto, la parte final del artículo 327, deja abierta la posibilidad a la mujer, al hijo o al tutor de éste a "sostener en tales casos que el marido es el padre".

Finalmente, en el tercer caso, se refiere a que el marido podrá ejercitar acción de contradicción de paternidad, aún cuando el hijo de su esposa nazca durante el tiempo que están legalmente casados o en los plazos de presunción de paternidad que señala el citado artículo 324 del Código Civil. Este es el caso clave que se pretende analizar en el presente trabajo de investigación, ya que son muy pocas las posibilidades, tanto legales como reales, para que el marido pueda acreditar fehacientemente en un proceso judicial los elementos de su acción, ya que las primeras trabas con la que se encuentra las establecen los artículos 325, 326 y 330 del Código Civil, que se comentara en el punto 2.1.3 de este capítulo, pero que a la letra dicen:

Artículo 325.- "Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".

Artículo 326.- "El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los

diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".

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

Como se observa de lo dispuesto por los artículos 325 y 326, existe una posible contradicción, ya que establecen situaciones semejantes; por una parte el artículo 325 señala que habrá que acreditar el que fue físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer EN LOS PRIMEROS 120 DIAS DE LOS 300 QUE HAN PRECEDIDO AL NACIMIENTO, y por otro lado el artículo 326 dice que el marido demuestre que DURANTE LOS 10 MESES QUE PRECEDIERON AL NACIMIENTO no tuvo acceso carnal con su esposa, y ante tal problemática, Sara Montero Duhalt se establece la siguiente pregunta: "¿Cuál de las dos pruebas admitirán los jueces cuando tengan que resolver sobre el desconocimiento de la paternidad basados en esos supuestos?"(65).

Grave confusión puede resultar de la interpretación de los dos artículos mencionados, pero la interpretación que a mi parecer

65. Sara Montero Duhalt, *op. cit.* p. 273.

es correcta, es la que hace Ignacio Galindo Garfias, ya que los encuadra en supuestos distintos:

En el primero, que señala que el marido debe acreditar que durante los 120 días de los 300 que precedieron al parto le fue imposible físicamente tener acceso carnal con su mujer (art. 325), y dice Galindo Garfias, que "sólo en dos casos el marido podrá rendir esta prueba, a saber: cuando se trata de impotencia para la cópula debida a mutilación o deformación de los organos sexuales y también cuando se encuentre alejado físicamente de su mujer, excepto que haya prueba de que los conyuges se reunieron alguna vez, dentro del periodo de ciento veinte días a que se refiere el precepto legal que se comenta"(66).

En el segundo supuesto, es en el caso de que efectivamente haya habido adulterio por parte de la esposa, y no que solamente lo alegue a su favor el marido, acreditando además:

- a).- Que el nacimiento se le ocultó, o
- b).- Que durante los 10 meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

Situación de difícil acreditamiento, insistiendo en que con el auxilio de los conocimientos genéticos de la llamada "huella digital del ADN" al derecho, se facilitarán y resolverán varios problemas de ésta índole. Porque como se desprende de lo señalado

POR Galindo Garfias, al igual que otros autores, no pretenden resolver de fondo el asunto:

"...Si ha habido cohabitación entre los consortes, la paternidad biológica en este caso (artículo 326), interesa menos al derecho que la paternidad legalmente atribuida al marido; a fin de que el hijo de la esposa, no sufra en su persona el daño moral y social, posiblemente irreparable, que derivaría del desconocimiento de la paternidad del marido"(67).

Para fortalecer, nuestra idea de que el artículo 326 habla de un supuesto distinto del señalado en el artículo 325, transcribidos el primero resaltando las palabras que así lo dan a entender:

Artículo 326.- "El marido no podrá desconocer a los hijos ALEGANDO ADULTERIO, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, A NO SER que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".

Hacemos la aclaración que este tipo de acciones sólo las podrá ejercitar el marido dentro del plazo de que habla el

67. Ignacio Galindo Garfias, *op. cit.*, p. 625

artículo 330, de sesenta días según el momento en que el marido se entere, se presente, o a la fecha del nacimiento si esta ausente. Plazo muy reducido, y que fácilmente, por la ignorancia legal del esposo, podrá prescribir en su perjuicio dicho plazo para contradecir la paternidad o desconocer al hijo de su esposa.

b).- El tutor será otro sujeto que también podrá ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad del marido, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 331 del Código Civil:

"Si el marido está bajo tutela por causa de demencia, imbecilidad u otro motivo que lo prive de inteligencia, este derecho puede ser ejecutado por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela, pero siempre en el plazo antes designado, que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento".

Pero hay un hecho curioso que hace notar Sara Montero Duhalt, al señalar que "si uno de los conyuges requiere tutor por ser incapacitado, la tutela legitima recaerá en el otro conyuge"<sup>(68)</sup>, basándose en lo dispuesto por el siguiente artículo del Código Civil: Artículo 486.- "El marido es tutor legitimo forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido".

68. Sara Montero Duhalt, op. cit., p. 273.

Por tal motivo, sería, la esposa, como su representante legal quien deba promover la acción de desconocimiento de su propio hijo, lo cual resulta ilógico. Quedando la posibilidad de que el marido lo haga por su propia cuenta, una vez que recobre su capacidad.

c).- En el caso de los herederos del marido, éstos podrán contradecir la paternidad del hijo de su mujer, cuando el marido haya muerto sin recobrar la razón, como lo dispone el artículo 332 del Código Civil.

Así mismo, señala el artículo 333 del mismo ordenamiento, que cuando el esposo no haya comenzado la demanda de desconocimiento de paternidad, sus herederos no podrán hacerlo para el caso del hijo nacido dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio

Se agrega finalmente en dicho artículo:

"...En los demás casos, si el esposo ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán para proponer la demanda, sesenta días contados desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia".

En el artículo 335, se hace la precisión de que toda demanda de desconocimiento de un hijo, intentada por el marido o sus herederos, deberá HACERSE POR DEMANDA EN FORMA Y ANTE EL JUEZ COMPETENTE, y todo lo practicado de manera distinta será nulo.

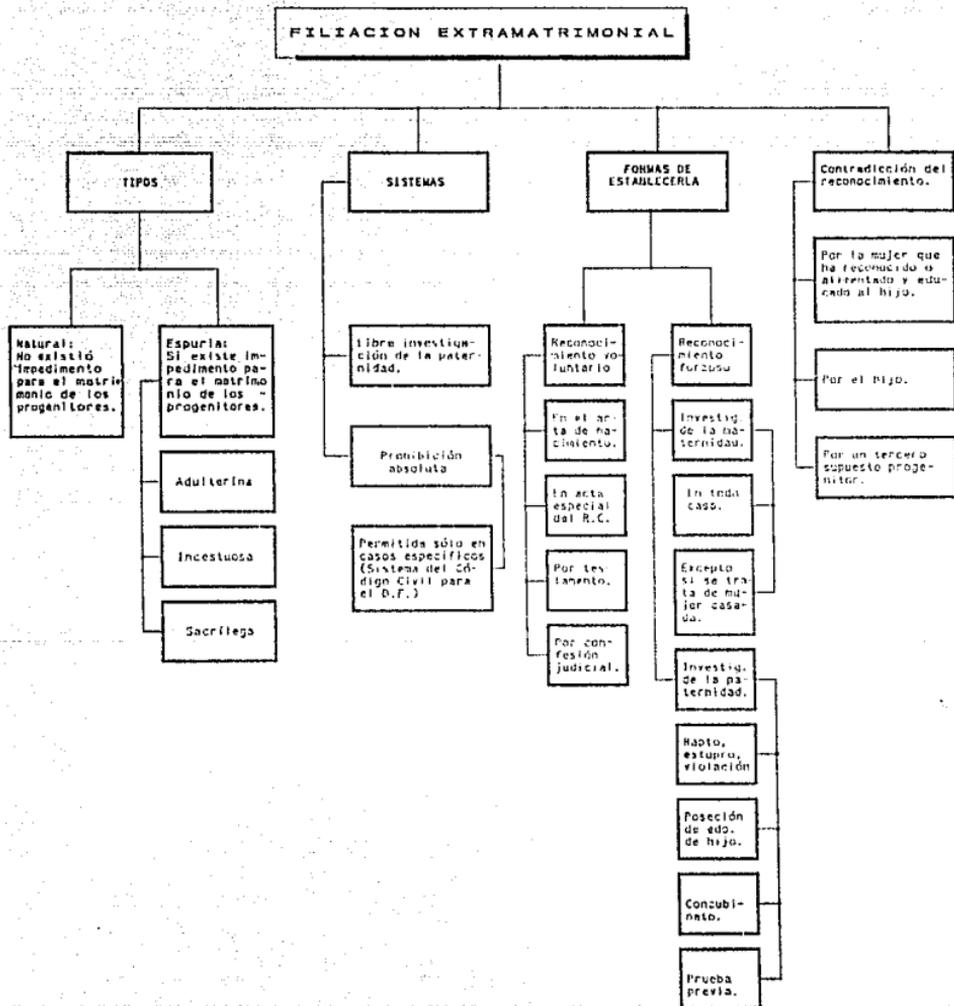
d).- También podrán ser sujetos para el caso de contradecir las cuestiones relativas a la paternidad, la persona o personas a quien perjudique la filiación, pero solamente en el supuesto del hijo que nace "después" de los 300 días de la disolución del matrimonio, y lo cual lo podrá hacer en cualquier tiempo, según se desprende de lo dispuesto por el artículo 329 del Código Civil.

Esta situación, a mi parecer, dista mucho con lo dispuesto por el artículo 330 del Código Civil, ya que éste artículo habla de un plazo de 60 días para hacer valer la acción de desconocimiento por parte del padre, y en el artículo 329, señala que durante cualquier tiempo la persona o personas a quienes perjudique la filiación podrán hacer valer acción para que se desconozca la paternidad del marido. Situación que perjudica al hijo, ya que no se da seguridad jurídica a su estado de hijo, debiendo de señalarse un plazo prudente para que se ejercite dicha acción; plazo que podría ser el de un año a partir de que se entere la persona o personas a quien perjudique la filiación o paternidad.

En el cuadro sinóptico que prosigue, Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez<sup>(69)</sup> señalan de manera muy ilustrativa un análisis de la paternidad extra matrimonial o fuera de matrimonio, haciendo la aclaración que en el presente capítulo nos referimos a la paternidad en su sentido estricto, es decir, analizando exclusivamente la situación del padre, y no de la madre

69. Edgard Baqueiro Rojas, *et. al.*, op. cit., 192

# FILIACION EXTRAMATRIMONIAL



propriadmente dicha, ya que la situación del estudio e investigación de la maternidad es de menor problema, como lo señala Rafael Rojina Villegas "La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. En cambio, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino sólo presumirse. Además, para poder determinar quien es el padre, es necesario conocer quien es la madre" (70), y básicamente por que no forma parte de la presente investigación.

## 2.2 Hijos nacidos fuera de matrimonio

### 2.2.1 Concepto y supuestos

Para Sara Montero Duhalt, la filiación extramatrimonial "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" (71) agregando que como aspecto principal la relación jurídica o vínculo surge cuando los padres no se encontraban casados legalmente. Los supuestos que pueden presentarse para el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio son los siguientes:

- 1.- Para los hijos no reconocidos.
- 2.- Para la paternidad aceptada de hecho.
- 3.- Paternidad por reconocimiento voluntario o sentencia.

- 1.- En este supuesto se encuentran los hijos que estan

70. Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil, p. 432.

71. Sara Montero Duhalt, op. cit., p. 302.

totalmente desprotegidos por la Ley, al no poder hacer efectivo el cumplimiento de sus derechos alimenticios en contra de alguna persona, ya que no cuentan con ningún indicio o elemento de prueba de quien pueda ser su madre, y mucho menos su padre. En este caso, Manuel F. Chavez Asencio manifiesta que "La relación jurídica paterno-filial nunca podrá establecerse" (72).

2.- En el segundo supuesto existe a favor del padre o del hijo, algunos elementos directos o indirectos que le servirán de prueba para poder promover, ya sea el reconocimiento del hijo, o que se investigue la paternidad del hijo.

3.- Este último supuesto hace referencia a lo establecido por el artículo 360 del Código Civil, ya que determina las dos maneras de que habla la ley para que un hijo nacido fuera de matrimonio pueda acreditar que es hijo de determinado hombre, y dicho Artículo dice:

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

#### 2.2.2 Reconocimiento voluntario

Es indispensable el reconocimiento para que existan efectos

72. Manuel F. Chavez Asencio, *op. cit.*, p. 123.

juridicos entre el padre y el hijo, ya que como lo señala el Articulo 60 del Código Civil, si éste no lo hace por sí o por apoderado, su nombre no podrá aparecer en el acta de matrimonio, situación distinta para el caso de la madre, en la que necesariamente debe aparecer su nombre, no pudiendo dejar de reconocerlo.

El reconocimiento voluntario podrá ser efectuado conjunta o separadamente por los padres, y sujetándose a lo ordenado por el derecho, que señala que deberá hacerse por alguna de las formas siguientes:

- a) En el acta de nacimiento, ante el Oficial del Registro Civil.
- b) Por acta especial ante dicho oficial.
- c) Por escritura pública.
- d) Por testamento.
- e) Por confesión judicial directa o expresa.

Deberán cubrirse ciertos requisitos para llevar a cabo el reconocimiento voluntario del hijo, el primero es la edad de quien reconoce que deberá ser la edad mínima para contraer matrimonio más la edad del hijo que se va a reconocer, contada desde su concepción, como lo señalan los Artículos 148 y 361 del Código Civil, es decir que cuando menos el padre deberá tener 17 años, más la edad de su hijo.

El segundo requisito es el consentimiento de las partes. En relación al padre, cuando éste es menor, necesita del consentimiento del o de los:

- a) Que ejerzan la patria potestad.
- b) Del tutor
- c) Por la autoridad judicial a falta de los dos anteriores.

Para el caso de que el hijo sea mayor de edad, también será necesario el consentimiento del mismo, como lo señala el artículo 375 del Código Civil.

Por último, se requiere del consentimiento de la madre, o de la mujer, que sin ser su madre, cuida o ha cuidado de la lactancia del niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, que lo ha presentado públicamente como su hijo, y ha proveído educación y subsistencia. El artículo 378 del Código Civil no hace referencia expresa de la necesidad de otorgar el consentimiento por parte de la mujer que ha hecho las veces de la madre, pero así lo interpreta Sara Montero Duhalt<sup>(73)</sup>, pero no señala la forma de otorgar dicho consentimiento.

Por lo que respecta al consentimiento de la madre, el artículo 379 del Código Civil señala:

"Cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquel sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente".

Pero este reconocimiento, origina conflictos de interpretación con lo dispuesto por otros Artículos:

73. Sara Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 305

I.- Que pasaría en el supuesto de que la madre no contradiga el reconocimiento, ¿surtirá éste sus efectos legales?; tampoco el Código Civil señala el plazo de caducidad para que la madre contradiga el reconocimiento, o será que deberá considerarse el plazo en que el hijo sea menor de edad, ya que siendo mayor de edad, él mismo podrá contradecir el reconocimiento hecho a su favor.

II.- Podrá contradecir la madre el reconocimiento que hace un hombre respecto de su hijo en un testamento, en el cual le otorga una pensión alimenticia suficiente, y privar al hijo del beneficio otorgado en el testamento. El artículo 367 señala que "el reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento", y lo que implica contradicción en la idea del artículo 379, a pesar de que habla de facultades distintas, una a favor de la madre y otra de quien hace el reconocimiento, es decir, la ley por un lado protege que el hijo que ha sido reconocido legalmente no pierda tal reconocimiento, y por otro lado permite la posibilidad de dejar sin efecto un reconocimiento.

III.- Otro supuesto contradictorio es en relación a que la madre tiene derecho a contradecir el reconocimiento hecho a favor de su hijo por un determinado hombre, pero también existe el derecho del hijo a ser reconocido como tal, a efecto de poder exigir el cumplimiento de otros derechos, ¿Cuál de los dos debe prevalecer?, considero que la interpretación

va dirigida a proteger los intereses del hijo, y más tratándose de un menor, y en base a lo establecido en su parte final por el artículo 368 del Código Civil.

IV.- El hijo tiene la posibilidad de reclamar contra el reconocimiento otorgado a su favor una vez que cumpla la mayoría de edad, o en la fecha en que se entere del reconocimiento después de ser mayor de edad, pero en el caso de ser reconocido después de muerto, ¿el reconocimiento se hace extensivo a los nietos?, o ¿Podrán éstos contradecir el reconocimiento?, considero que si tiene efectos extensivos cuando tuvo descendencia, pero la ley no dice nada sobre la posibilidad de los herederos hijos del de cujus, para contradecir el reconocimiento hecho a su padre.

#### Características del reconocimiento voluntario

Las características existentes en el reconocimiento nacen en relación a la paternidad legítima o matrimonial, en donde el hecho del matrimonio establece la presunción de que el hijo de la esposa es hijo de su esposo, salvo las limitadas excepciones que marca la ley, y en el reconocimiento voluntario no sucede lo mismo, teniendo como características distintivas:

- 1.- La nulidad del reconocimiento.
- 2.- La impugnación del reconocimiento.
- 3.- La irrevocabilidad del reconocimiento.

1.- Procede la nulidad del reconocimiento, en el caso de sufrir error o engaño por parte de un menor, pudiendo promover dicha acción dentro del término de cuatro años después de cumplir la mayoría de edad, o antes por medio de su representante legal, como lo establece el Artículo 363 del Código Civil.

Pero queda la duda, si un mayor de edad, que por medio del error, dolo, violencia o lesión, reconoce como hijo suyo a una persona, podrá promover nulidad de dicho reconocimiento, y la solución es que sí podrá hacerlo, como lo señala Sara Montero Duhalt<sup>(74)</sup>, ya que se aplicarán los preceptos de la nulidad relativa de que hablan los artículos 2228 y 2237 del Código Civil y que dice el primero de ellos:

"La falta de forma establecida por la ley, sino se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

2. La impugnación o contradicción del reconocimiento como lo señalamos le corresponde a la madre o a la mujer que ha cuidado o cuida de la lactancia del niño, ha proveído a sus necesidades de educación y subsistencia y públicamente lo ha reconocido como hijo suyo, como lo disponen los Artículos 378 y 379 del Código Civil, pero también le corresponde esta facultad a:

74. Sara Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 300.

a). Al menor, quien podrá hacerlo una vez que sea mayor de edad, en un plazo de cuatro años después de ser mayor de edad, si se enteró antes de serlo, o desde la fecha en que se enteró del reconocimiento siendo ya mayor de edad.

b). Al Ministerio Público, cuando sea realizado en perjuicio del menor.

c). Al progenitor que reclame para sí tal carácter con exclusión de quien hubiere reconocido a su hijo indebidamente.

d). A los terceros afectados por las obligaciones que se deriven del reconocimiento hecho ilegalmente, y únicamente en vía de excepción.

### 2.2.3. Investigación de la paternidad

#### Concepto

Sara Montero Duhalt hace notar que "doctrinariamente" 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", y más adelante la define 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"<sup>(75)</sup>. Ya que se dice que propiamente no se da una investigación como tal, a lo que

75. *Ibid.*, p. 311

algunos autores también están de acuerdo con ella.

Se hace la aclaración, que propiamente el objetivo de análisis y estudio en la presente investigación, es la acción de contradicción o desconocimiento de la paternidad que corresponde al padre o al marido, y no profundizar en la acción de la madre o del hijo para investigar la paternidad del supuesto padre, pero se comenta la acción de investigación de la paternidad, ya que propiamente los medios de prueba que sirvan para desacreditar la paternidad, servirán para acreditarla, y más si nos auxiliamos de los conocimientos genéticos que actualmente existen sobre la materia.

El artículo 360 del Código Civil reconoce la posibilidad de investigar la paternidad, la cual será declarada en una sentencia firme; a este procedimiento algunos autores lo llaman "reconocimiento forzoso", pero para otros autores es mal utilizado ese término, ya que el reconocimiento no lo hace el padre, sino lo declara el Juez en cada caso en particular.

Esa posibilidad de investigar la paternidad es limitada aparentemente en el Código Civil para el Distrito Federal, como se desprende del contenido del Artículo 382 de dicho ordenamiento, existe la libertad absoluta de intentar acción de investigación de la paternidad, mientras exista algún principio de prueba a favor del hijo. El mencionado Artículo dice:

"La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio esta permitida:

I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincide en 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.

IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre".

El Código Civil del Distrito Federal al establecer estas fracciones del Artículo 382, pretendía establecer casos excepcionales para llevar a cabo la investigación de la paternidad, apegándose a lo dispuesto por el Código Civil Francés que limita esa posibilidad, a diferencia de la Legislación de Inglaterra, pero como lo señala Manuel F. Chavez Asencio y Sara Montero Duhalt, el Código Civil, se aparta del sistema Francés de no autorizar una libertad absoluta en la investigación de la paternidad, y como señala Sara Montero Duhalt: "De allí que resulten inclusive innecesarias las tres fracciones primeras del multicitado artículo 382, pues las mismas señalan ciertas circunstancias específicas que deben probarse y que caben dentro de la fracción IV: tener a su favor un principio de prueba"(76).

76. *Ibid.*, p. 313.

Pero a pesar de ello, para algunos autores como Edgard Baqueiro Rojas, Rosalía Euenrostro Báez e Ignacio Galindo Garfias, los casos en que se permite la acción de investigación de paternidad son lo excepcional y expresamente establecidos en la ley.

Respecto a tal acción la ley señala que ésta únicamente podrá intentarse en vida de los padres, y en el caso de que hubieren fallecido siendo menor de edad el hijo, tendrá derecho para hacerla valer antes de cumplirse cuatro años de su mayoría de edad, como lo establece el Artículo 388 del Código Civil de la materia.

Dentro del capítulo de los hijos nacidos fuera de matrimonio, y como se desprende de la Fracción III del Artículo 382 del Código Civil, quedan encuadrados los hijos nacidos en concubinato, estableciéndose a favor de los hijos la presunción de paternidad que determina el Artículo 324 en el Artículo 383 y que a la letra dice:

"Se presumen hijos de concubinario y de la concubina;

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato.

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina".

Estos hijos nacidos de concubinato, tendrán también la posibilidad de ejercitar acción de investigación de la paternidad, a fin de exigir el cumplimiento de sus derechos en contra de quien resulte su padre.

### **CAPITULO III**

#### **ANALISIS DE LAS PRUEBAS PARA ACREDITAR O DESACREDITAR LA PATERNIDAD**

### 3.1 Para el caso de los hijos nacidos en matrimonio

#### 3.1.1 La documental pública

Documentos públicos consistentes en actas de Registro Civil relativas al acta de nacimiento y al acta de matrimonio, a fin de comprobar el primer término el estado civil de la persona en general, y en segundo término acreditar la paternidad o filiación, como se desprende de lo dispuesto por los artículos 39 y 340 del Código Civil, que a la letra dice:

Artículo 39.- "El estado civil se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley".

Artículo 340.- "La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres".

Se trata de documentos públicos ya que son elaborados y expedidos ante la fe del oficial del Registro Civil, como lo señala el artículo 327 fracción IV y 328 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; los cuales son definidos por José Becerra Bautista de la siguiente manera:

"Documentos Públicos son los escritos que consignan, en forma auténtica, hechos o actos jurídicos realizados ante fedatarios o autoridades en ejercicio de sus funciones y los por ellos expedidos para certificarlos"(77).

Las actas mencionadas deberán de acompañarse en la demanda o en su caso en la contestación, ya que son el fundamento del derecho que se pretende probar y exigir, según lo dispuesto por los artículos 95, 96 y 294 del Código de Procedimientos Civiles. Cabe hacer la aclaración que de la interpretación de lo dispuesto por el Código Civil en relación a las actas del Registro Civil, en cuanto a su valor probatorio y medio de prueba para acreditar el estado civil de las personas, no deja propiamente opción a contradecir su contenido, cuando estas son elaboradas conforme a las disposiciones que las regulan. Es decir, y para el caso que nos ocupa, si existen las dos actas (de nacimiento y la de matrimonio) o faltare alguna o estuviere inutilizada y existe duplicado del mismo, deberán ser tomadas como prueba suficiente de la paternidad o filiación, sin admitirse otro medio probatorio (artículo 341 in fine del Código Civil).

Lo que implica que solamente quedará la posibilidad de demandar la nulidad de las actas por ser falsas, quedando pendiente por resolver el vínculo de paternidad o filiación, el cual también deberá ser demandado dentro de los reducidos plazos que marca la ley, y para los supuestos exclusivos que admite, el desconocimiento, contradicción o investigación de la paternidad.

77. José Becerra Bautista, El proceso civil en México, p. 144.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que será por medio del acta de nacimiento y de matrimonio, la manera principal, y propiamente exclusiva, de probar el vínculo jurídico y biológico entre padres e hijos, y así lo señala expresamente nuestra legislación, y una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

#### **Filiación. Maternidad. Prueba**

"... Si en la especie la mencionada señora ninguna manifestación hizo, debe presumirse fundadamente la maternidad, tanto mas cuanto el acta de nacimiento tiene por objeto probar el parto en relación con la madre y la paternidad respecto al marido, y es tal la eficacia de la partida de nacimiento como medio probatorio de la filiación, que la acredita aun cuando contenga irregularidades u omisiones que no pueden inculparse al menor sin que resulte la injusticia notoria de la privación de su estado y de los derechos inherentes al el".

Sexta Epoca, Cuarta Parte: vol XXVI, Pág., 144. A. D. 281/57. Sucesión de Adelaida Ortiz viuda de Hernández. 5 votos<sup>(78)</sup>.

La finalidad de la exigencia de la ley al aceptar como único medio de prueba las actas del Registro Civil para acreditar la

78. Jurisprudencia; Poder Judicial de la Federación 1917-1965; Cuarta Parte, Tercera Sala, 8vo Ediciones p. 459.

paternidad y filiación, radica en proteger los intereses de los hijos, como se desprende de la tesis citada anteriormente.

### 3.1.2 La presunción de la paternidad

(presunción legal y humana)

Propiamente la presunción de paternidad establecida en los artículos 324, 334 y 383 del Código Civil, se refieren a una presunción legal de tipo *juris tantum*, es decir, que admiten prueba en contrario.

La presunción es definida legalmente por el artículo 379 del Código de Procedimientos Civiles, que dice: "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". Y el artículo 580 del mismo ordenamiento señala que: "Hay presunción legal cuando la ley la establece expresamente y cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley; hay presunción humana cuando de un hecho debidamente probado se produce otro que es consecuencia ordinaria de aquel".

Según José Becerra Bautista, "etimológicamente presunción viene de "prae" preposición de hablativo, y del verbo "sumere": tomar. Tomar antes. Por eso la explicaban los glasadores: *lex vel magistratus sumit aut habet aliquid pro vero et id prae, id est, antequam aliunde probetur*: la ley o el magistrado toma o tiene

algo por verdadero y esto antes, es decir, antes de que se pruebe por otro modo"(79).

Esta presunción de paternidad es considerada por los autores como necesaria para acreditar dicho vínculo, y así señala Manuel F. Chávez Ascencio que "a diferencia de lo dicho en relación a la maternidad, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sólo puede presumirse.

De aquí que la ley recurra a las presunciones *iuris tantum* para determinar la paternidad en esta relación jurídica"(80).

Por otro lado M. Planiol, reforzando lo indicado dice que "el hecho de la paternidad no puede probarse. Si el hijo de una mujer casada estuviese obligado a demostrar que su concepción fué obra del marido de su madre, casi nunca lograría hacerlo. La ley viene en su ayuda estableciendo en su favor una presunción legal. Se llama "presunción" la consecuencia que se deriva de un hecho conocido a otro desconocido: el hecho conocido es el estado de matrimonio en que ha vivido la madre; la paternidad, el hecho desconocido. ¿Quién es el padre del hijo de aquella? La ley presume que su marido. Está autorizada para ello, porque ordinariamente los hijos que nacen durante el matrimonio tienen como padre al marido de la madre. Esta pudo ser una esposa infiel; pero la ley debe considerar como regla los hechos ordinarios y no los excepcionales. De aquí la regla: "El hijo concebido durante el

79. José Becerra Bautista, *op. cit.*, p. 156.  
80. Manuel F. Chávez Ascencio, *op. cit.*, p. 12.

matrimonio tiene como padre al marido" (art. 312. inc. 1); o según la forma latina: "Pater is est quem nuptiae demonstrant"(81). Más adelante señala M. Planiol que gracias a esta presunción de paternidad el hijo no está obligado a probar de manera directa su filiación con su padre (esposo de su madre), y agrega: "No se tiene que investigar quien es el padre: éste es el marido de la madre"(82).

Esta presunción de paternidad se encuentra limitada por plazos legales de concepción, gestación del ser y nacimiento del hijo, a fin de precisar, en base a conocimientos médicos y biológicos, el tiempo mínimo y máximo de gestación del ser humano, como lo señalamos en los antecedentes históricos del primer capítulo; y nuestra legislación toma en cuenta como límite mínimo el de 180 días, y como máximo el de 300 días, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 324 del Código Civil, que dice:

"Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho

81. Marcel Planiol, *op. cit.*, pp. 136-137.

82. *Ibid.*, p., 137.

quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

Ahora, y apegándose a la interpretación que hace Manuel F. Chávez Asencio sobre este artículo, se observa que de la fracción II se hace referencia a dos eventos: "El primer evento consiste en la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Y el segundo evento es la orden judicial para la separación de los cónyuges. Obviamente ambos eventos no van a coincidir nunca, pues la separación de los cónyuges por orden judicial es previa a la disolución del matrimonio" (83).

El hablar de dos situaciones distintas origina confusión en su interpretación, mas si comparamos la fracción II del artículo 324 con los artículos 327 y 329 del Código Civil, en el 327 se menciona la "separación", como el momento para iniciar el cómputo, y en el 329 se menciona la "disolución" del vínculo matrimonial como momento para iniciar dicho cómputo. Quedando como base principal de la interpretación, que deberán contarse los 300 días a partir de que judicialmente y de hecho tuvo lugar la "separación" provisional ordenada por el Juez. Y al respecto Manuel F. Chávez Asencio hace la siguiente observación:

Pero como lo que hace realmente que un hijo sea considerado de matrimonio es la subsistencia del

83. M.F. Chávez Asencio, op. cit., p. 13.

ESTA LEY NO DEBE  
SER LEIDA SIN LA PRESENIA

mismo, para evitar la contradicción de los momentos o eventos, se abre la posibilidad de que en el tiempo transcurrido entre la separación conyugal y la sentencia firme que disuelve el matrimonio existan relaciones sexuales entre los consortes en litigio, por lo cual, aún cuando un hijo naciere "antes" de la disolución del matrimonio, pero "después" de trescientos días de la separación, se le pueda negar ser hijo de matrimonio; no obstante que se contradiga la primera parte de la fracción II del artículo 324 C.C. que parte de la disolución para poder excluir a los hijos de la legitimidad que les da el matrimonio. Por lo tanto, o queda desvirtuada la primera parte de esa fracción II y no es cierto que la presunción se refiera siempre a los hijos habidos de matrimonio para casos de divorcio, o la segunda parte no debió haberse incorporado en esa fracción, pues debilita sensiblemente la presunción que parte de la existencia del matrimonio al no haber sido disuelto este" (84).

Se presenta otra situación curiosa al interpretar la fracción I del artículo 324 y el artículo 328 del Código Civil, que señalan que el hijo nacido después de los 180 días contados desde la celebración del matrimonio es considerado hijo de matrimonio, y

84. *Ibid.*, pp. 13-14.

que el marido no podrá desconocerlo si se presenta alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 328, e interpretándolos al contrario sensu "quiere decir que si ninguna de esas situaciones se da, el marido si puede desconocerlo; con lo cual la presunción se debilita, pues aparece como posible que también se consideren hijos de matrimonio a los nacidos "dentro" del plazo de ciento ochenta días a partir de la celebración del mismo, si no son desconocidos por el marido"(85).

Se habla, a parte de la presunción de paternidad determinada en la ley, de la "LEGITIMACION POR MINISTERIO DE LEY", la cual opera a beneficio de los hijos, y en perjuicio del marido, ya que es el marido quien tiene la facultad de desconocer o contradecir la paternidad, pero para el caso de no hacer valer esa facultad dentro del plazo de 60 días que marca el artículo 330 del Código Civil, "se considera legitimado sin que hubiera de por medio algún reconocimiento expreso, razon por la que la legitimación opera por ministerio de ley, a diferencia de la legitimacion a la que se refiere el artículo 354, que requiere, además del matrimonio de los progenitores, el reconocimiento de los hijos"(86).

Se desprende que la base y fundamento de la presunción de paternidad es que las relaciones sexuales son habituales dentro del matrimonio, y ésto es el hecho conocido, el hecho desconocido es el relativo a quién engendró el hijo en la mujer que lo dió a

85. Ibid., p. 14.

86. Idea.

luz (esposa); así mismo se fundamenta en la fidelidad y moralidad que se deben los cónyuges durante el tiempo que estén casados.

Respecto de la prueba presuncional, que al ser ofrecida deberán de cumplirse con los requisitos de tiempo y modo que marca el Código de Procedimientos Civiles, José Becerra tiene un punto de vista muy particular, ya que no la considera como prueba, a pesar de que el ordenamiento legal citado habla de ella dentro del capítulo de la prueba en particular, y dice: "Las presunciones legales *juris tantum*, son limitaciones a la carga de la prueba de quien la tiene a su favor, pues sólo debe demostrar el hecho en que la presunción se funda. Tampoco son medio de prueba", y añade, "Las presunciones judiciales o humanas, tampoco son medios de prueba, en cuanto que no produce el convencimiento, sino que son el convencimiento mismo"(87).

### 3.1.3 Pruebas para contradecir la presunción

#### legal de la paternidad

Señala correctamente M. Planiol que "la destrucción de la presunción de paternidad establecida contra el marido de su madre, únicamente puede resultar de una sentencia. En cualquier otra forma sería inoperante, ...; la ley lo supone (art. 313, inc. 3; 316 y 318), pero no lo dice expresamente"(88). Y para el caso de la legislación mexicana, también será necesario que una sentencia

87. José Becerra Bautista, *op. cit.*, p. 162.

88. M. Planiol, *op. cit.*, p. 153.

firme contradiga la presunción legal de paternidad, y no simplemente en un acto extrajudicial.

Los preceptos legales que establecen la manera de contradecir la presunción legal de paternidad son:

Artículo 325.- Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Artículo 326.- El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

Ya señalamos en el capítulo anterior, que para Sara Montero Duhalt los dos artículos citados hablan del mismo supuesto, originando el conflicto de probar en los 120 días a que se refiere el artículo 325 o en los 300 que menciona el artículo 326 que no tuvo acceso carnal el marido con su esposa. Supuesto que nosotros consideramos erróneo, ya que se trata de dos casos totalmente distintos.

Para el caso del artículo 325, de su lectura se observa que hace referencia expresa al artículo anterior: "contra ésta

presunción...". que es precisamente la establecida por el artículo 324 del Código Civil. Y establece como prueba de contradicción lo siguiente:

(a) El haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, y

(b) Imposibilidad dentro de los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

Para el caso del artículo 326, la ley se refiere al desconocimiento por parte del marido cuando haya adulterio de su esposa, y se determinan los siguientes aspectos:

(a) Que se alegue por adulterio de la esposa.

(b) Que se haya ocultado el nacimiento por parte de la esposa, o que se demuestre que durante los 10 meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con la cónyuge y

(c) No basta la confesión de la esposa de que no son hijos de su marido. En base a lo que dispone el artículo 345 del Código Civil que dice que "no basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio".

La mayoría de los autores no precisan en que consiste el hecho de que físicamente le fue imposible al marido tener acceso

carnal con su esposa, simplemente repiten lo que señala la ley. Pero algunos señalan que esta se debe a dos causas:

- 1.- El alejamiento prolongado y distante, y
- 2.- La impotencia accidental del marido.

1.- En el alejamiento, dice Manuel F. Chávez Asencio "necesita ser tan prolongado que haga imposible que los esposos puedan reunirse durante el plazo legal de la concepción", y añade, "también entran dentro de éste artículo los casos en que el marido trabaje en ciudad diversa, de prisión del marido, etc. (89). Para M. Planiol, "el alejamiento no necesita ser tan grande que haya sido imposible a los esposos reunirse durante el plazo de la concepción, por no haber tenido tiempo para franquear la distancia que los separaba... Basta que se demuestre que el espacio intermedio no ha sido franqueado" (90).

2.- En el Derecho Francés es admitida únicamente cuando sea originada por algún accidente, es decir, que no se trate de impotencia natural. También se señala que debe ser posterior al matrimonio. Algunos autores mexicanos toman en cuenta también esta posibilidad en el Derecho Mexicano. Este supuesto, deberá ser acreditado por medio de la prueba pericial, auxiliándose de los conocimientos técnicos y científicos de un médico.

En el caso del adulterio, deberá acreditarse además de éste,

89. Manuel F. Chávez Asencio, *op. cit.*, p. 86

90. M. Planiol, *op. cit.*, p. 145

la ocultación del embarazo por parte de la esposa, o que durante el plazo de los 10 meses que precedieron al nacimiento el marido no tuvo acceso carnal con su esposa. Respecto al ocultamiento dice M. Planiol que "cuando la mujer trata de ocultar su estado a su marido, cuando toma medidas para que éste ignore el nacimiento de su hijo, por sí misma confiesa que su esposo no es el autor de su embarazo"(91), y Rafael Rojina Villegas dice que se parte de la siguiente presunción "si la mujer oculta el nacimiento y esto tiene que hacerlo de manera sistemática desde que el embarazo ya se hace notorio, quiera decir que por un conducta premeditada, sin pasiones, sin idea de venganza, sin el deseo de causar una deshonra al marido, en realidad oculta la existencia del hijo que ha concebido, porque está segura que no es de él", y agrega, "En cambio, el simple dicho de la madre puede tener por objeto ofender al marido, causarle deshonra, hacer esa confesión en un momento de disgusto, de coraje, y no ser en verdad cierto que la madre hubiese cometido adulterio, y menos aún, que pudiera tener la certeza de que el hijo es de un hombre distinto de su marido"(92).

La duda esta en cómo acreditar el ocultamiento, y al respecto nos apegamos a lo que señala M. Planiol en su obra, y que consideramos es de utilidad y aplicabilidad para nuestro derecho: "La ocultación del nacimiento hace verosímil el origen adulterino del hijo; no lo prueba plenamente. Por ello la ley dice que cuando se haya mostrado el ocultamiento, "podrá el marido proponer todos

91. *Ibid.*, p. 147

92. Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 442.

los hechos propios para justificar que no es el padre del hijo". ¿Cuáles son estos hechos? Lejos de ser precisa, la ley se expresa en términos tan generales como es posible: todos los hechos... las circunstancias alegadas por el marido son apreciadas soberanamente por los jueces de primera instancia. Será la excesiva edad del marido, o su estado de enfermedad; el desacuerdo existente en el hogar, o la separación de hecho, en la residencia de los dos esposos, etc.", y cita a Aubry y Rau, que dice: "Haciendo revivir una añeja expresión usada en la antigua jurisprudencia, llaman a estos hechos imposibilidad moral de cohabitación"<sup>(93)</sup>.

Hechos semejantes podran hacerse valer para acreditar la imposibilidad física del marido para tener relaciones sexuales con su mujer (artículo 325) o el hecho de no tener acceso carnal con ella (artículo 326). Pero la intención de la presente investigación, es que podrá ser acreditados estos hechos, auxiliándose de los conocimientos científicos que existen a la fecha en materia de genética, a fin de que por medio de la prueba pericial sea factible acreditar o desacreditar la paternidad, dejando su valorización final al juzgador; ya que de otra manera será de muy difícil, o casi imposible comprobación, el hecho de la paternidad legítima.

Esto lo proponemos, porque los hechos que se pretenden probar, por su naturaleza misma se refieren a cuestiones muy personales o íntimas de la vida particular de los esposos, y por

93. H. Planiol, *op. cit.*, p. 148.

lo cual se llevarán a cabo sin la presencia de testigos o sin que exista algún documento que así haga constar algo.

#### 3.1.4. La posesión de estado de hijo

Ya en el capítulo segundo de la presente investigación se analizó los elementos y requisitos que establece la ley para que opere la posesión de estado de hijo a fin de que se acredite la paternidad o filiación. En el Artículo 341 del Código Civil se admite esta posibilidad, como una prueba idónea y de carácter supletoria.

A efecto de no repetir los requisitos legales fijados por el artículo 343 sobre la posesión de estado de hijo, transcribimos una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resume la prueba que analizamos:

HUJIO DE MATRIMONIO, POSESION DE ESTADO DE. LEGISLACION DE SONORA Y DEL DISTRITO FEDERAL. ELEMENTOS BASICOS DE LA ACCION.

De acuerdo con los artículos 509 del Estado de Sonora y 343 del Distrito Federal, el que pretende probar la posesión de estado de hijo de matrimonio, debe acreditar los tres elementos siguientes: a).- La forma pública a que se refiere la primera parte de los artículos que se comentan que es la de que el interesado haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad; b).- Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es

su padre, o bien, que éste lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, o bien las dos cosas; c).- Que el presunto padre tenga la edad requerida por la ley para contraer matrimonio, más la edad del presunto hijo. En la especie se rindieron pruebas para acreditar que Francisco Piña Cota trató como hijo suyo al quejoso y la edad de aquél; pero faltó probar la fama pública a que se refiere el primer requisito de los enumerados, o sea, la circunstancia de que el presunto hijo haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del padre y en la sociedad. Conforme a las legislaciones del Estado de Sonora y del Distrito Federal, según los preceptos que se comentan, la posesión de estado de hijo de matrimonio se comprueba siempre con el elemento constante "fama pública" y con cualesquiera de los otros dos elementos variables de "tractus" y "nomen", sobre la base de que el presunto padre tenga la edad requerida por la ley, que es la biológicamente necesaria para ello. Por tanto no es suficiente que el presunto padre haya tratado al hijo como tal en la sociedad, si no se comprueba el primer requisito que es el absolutamente indispensable e invariablemente necesario: el de la fama pública a que alude la primera parte de los preceptos mencionados. Este requisito tampoco se debe confundir con el del

trato que públicamente dé el padre al hijo, porque en aquél el sujeto activo es la familia del marido y la sociedad, en tanto que en éste el sujeto activo es el presunto padre; ya que el elemento fama pública es referido a la familia del marido y a la sociedad en general, mientras que el elemento de trato público de hijo es referido al presunto padre.

Sexta época, cuarta parte: Vol. XCII, Pág. 46. A.D. 4044/64. Francisco Piña Baldegger 5 votos<sup>(94)</sup>.

### 3.1.5 La testimonial y otras

Hay otro tipo de pruebas que admite la ley para acreditar o desacreditar la paternidad o filiación, y que en general son todos los medios probatorios que autoriza el Código de Procedimientos Civiles, pero estos solamente podrán ofrecerse, admitirse, desahogarse y en su caso valorizarse por el juzgador cuando no haya sido posible acreditar o desacreditar la paternidad o filiación por medio de las actas de nacimiento y matrimonio, en primer lugar, y a falta de estas, por medio de la posesión constante de estado de hijo, como segundo lugar; y en defecto de ésta posesión, será cuando sean admisibles todos los medios de prueba autorizados por la ley como lo señala el artículo 341 del Código Civil, que transcribimos para su mejor entendimiento e interpretación:

94. Jurisprudencia, *op. cit.*, pp. 463-464.

"A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase".

Para Antonio de Ibarrola, los hechos que deberán probarse a falta de las actas del Registro Civil y de la posesión de estado de hijo, deberán de ser hechos notorios<sup>(95)</sup>, pero no define que debe entenderse por un hecho notorio. Eduardo Pallares, citando a Chiovenda, dice que "se considera, en primer término hechos notorios los hechos que por el conocimiento humano general son considerados como ciertos o indiscutibles, pertenezcan a la historia, a las leyes naturales, a la ciencia o a las vicisitudes de la vida pública actual, los hechos comunmente sabidos en el distrito, de suerte que toda persona que lo habite esté en condiciones de conocerlo..."<sup>(96)</sup>.

95. Antonio de Ibarrola, Derecho de Familia, p. 410

96. Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal civil, p. 308

Pero señalamos que para nosotros propiamente no se trata de hechos notorios, si no simplemente de hechos sujetos a prueba, ya que "los hechos notorios no necesitan ser probados y el juez puede invocarlos, aunque no hayan sido alejados por la parte", como la indica el artículo 286 del Código de Procedimientos Civiles.

Como lo prescribe el artículo 341 del Código Civil, se deberá de hacer uso de cualquier medio de prueba a efecto de acreditar o desacreditar la paternidad, ya de manera supletoria, porque no existen las actas del Registro Civil requeridas, ni la posesión de estado de hijo. Estas otras pruebas supletorias, deberán cumplir con los requisitos legales para su ofrecimiento, admisión, desahogo y valorización por el juzgador. Pero la intención de la presente investigación no es profundizar en esos requisitos de procedibilidad de estas pruebas supletorias, sino proponer que con el auxilio de conocimientos genéticos, es factible que por medio de la prueba pericial se fortalezca el hecho de acreditar o desacreditar la paternidad, haciendo efectivas las pruebas llamadas "biológicas"; todo esto con el fin de lograr una mayor certeza y seguridad jurídica entre el parentesco consanguíneo que en línea recta une a padres e hijos, facilitando puedan cumplirse y ser exigibles los derechos y obligaciones reciprocas que los unen.

La prueba pericial la analizaremos en el siguiente capítulo, estudiando sus posibilidades como medio de prueba para acreditar o desacreditar la paternidad, en la que un perito en materia de genética pueda rendir un dictamen que auxilie al juzgador al momento de dictar su resolución.

En cuanto a la prueba confesional, en términos generales señalamos, que de la interpretación de los artículos del Código Civil para el Distrito Federal, esta no tiene una consideración relevante, como doctrinariamente se le ha dado, ya que no es suficiente para acreditar un hecho, como se desprende de los artículos 326 y 345 de dicho ordenamiento; es indispensable en primer término la existencia del acta de nacimiento y del acta de matrimonio, y en segundo término, la posesión de estado de hijo, por lo cual no entramos a analizarla con mayor profundidad. Esto no implica que pueda ser ofrecida como prueba dentro del juicio, cumpliendo con todos sus requisitos procedimentales.

### 3.1.6 Sentencias relativas a la prueba de la filiación legítima

Transcribimos a continuación, de la revista Foro de México, número 79, del año de 1959, trece extractos de sentencias, a fin de que sirvan de mayor esclarecimiento en las ideas antes expuestas, y de complementar con criterios de juristas dedicados a la aplicación e interpretación de derecho, como han resuelto algunos conflictos de la índole que analizamos:

**Filiación, comprobación de la, en Veracruz.-** El Art. 302 del Código Civil del Edo. de Veracruz, al referirse al acta de nacimiento, establece que si en ella hubiere omisión, en cuanto a los nombres de los padres, puede acreditarse la filiación por los medios ordinarios de prueba que el derecho establece; precepto que, por analogía debe

aplicarse, tratándose de actas de bautizo, cuando sean admisibles como medio de prueba, ante los tribunales. (Sagardi Vda. de Casas, Pág. 567, Tomo XXXVIII, 20 de mayo de 1933).

**Filiación de los hijos legítimos, prueba de la falta de actas del Registro Civil.**- El Art. 340 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres; y el Art. 341 del mismo ordenamiento dispone que a falta de actas o si éstas fueren defectuosos, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio, en defecto de esa posesión, son admisibles para demostrar la filiación, todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible, si no hubiera un principio de prueba por escrito, o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Ahora bien, debe estimarse que la copia certificada del acta de nacimiento del quejoso, el acta de bautizo de la autora de la sucesión, cotejada por notario, y la declaración de testigos, son pruebas idóneas para justificar el nacimiento de la de cujus, que ésta fué hija de los mismos padres del quejoso y, por consiguientes, que el último fué hermano de aquella. En efecto, la prueba testimonial debe tomarse en cuenta por no

existir un principio de prueba por escrito, como lo es el acta parroquial de que se trata, y sería injusto que si por cualquier circunstancia los padres omitieron presentar a sus hijos en el Registro Civil para que se levantara el acta de nacimiento, tal omisión recayera en perjuicio de estos últimos, por lo que se debe admitir que en tales casos, si puede comprobarse el acto por instrumento o testigos pues así debe interpretarse la frase "a falta de actos" contenida en el Art. 341 del Código Civil. (García Herrera José, Pág. 1536, Tomo CII, 17 de noviembre de 1949).

**Filiación de los hijos nacidos de matrimonio, prueba de la, faltando el acta de registro.** (Legislación del Distrito).- El art. 341 del Código Civil del Distrito Federal permite que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, cuando falten las actas respectivas, se prueba por medio de la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio y a falta de esa posesión, por todos los medios de prueba que la ley autoriza; pero la testimonial no es admisible si no hubiera un principio de prueba escrita, con los indicios o presunciones a que se refiere el Artículo citado 341. Por tanto, si para acreditar esa filiación, el interesado negó que hubiera actas del Registro Civil que acreditaron su nacimiento y el matrimonio de sus padres y por esto presentó constancias parroquiales debidamente cotejas por notario y la

autoridad responsable no dió a esas constancias el valor de prueba plena, sino que las tomó como un principio de prueba escrita, para aceptar la prueba testimonial que las complementarias no puede decirse que este proceder haya sido violatorio de los Arts. 327, Frac. VI y 412 del Código de procedimientos Civiles de la entidad citada, porque no se trataba en el caso de la prueba del estado civil de una persona, sino de su filiacion como hijo nacido de matrimonio, sin que pueda estimarse tampoco que el interesado estaba obligado a probar el hecho negativo de la falta de actas de Registro Civil y la posesion de estado de hijo legitimo. (Sria. de Asistencia Pública, Pág. 5898, Tomo CXII, 26 de mayo de 1942).

**Filiación, demostración de la-** La demostración de la filiación de hijo natural, equivale exactamente a la investigación de la paternidad, y si esto no puede hacerse, la prueba no debe admitirse ni concedérsele eficacia alguna. (Peña García, Pág. 114, Tomo LXIV, 2 de abril de 1940).

**Demostración de la filiación.** (Posesión de estado.- La posesión de estado requiere la prueba de tres elementos a saber: Nomen, Tractatus y Fama. Nomen es llevar de hecho el nombre de la persona de quien se reclama el reconocimiento de la filiación. Tractatus es haber sido tratado de hecho, en el circulo de la familia, como titular juridico del estado que se reivindica, y fama, ser considerado

por el público, en su medio social, con derecho a ese derecho de estado. Ahora bien, en el caso de que se trate de comprobar la posesión de estado para ejercitar la acción de petición de herencia, se llena el primer elemento, si en todos los documentos presentados se identifica a la madre de la autora de la sucesión hermana de la madre de la peticionaria, con los apellidos que corresponden a las personas que integran el tronco común. Del segundo elemento hay un indicio, si existe un acta de matrimonio eclesiástico, de cuya existencia y autenticidad dió fe un notario público, de la que se deduce el entroncamiento, así como un acta de defunción de donde se deduce lo mismo, ahora bien, la ley permite que la filiación se prueba mediante la posesión de estado y a falta de esta posesión, por todos los medios de prueba que autoriza, sin que se admita la testimonial, cuando falta un principio de prueba por escrito, o indicios o presunciones resultantes de hechos que se consideran bastante graves para determinar su admisión. (Desal de Balda, Pág. 1391, 5 de septiembre de 1955, Tomo CXXV, Pág. 4).

**Filiación legítima, prueba de la, en defecto de las actas de Registro Civil.** - El Lic. Manuel Matios Alarcón en su obra "Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal", expresa: "El artículo 303 del Código Civil de 84, reformo al 332 de 1870 en los términos siguientes: La filiación de los hijos

legítimos se prueba por la partida de nacimiento, y en los casos prevenidos en el Art. 45, por la posesión constante del estado de hijo legítimo; pero si se cuestiona la validez del matrimonio, de los padres, debe presentarse el acta de matrimonio, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo siguiente: "según la reforma introducida en el precepto que antecede, la filiación legítima se prueba, por regla general, solo por el acta de nacimiento pero se permite por excepción, y como prueba supletoria, la posesión constante del estado de hijo legítimo, en los casos siguientes: Cuando no hayan existido registros o se hayan perdido, o estuvieren rotos o borrados, o faltaren las hojas en que se pueda suponer que estaba el acta. Es decir, que esa reforma, ha venido a restringir la facultad amplia que concedía el Art. 332 del Código de 1870, de probar de filiación legítima por medio de la posesión de estado de hijo legítimo, en defecto del acta de nacimiento, limitándola a determinados casos". A continuación el autor cuenta la reforma de que se trata.

**Hijos legítimos, posesión de Estado.**- El Art. 342 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales establece: "si hubieran hijos nacidos de 2 personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieran fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuera imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrían disputarse a

esos hijos haber nacido de matrimonio por solo la falta de presentación del acta del enlace de sus padres, siempre que se pruebe que tiene la posesión de estado de hijos de ellos o que, por lo medios de prueba que autoriza el artículo anterior, se demuestra la filiación y no este contra dicha por el acta de nacimiento". Ahora bien, en este caso es necesario que se pruebe, en primer lugar, que los presuntos padres han vivido públicamente como marido y mujer y que ambos han fallecido o que por ausencia o enfermedad no han podido manifestar el lugar en que se casaron. No acreditados estos requisitos, no queda probada la filiación de quien pretenda ser hijo nacido de matrimonio. (Angel Iglesias P., Vol. XII 4a. parte Pág. 208, 18 de junio de 1958).

**Filiación.**- El hecho de que el colitigante reconozca a la otra parte como progenitor de un individuo, no es prueba de la filiación de este, que sólo puede comprobarse por medio de las actas del Estado Civil, o en su defecto, por las pruebas testimonial y de fama pública, cuando se trata de la posesión de estado. (Quiroz María de la Luz, Tomo XXIII, Pág. 867).

**Filiación.**- Por regla general, basta el acta de nacimiento para justificar la filiación legítima, aun cuando no existan constancias de que los cónyuges estuvieron legalmente unidos. (Tomo XXIII).

**Filiación.**- La partida eclesiástica del nacimiento anterior a la existencia del Registro Civil y cotajada por notario publico, hace prueba plena, respecto de la filiación máxime si a mayor abundamiento, exista una partida relativa al mismo individuo, en el Registro Civil. (Izquierdo Vda., de Arizmendi, T. XXXVIII, 24 de julio de 1933, pag. 1921).

**Filiación.**- La prueba supletoria a que se refieren los Arts. 340 y 241 del Código Civil del Distrito, es para acreditar la filiación de los hijos legítimos y no la de los naturales, y para acreditar el parentesco de los descendientes, no el de los colaterales. (Sria. de Asistencia Pública, Tomo LXXVI, 3 de junio de 1943, 3o. Vol.).

**Filiación.**- Conforme a la legislación Civil de Hidaigo, la filiación de los hijos legítimos se prueba con la partida de nacimiento y, en su defecto, con la prueba de la continua posesión de estado de hijo legítimo; mas para que sea eficaz la prueba testimonial respecto de la posesión de estado de hijo legítimo, debe previamente acreditarse la falta, pérdida o destrucción de los registros, a efecto de establecer el antecedente que ha de constituir una presunción favorable al hijo, ya que la sola información testimonial es, por su propia naturaleza, frágil y peligrosa. Si se cuestiona la validez del matrimonio de los padres, la posesión de estado sólo puede ser eficaz para probar que existió ese matrimonio, en los casos que

limitativamente expresa la ley, o sea cuando es imposible determinar la fecha y lugar del matrimonio, por muerte, ausencia o enfermedad de los padres, que haga imposible esa determinación y siempre que la posesión de estado de hijo legítimo, no esté contradicha por el acta de nacimiento. (Téliez Girón Abundio, pág. 1571, Tomo XXXII, 29 de julio de 1931).

**Filiación.**- Las actas de nacimiento, levantadas en contravención de lo dispuesto por los Arts. 75, 77, 341 del Código Civil de 84, no constituye prueba de la filiación. (Ortiz de Ramírez Celia, pág. 688. Tomo XXXII, 5 de junio de 1931)(97).

### 3.2 Para el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio

Como se analizó en el capítulo anterior, existen dos maneras de acreditar la paternidad o filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio (artículo 360 del Código Civil), y estas son respecto del padre:

- 1.- Por el reconocimiento voluntario.
- 2.- Por la investigación de la paternidad, que resulte de una sentencia firme que así lo declare (o mal llamado reconocimiento forzoso).

Por lo que podemos concluir, para efectos del presente capítulo, que la única manera de acreditar o desacreditar la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio es por una DOCUMENTAL PUBLICA, que podrá consistir en:

A). El acta de reconocimiento ó

B). Todo el expediente del juicio de investigación de la paternidad, o copia certificada de la sentencia firme que resuelva la cuestión de la paternidad.

### 3.2.1. El acta de reconocimiento

El acta de reconocimiento es un documento público, como se desprende de lo dispuesto por los artículo 327 fracción IV y 328 del Código de Procedimientos Civiles, y sus efectos como medio de prueba son muy eficientes, es decir, que tendrán valor probatorio pleno, como lo indica el artículo 403 del ordenamiento legal citado.

Deberán cumplirse con los requisitos que se señalaron para el caso de las actas de nacimiento y matrimonio, en materia del procedimiento; requisitos establecidos por los artículos 95, 96, 278, 294 y relativos del Código de Procedimientos Civiles.

Pero su importancia como medio de prueba se basa en que es un documento suficiente para acreditar el estado civil de la persona (artículo 39 del Código Civil), que produce o surte los efectos de un reconocimiento legal (artículo 77 del Código Civil), lo que

implica que el reconocido tendrá derecho: a llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca, a ser alimentado por las personas que lo reconozcan, y a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley (artículo 389 del Código Civil), y principalmente, que es un medio de prueba idóneo para acreditar o desacreditar la paternidad, ya que hace prueba plena si es elaborado bajo las disposiciones del Registro Civil (artículo 50 del Código Civil y, 329 y 403 del Código de Procedimientos Civiles).

### 3.2.2 La sentencia firme que declare la paternidad

A efecto de precisar más lo señalado en el punto anterior, y lo expuesto en el capítulo segundo, transcribimos una tesis de la Sala Tercera, Cuarta Parte que dice"

"FILIACION NATURAL. MEDIOS RECONOCIDOS PARA SU ESTABLECIMIENTO, CON RELACION AL PADRE.

De conformidad con el artículo 360 del Código Civil vigente, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece, con relación al padre, bien, primero, por el reconocimiento voluntario, o bien, segundo, por una sentencia que declare la paternidad, para lo cual el artículo 382 del mismo ordenamiento concede la acción de investigación en los cuatro casos que limitativamente enumera el propio precepto. Pero el mismo Código agrega un tercer medio -el legal- de establecimiento de la filiación natural en su artículo 383, al estatuir

que se presumen hijos del concubinato y de la concubina: I, los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato, y II, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina. Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima establece el artículo 324 del propia ordenamiento, ya que conforme a este, se presumen hijos de los cónyuges: I, los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, y II, los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo.

Entonces, pues, cuando se esté en el caso de un hijo nacido dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida en común del concubinato y de la concubina o bien después de los 180 días de iniciado el concubinato, es evidente que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural legalmente establecida y que, por lo mismo, ya no hay necesidad de investigar, puesto que, como acaba de decirse, legalmente se encuentra ya establecida por expresa presunción de la ley civil en su invocado artículo 383, del mismo modo que en tratándose de los hijos legítimos lo hace, según también ya se vio, el artículo 324. Y si ello

es así, es claro que el hijo goza de una posesión de estado que no puede arrebatársele sino por sentencia ejecutoria dictada en juicio contradictorio en que se destruya dicha presunción, siendo esta la razón por la que el artículo 352 establece al respecto, la protección del juicio plenario, y el 353 concede acción interdictal al hijo a quien se pretendiera despojar o perturbar en dicha posesión; en la inteligencia de que aunque éstos dos últimos preceptos se refieren expresamente a los hijos nacidos de matrimonio, debe, sin embargo establecerse que igualmente protegen a los hijos naturales, por virtud del bien conocido principio de aplicación analógica de que donde existe la misma razón legal, debe existir igual disposición de derecho. Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. VII, Pag. 208. A. D. 2848/56. Ignacio Flores Alvarez. Mayoria de 3 votos" (98).

Con la anterior tesis, observamos con claridad como se ha interpretado la manera de probar la paternidad de los hijos nacidos de matrimonio. Pero lo importante por resaltar, es que en el caso de la investigación de la paternidad, sólo será por la interposición de una demanda, en la que siguiendo todas y cada una de las etapas procesales del juicio, y obteniendo finalmente una

sentencia favorable, la cual cause estado, será ésta exclusivamente la manera de acreditar o desacreditar la paternidad. Es por tal motivo que el juicio relativo, deba ser guiado, fundamentado, probado y patrocinado con gran cuidado y dedicación, ya que desde antes de ser promovida la demanda o ejercitada la acción, la parte actora deberá contar propiamente con todos los elementos posibles a su favor, a fin de obtener en la medida de lo posible, una sentencia favorable.

Ya analizamos en la segunda parte del capítulo anterior que nuestra ley se apega en principio a la legislación francesa al establecer solamente algunos casos excepcionales donde sea posible llevar a cabo la investigación de paternidad, casos que fija el artículo 382 del Código Civil, y que dice:

"La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida:

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;

IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Analizábamos también que dicho artículo es criticado por algunos autores, ya que en su fracción IV, propiamente esta dejando abierta la posibilidad de investigar la paternidad en cualquier caso, mientras exista algún principio de prueba, absorbiendo esta fracción, los supuestos de las tres fracciones anteriores.

En relación al sistema adoptado en México para los casos de investigación de la paternidad, existe una tesis que los analiza con cuidado, y a la cual nos adherimos a su contenido:

FILIACION NATURAL. SISTEMA MEXICANO EN EL DERECHO  
COMPARADO (INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD).

El Derecho Mexicano, en cuanto al sistema de filiación natural se refiere, sigue la tradición francesa, que, como se sabe, es diferente del sistema alemán y del inglés, dado que en este último la filiación natural se establece exclusivamente por el reconocimiento voluntario y nunca por sentencia que declara la paternidad mediante el ejercicio de la acción de investigación; el sistema alemán es un sistema abierto de libre investigación, en que se permiten todas las vías legales para el ejercicio de esa acción, sin limitación alguna; y el francés, aunque

autoriza la investigación, lo hace solamente en ciertas hipótesis, limitativamente determinadas, y algunas veces restringiendo los medios de prueba, y que es precisamente el nuestro. De ahí que el artículo 1717 del Código alemán textualmente disponga que "como padre del hijo ilegítimo, en el sentido de los párrafos 1708 a 1716, vale quien haya cohabitado con la madre dentro del tiempo de la concepción, a no ser que también otro haya cohabitado con ella dentro de ese tiempo. No se toma sin embargo en consideración.- Sigue diciendo el artículo- una cohabitación si, según las circunstancias, es notoriamente imposible que la madre haya concebido al hijo a consecuencia de esta cohabitación. Como tiempo de la concepción vale el tiempo comprendido -agrega el precepto -desde el día 181 al 302 antes del día del nacimiento del hijo, con inclusión tanto del día 181 como del 302"; por eso el Código Civil suizo, que pertenece al mismo grupo germánico, en su artículo 314 establece que "la paternidad se presume siempre que se pruebe que entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento, el demandado haya cohabitado con la madre del niño"; y que "esta presunción cesa si los hechos establecidos permiten suscitar serias dudas sobre la paternidad del demandado". En cambio, entre nosotros, que según se ha dicho, seguimos el sistema francés, la investigación de la paternidad no es abierta o

libre, sino limitada a los cuatro casos a que se refiere al artículo 382 del Código Civil, o sea que sólo está permitida: I, en los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; II, cuando el hijo se encuentra en posesión de 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 pretendido padre, viviendo maritalmente; y IV, cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. Sin embargo, si es evidente que en la redacción de este precepto -el 382- nuestro Código se ajusto al sistema francés de investigación limitada, también lo es que en la del 383 siguió el sistema alemán -artículo 1717 del BGB- como lo dice García Téllez en sus Motivos y concordancias, en cuanto a que estatuyo los casos en que se establece presuntivamente la filiación natural y no ya aquellos en que se permita investigarla, equiparando así la situación de los hijos que se presumen hijos del concubinato y de la concubina -el citado artículo 383 con la de los hijos que se presumen hijos de los cónyuges - artículo 324-. Sexta Epoca, Cuarta Parte: vol. VII, Pág. 225. A. D 2848/56. Ignacio Flores Alvarez. Mayoria de 3 votos(99).

Fallo pronunciado por el C. JUEZ SEGUNDO DE LO CIVIL de esta capital, Sr. Lic. Enrique Fuentes Ramirez

Anexamos a la presente investigación, la copia textual de un caso práctico, en el que "se analiza con abundante doctrina la prueba de la filiación natural y se sostiene que puede ser demostrada por medio de presunciones y que no es necesario que el hijo lleve el nombre del padre para tener comprobado su estado"; se trata de una sentencia mencionada en la revista Foro de Mexico, en su número 84, DEL AÑO DE 1960:

GARDUÑO FRANCISCO JAVIER Y  
GARDUÑO GUTIERREZ ESPERANZA

VS

MANUEL RUIZ  
ORDINARIO CIVIL.  
RECONOCIMIENTO DE HIJO

**SENTENCIA:**

MEXICO, D.F. a treinta de abril de mil novecientos cincuenta y ocho. VISTOS para resolver los presente autos del juicio sobre INVESTIGACION DE PATERNIDAD promovido por la señora ESPERANZA GARDUÑO GUTIERREZ, en representación de su hijo de nombre FRANCISCO JAVIER y por su propio derecho y.- RESULTADO:

I.- Por escrito a este juzgado el diez de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, la mencionada señora ESPERANZA GUTIERREZ, ejercitó acción de estado Civil, pretendiendo el reconocimiento forzoso de parte de MANUEL RUIZ, respecto del que asevera es hijo

de ambos, a fin de que se levante el acta ante el OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL, y se provea de alimentos al menor que representa. Como hechos fundatorios de su acción, expresa que vivió en concubinato con la parte demandada en la casa número doscientos dos de la AVENIDA PRIMERO DE MAYO en San Pedro de los Pinos, D.F., que la relación concubinaría, se inició el veinticinco de marzo de mil novecientos cincuenta y dos y se prolongó hasta junio de mil novecientos cincuenta y tres; que el quince de febrero de mil novecientos cincuenta y tres nació su hijo que concibió a virtud de la vida en común con la parte demandada; que durante el tiempo que convivieron juntos, actora y demandado, se trataron como marido y mujer; que el demandado proporcionaba todo lo necesario para el sostenimiento del hogar, incluyendo pago de sirvientes. Que durante el embarazo, la actora fue atendida por facultativos cuyos honorarios pagó el demandado que posteriormente el demandado disolvió el concubinato alegando que lo iban a visitar parientes suyos y que como el demandado es CATOLICO, lo mismo que sus familiares, era de todo punto indispensable hacer una separación temporal mientras los parientes del señor RUIZ. se regresaban a su lugar de origen.

II.- LA PARTE DEMANDADA, contestó indicando que la parte actora solicitó trabajo como ama de llaves y que por esa razón convivieron en la misma casa; que a los pocos días acudió al DOCTOR ALFONSO J. MIRANDA para que atendiera a la señora GARDUÑO de un padecimiento consistente en amenaza de aborto: que una vez evitado el aborto de referencia, la señora GARDUÑO, continuó administrando la casa del demandado percibiendo el salario convenido y con la advertencia de que llegado que fuere, el

momento del alumbramiento, dejaria de trabajar, que en los primero dias de febrero de mil novecientos cincuenta y tres, por humanidad autorizó a la actora, para que buscara un SANATORIO y que él prometió pagar los gastos necesarios. Que después de ocurrido el nacimiento consintió en que la actora volviera a la casa del demandado hasta que por razón de que unos familiares suyos venian a visitarlo, desde la Ciudad de Guadalajara, la instó para que abandonara la casa, se dice para que abandonara su casa, y que posteriormente cuando la actora se fué de la casa del demandado éste pagó el arrendamiento de la casa a donde se fue a vivir la señora Garduño y que esto lo hizo por caridad; que cuando ya no pudo ni quiso continuar dando dinero, la actora lo presionó y que quiere chantajearlo. Que opone la defensa de imposibilidad física de paternidad.

III.- En réplica y Dúplica, las partes insistieron en sus escritos iniciales de controversia.

IV.- Se fijó por la SECRETARIA EL EXTRACTO DE LA LITIS, y se abrió el juicio a prueba. Durante la dilación probatoria, ambas partes rindieron las que a su derecho convino. Ambas partes se abstuvieron de presentar alegatos en tiempo y se citó para sentencia la cual se dicta de acuerdo con las siguientes:

#### CONSIDERACIONES:

I.- La parte actora para demostrar su acción, rindió en autos las siguientes pruebas: LA CONFESIONAL a cargo del demandado; la

trestomial de los señores Doctor Ramiro Sandoval López y Miguel Ortiz Escamilla y las Señoras ABIGAIL BECERRIL DE VICTORIA y PORFIRIA PLASENCIA; la pericial químico médico y el examen antropométrico hereditario de ambas partes con relación al menor; la documental pública consistente en la copia certificada del Registro Civil que exhibió con su demanda, la documental privada que exhibió con su escrito de replica, la presuncional legal y humana. Por su parte el demandado rindió las siguientes: confesional a cargo de la señora ESPERANZA GARDUÑO documental consistente en una constancia suscrita por el Doctor Alfonso J. Miranda; la proveniente del Laboratorio de Análisis Químicos y suscrito por el Doctor R. Pérez Rabalo respecto del espermocultivo del demandado. II.- Con la copia CERTIFICADA del Registro Civil que obra en autos, exhibida por la parte actora en su demanda, quedó plenamente demostrado el nacimiento del menor FRANCISCO JAVIER GARDUÑO, quien nació el día quince de febrero de mil novecientos cincuenta y tres. El acta de nacimiento tiene valor probatorio pleno de conformidad con lo dispuesto por el artículo 411 del Código de Procedimientos Civiles. Conviene aludir a opiniones doctrinarias en virtud de que casos como este son escasos en los TRIBUNALES MEXICANOS y por ende es poca la literatura al respecto. El derecho Mexicano, en cuanto al sistema de filiación natural se refiere, sigue la tradición francesa. El licenciado José M. Cajica, al traducir y compendiar la obra de PLANIOL y Ripert en el TOMO RELATIVO a DIVORCIO Filiación e incapacidades dice en la página ciento cincuenta y nueve, 1465.- Inutilidad del acta de nacimiento.- En el sistema del Código, el medio de prueba normal de la filiación natural, tanto para la maternidad como para la paternidad es un reconocimiento

voluntario, emanado del padre o de la madre. Ningún texto ha repetido para los hijos naturales, lo que el artículo 319 establece respecto a los hijos legítimos, a saber, que su filiación se prueba por medio del acta de nacimiento. El acta de nacimiento de un hijo natural no le presta el mismo servicio, aun cuando en ellas se haya asentada el nombre de la madre, prueba únicamente el hecho del nacimiento y su fecha: que un niño, hombre o mujer, nació en tal día y en tal lugar. ¿Pero de quién?, ¿Quién es su madre? El acta no tiene por objeto decirlo.- El pensamiento de los autores de la ley es claro y cierto: no fue su intención que el acta de nacimiento sirviese de título al hijo natural para probar su filiación: aun de parte de la madre se requiere el reconocimiento, es decir una confesión especial. No debe concluirse de lo anterior que cuando el acta de nacimiento indica el nombre de la madre no puede ésta servir de medio de prueba en la investigación de la maternidad natural; pero la jurisprudencia ha decidido de otra manera. (No. 1510)". Sin embargo en el punto referente al valor probatorio del acta de nacimiento, el derecho mexicano se aparta del derecho francés ya que el artículo 360 del Código Civil, dice que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta en relación a la madre del sólo hecho del nacimiento, de tal manera que la filiación materna pueda probarse inclusive por medio de testigos y en este caso se exhibió acta de nacimiento: con mayor razón está debidamente acreditada la filiación materna, y la fecha de nacimiento, que es sumamente importante para verificar si ocurrió después de ciento ochenta días del inicio de la vida concubina.

III.- La prueba confesional rendida a cargo del demandado aporta al juzgador elementos presuncionales por lo siguiente: La vida marital por su naturaleza es refractaria a la prueba directa, como lo son todos los hechos impúdicos; en consecuencia, solamente la prueba indiciaria o presuncional puede aportar luces al juzgador. Ahora bien, el demandado aceptó que vivió junto con la actora, que la llevó con un médico para atenderla de su gravidez, que pagó los honorarios del médico, que la llevó al Sanatorio de SANTA TERESITA; que se entendió con el Médico del SANATORIO que pagó los honorarios de éste; que la llevó al SANATORIO para que la atendiera del parto; que después del parto, volvió con ella y con el recién nacido a la casa doscientos dos de San Pedro de los Pinos; AHORA BIEN. Toda esta conducta de la parte demandada no puede explicarse sino en función de una relación de concubinato con la actora. En el derecho FRANCÉS una conducta como la manifestada por la parte actora, configura un caso específico de investigación de paternidad. En efecto leemos en la traducción del doctor MARIO DIAZ CRUZ de la obra de MARCELO PLANIOL y JORGE RIPERIT en el TOMO SEGUNDO relativo a la familia. "MANUTENCION Y EDUCACION DEL HIJO". 907.- MOTIVOS DE ESTE QUINTO CASO.- Por su texto el artículo 340-5o. Sugiere cierta relación con la antigua jurisprudencia que declaraba ejecutoria una promesa de mantenimiento hecha por el padre natural, y algunos autores ven en dicho texto una consagración de esa jurisprudencia (1): otros la relacionan con la confesión escrita (2): en este caso debería admitirse como confesión tácita con particular fuerza probatoria, pero el examen de los trabajos preliminares revela que el legislador partió de un tercer concepto. Este quinto caso estaba destinado a atribuir cierta significación a la posesión de estado

en materia de filiación natural: la ponencia de la ley en el senado está influenciada por las ideas de Demolombe y por la ley belga que admite la investigación de paternidad en el caso de posesión de estado. El papel que se le asignaba a dicha posesión de estado era por otra parte mucho más modesta que el que tiene en la filiación legítima, puesto que no tenía por efecto como hubiera querido DEMOLOMBE, hacer que se admitiera de pleno derecho la paternidad (supra, No. 821). En el proyecto primitivo la posesión de estado estaba desprovista de uno de sus elementos tradicionales; no se exigía que el hijo fuese reconocido por todos como fruto de su pretendido padre. En el transcurso de la discusión desapareció otro de los elementos de la posesión de estado, el nombre, que se reemplazó exigiendo que el mantenimiento del hijo se hiciera en concepto de padre (3).- Así pues, la posesión de estado quedó reducida casi a uno solo de sus elementos; pero en todo caso la idea muestra del texto es la consagración de un elemento de la posesión de estado, y no la de una confesión o de una obligación tácita.- Ahora bien, en los antecedentes de nuestra legislación una posesión de estado incompleta es causa de una investigación de paternidad; no así en nuestro derecho; sin embargo, la mencionada posesión de estado si es un elemento presuncional, que reforzado con otras presunciones, puede llevar al ánimo del juzgador la certeza de la paternidad. En la especie, la conducta del demandado otorga una incompleta posesión de estado al menor Francisco Javier, por los cuidados preliminares a su nacimiento y que han quedado concretados en este considerando.

IV.- La prueba testimonial rendida en autos por la parte actora robustece la presunción sobre la certeza de paternidad que se deriva de la confesión. En uso de arbitrio Judicial que el artículo 419 del Código de Procedimientos Civiles concede al suscrito Juez, no se atribuye valor probatorio pleno a dicha testimonial; sin embargo, el efecto presuncional de las declaraciones de los testigos constituye en prueba iniciaria. El testimonio del doctor Ramiro Sandoval Lopez, que declara que el señor Ruiz le habló por teléfono manifestándole que su esposa se sentia mal, enlazado al testimonio de Abigail Becerril de Victoria en el sentido de que el demandado llevó a la casa de la declarante a la actora con una sirvienta, hace mas vehemente aún la presunción sobre la certeza de paternidad y se toma en cuenta que el señor Ruiz dejó dinero para los gastos, lo que como antes se dijo, no puede explicarse sino en función de una relación de concubinato y de paternidad con los actores. Una nueva presunción deriva del testimonio de PORFIRIA PLASENCIA DE JUAREZ, a quien le consta que la parte demandada, pagaba a la actora dos sirvientas, a saber una cocinera y otra recamarera; esa testigo por haber sido lavandera de ambas partes, pudo darse cuenta de los hechos sobre los que declaró y a virtud de que no fué repreguntada, hace más fehacientes todas las presunciones que se han ido relatando en el desarrollo de esta SENTENCIA.

V.- Respecto a las pruebas periciales aportadas en autos, el suscrito juez en uso de la facultad que le concede el artículo 419 del Código de Procedimientos Civiles, no les atribuye valor probatorio ya que hasta la fecha dichas pruebas periciales no son

concluyentes como lo expresa en su conclusión el perito ERNESTO SODI PALLARES.

VI.- Respecto a las pruebas del demandado cabe decir que la confesional que propuso a cargo de la actora, fué de resultados negativos ya que los hechos admitidos no desvirtúan la existencia del concubinato pues no es incompatible el cargo del gobierno de una casa con una relación concubinaría y por el contrario, el que la actora haya admitido encargarse del gobierno de la casa comun, aceptar la atención médica que se le brindo, tener pláticas con el Señor Ruiz sobre el estado de gravidez, refuerza la presunción de la vida concubinaría.

VII.- A mayor abundamiento y antes de invocar el escrito de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, es conveniente transcribir el siguiente apartado que obra en la página seiscientos seis del TOMO UNO de la traducción que hizo el Licenciado José M. Cajica, del autor Julián Bonnacase, página seiscientos seis in fine. El concubinato notorio durante el período legal de la concepción que constituye el cuarto caso de investigación de paternidad ha originado graves dificultades en la jurisprudencia. Sin embargo, se ha resuelto la cuestión en forma favorable al hijo. Es así como se encuentra la fórmula siguiente en una sentencia de la Corte de apelación de Poitiers del 18 de febrero de 1933 (S-33. 140). "La continuidad, la estabilidad, la notoriedad y la exclusividad de las relaciones íntimas durante el período legal de la concepción, que bastando para caracterizar el concubinato, permiten declarar judicialmente la paternidad fuera del matrimonio, no implican necesariamente, la comunidad de habitación entre los concubinos". Por su parte la

Corte de Casación admite que el concubinato no implica necesariamente que los amantes tengan habitación común. Es necesario y suficiente, que la continuidad, estabilidad y exclusividad de sus relaciones sean notorias. Ahora bien, en el Derecho Francés el concubinato es causa de investigación de paternidad, no así en nuestro derecho como se asienta en el amparo directo 2848/56.- Ignacio Flores Alvarez resuelto el veintitres de enero de mil novecientos cincuenta y ocho y que en su parte relativa dice: sin embargo, si es evidente que en la redacción de este precepto 382 nuestro Código se ajustó al sistema Francés, de investigación limitada, también lo es que en la del 383 siguió el sistema Alemán (Artículo 1717 del BGB). como lo dice García Tellez en sus motivos y concordancias, en cuanto a que estatuyó los casos en que se establece presuntivamente la filiación natural y no ya aquellos en que se permita investigarla, equiparando así la situación de los hijos que se presumen hijos del concubinario y de la concubina (artículo 383) con la de los hijos que se presumen hijos de los cónyuges (artículo 324). En conclusiones en la especie está probado el concubinato y que el hijo que se atribuye al presunto padre, nació después de ciento ochenta días de establecido el concubinato, por lo que procede declarar y resolver que la parte actora probó su acción. Por lo expuesto y fundado es de resolverse y se resuelve:

PRIMERO.- La parte actora probó su acción.

SEGUNDO.- En consecuencia, se declara que el menor Francisco Javier Garduño, es hijo natural de MANUEL RUIZ que figuró como parte demandada en este juicio.

TERCERO.- Se condena al demandado al pago de una pensión alimenticia en favor de su hijo FRANCISCO JAVIER GARDUÑO, que en lo sucesivo y atento lo que dispone el artículo 389 del Código civil, se le llamará FRANCISCO JAVIER RUIZ GARDUÑO.

CUARTO.- El monto de dicha pensión se fijará en ejecución de sentencia de acuerdo con lo que establece el artículo 311 del Código Civil.

QUINTO.- Se declara que el menor FRANCISCO JAVIER RUIZ GARDUÑO, tiene derecho a gozar de las prerrogativas consignadas en el artículo 389 del Código Civil.

SEXTO.- Remítase copia de esta SENTENCIA al Oficial del Registro Civil del domicilio de los actores, para que proceda a levantar el Acta de reconocimiento forzado que deriva de esta RESOLUCION.

NOTIFIQUESE PERSONALMENTE.- Así lo resolvió en definitiva el C. Juez Segundo de lo Civil Licenciado Enrique Fuertes Ramírez. Doy fé. Dos firmas<sup>(100)</sup>.

## **CAPITULO IV**

### **DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS**

#### 4.1 Aspectos generales

En general, los autores estudiados, no establecen un concepto sobre lo que debe entenderse por "pruebas biológicas", pero ya empiezan hablar de ellas, como veremos más adelante.

No existe doctrina en México que profundice sobre lo que se conoce como "pruebas biológicas", y mucho menos legislativamente. Pero para nosotros, las "pruebas biológicas" pueden ser definidas como medios que auxilian al juzgador para crearle certidumbre sobre los hechos controvertidos en un proceso, elaborados y rendidos por un especialista en las ciencias biológicas. No entraremos a profundizar lo que se entiende por Biología, pero en general es definida como "la ciencia de la vida", la cual "estudia las múltiples formas que pueden adoptar los seres vivos, así como su estructura, función, evolución, crecimiento y relaciones con el medio. Se ha transformado en una ciencia tan amplia que de ninguna manera puede dominarla un solo hombre, ni es posible exponerla en forma completa en un solo libro..."(10). Entre las ciencias biológicas encontramos: la embriología, la parasitología, la citología, la histología, la genética, la taxonomía, la ecología, etc. Entre todas estas, es la Genética, la ciencia biológica a la que propiamente hacen referencia algunos juristas, a fin de que por medio de sus conocimientos científicos se auxilie al juzgador para acreditar o desacreditar la paternidad, así como la misma

101. Claude A. Ville, *Biología*, p. 2.

maternidad.

A pesar de que existe la posibilidad de ser ofrecidas las pruebas biológicas en nuestro derecho, como se desprende de los artículos 325, 326, 341, 382 fracción IV, 385 del Código Civil, y 278, 293, 385, 346 a 353 del Código de Procedimientos Civiles, no existe doctrina, practica juridica, tesis o jurisprudencia de la Corte que respalde, resuelva o defina la manera en que serán admitidas, desahogadas y valoradas.

El problema en México, y aún más importante de que exista doctrina o legislación sobre las pruebas biológicas, es el hecho, como lo señala el Dr. Alfonso León de Garay, científico prestigiado del Instituto Nacional de Investigaciones Nucleares, es que "no se puede hablar de la prueba mientras no existan laboratorios instrumentados para hacer estudios de perfiles de ADN, (ácido dexosirribonucleico), y mientras esos laboratorios no cuenten con especialistas en genética humana, especializados en genética molecular..."(1)

Ya en otros países es común y ordinario que en "los juicios donde se discute la realidad de un vínculo de filiación, se resuelven la generalidad de los casos mediante pruebas biológicas. Estas consisten en procedimientos científicos que establecen o bien la imposibilidad de determinado vínculo, o bien la realidad de este"(102).

\*. Entrevista por el autor con el Dr. Alfonso León de Garay.

102. Gustavo A. Bassert, *et. al.*, *op. cit.*, p. 379.

Esto es muy lógico de comprender, ya que "las leyes naturales de la descendencia biológica afectan también, con su rigor objetivo y su determinismo científico, a la especie humana: no hacen excepción cuando se trata del hombre y sus hijos. La base biológica que por definición hay en la filiación legítima (hijo legítimo es el engendrado por el marido de la madre) justifica esa actuación en nuestro campo. La relación biológica entre padre e hijo legítimo, si existe en cada caso concreto, debe responder a aquellas leyes, y si estas se quiebran, es ese caso, cuando trate de comprobarse la descendencia biológica que debiera haber entre ellos, puede afirmarse que el hijo en cuestión no ha sido engendrado por el presunto padre. Puede tenerse la seguridad, además, de que ese resultado negativo es mucho menos falible que todos los testimonios, certificados de residencia y demás pruebas más o menos indirectas dirigidas a demostrar la no cohabitación o la certeza moral, siempre relativa, de la no paternidad"(103).

Por lo que a continuación en los siguientes puntos de estudio se analizará cual ha sido la trayectoria y alcances de las pruebas biológicas en nuestro país y principalmente en otros países, ya que el derecho comparado nos ilustra sobre los avances científicos que han adoptado otros Estados de Derecho a fin de conocer la verdad real y biológica que existe en el parentesco consanguíneo que el línea recta une a ascendientes y descendientes, obteniendo una mayor seguridad y certeza jurídica para beneficio no solamente de padres e hijos, sino en general del núcleo familiar y de la sociedad en su conjunto.

103. Francisco Rivero Hernández, *op. cit.*, p. 496.

#### 4.1.1 Entrevista con el Dr. Alfonso León de Garay

A fin de ilustrar y aclarar mejor lo relativo a las pruebas biológicas, sus alcances, problemática y evolución en México, transcribimos a continuación la valiosa entrevista que nos brindó el Dr. Alfonso León de Garay, prestigiado científico del Instituto Nacional de Investigaciones Nucleares, en la que de manera clara y concreta expone sus ideas sobre el tema, y en particular sobre la prueba denominada "La huella digital del ADN (DNA Fingerprint)", de la cual es el principal exponente en México:

No se puede hablar de la prueba mientras no existan laboratorios instrumentados para hacer estudios de perfiles de ADN, y mientras esos laboratorios no cuenten con especialistas en genética humana, especializados en genética molecular, y de ninguna manera suponer que los estudios de perfiles de ADN se resuelven con pequeños "kits" o estuches de reactivos capaces de hacer estudios de comparación en casos de identificación de criminales en delitos sexuales u otras formas de conducta patológica, o en casos de adopciones ilegítimas.

El Dr. de Garay estando fuera del país fue consultado como genetista en ciertas instancias internacionales para aportar su criterio y orientaciones encaminadas a la identificación de parentescos en niños ilegalmente sustraídos a sus familias, y sostenidos a adopciones ilegítimas, y posteriormente ilustrar puntos de vista y criterios

sobre pruebas biológicas a partir de rastros derivados de tejidos orgánicos individuales, tales como el semen, cabellos, fragmentos de piel, mucosa oral, secreciones de glándulas en general, e incluso la secreción urinaria.

El problema de la identificación de parentescos, especialmente progenitores o parientes cercanos, se ha planteado desde tiempo atrás, y las primeras aproximaciones resultaron inciertas cuando originalmente se recurrió a tres sistemas principales eritrocitarios: los sistemas de grupos sanguíneos ABO, MN y Rhesus, o sistema Rh. Los recursos erológicos sólo probaron su eficiencia en casos limitados sin una aproximación precisa a la individualidad, como conclusión que pudiera coincidir con el hecho estadístico y la teoría de la probabilidad.

El enfoque adquiere mayor perfección cuando se utiliza un sistema de genes encadenados que genéticamente se transmiten como un todo, y que son revelados por la tecnología que examina lo que se entiende como antígenocolositario específico.

En 1985 en la Universidad de Leicester, en Inglaterra, Alec J. Jeffreys descubre lo que traslada a una comunicación en hechos, como la huella digital del ADN que significa el

reconocimiento de la existencia en cada persona de un perfil individual de ADN que se reconoce en los llamados fragmentos polimórficos de longitud variable, de los que puede deducirse en forma concluyente la semejanza o diferencia con fragmentos semejantes utilizados en la prueba recurriendo a la tecnología que se denomina DNA recombinante o sondas moleculares capaces de identificar fragmentos de codificación de nucleótidos en la molécula.

El Dr. de Garay preocupado por la información periodística que alarma a la población de México, cuando se hace del dominio público que existen bandas de violadores con posible a sospechoso patrocinio institucional, atacan impunemente a jóvenes mujeres que atemorizadas, cuentan con pocas opciones de identificar a los criminales, a riesgo de que ellas o sus parejas, algunas veces obligados testigos del acto delictivo, sean sometidos a denuncias de narcotráfico u otra clase de acusaciones infundadas comprendidas en el esquema delictivo de los atacantes, comprometidos además en el delito de estorción. Se tiene presente que es práctica tradicional y común cuando la intención es ejercer la justicia con base en la confesión del acto delictivo, esta se obtiene por la vía de la tortura, sin reconocer el hecho probado que en

numerosos casos la confesión no constituye prueba plena en el acto delictivo.

El Dr. de Garay estableció contacto con el procurador General de Justicia del Distrito Federal. Lic. Ignacio Morales Lechuga, quien mostró interés y decisión incontrabertible de incorporar la huella digital del ADN al ejercicio de la justicia, subrayando la necesidad de que juristas colaboradores estudiaran la viabilidad de dar validez jurídica a la prueba en las reformas de la legislación penal llevadas a cabo en ese momento; tal información aportada por de Garay, fue transmitida a la Dirección de Servicios Periciales que de momento carecían de información sobre dicha prueba pero de ninguna manera mostrando resistencia a su aplicación.

El Dr. de Garay puso a disposición de la Procuraduría planos y presupuestos relativos a la instalación de un laboratorio de criminología molecular, y puso a disposición de la misma dependencia posibilidades de adiestramiento en centros avanzados en criminología para médicos o genetistas, considerando que en el curso de unos meses a un año, se podría disponer de algunos especialistas genetistas, médicos o bioquímicos, capaces de instalar esa tecnología, ofreciendo además asesoramiento personal a partir de los

laboratorios de radiobiología y genética fundados hace treinta años por el mismo investigador, en el Instituto Nacional de Investigaciones Nucleares.

Como resultado de entrevistas sucesivas con los colaboradores de la Dirección de Criminología, el Dr. de Garay fué informado que dichos servicios se asesorarían en lo sucesivo de especialistas de F.B.I., (Federal Bureau of Investigation), quienes estaban dispuestos además a suministrar adiestramiento técnico en cursos sistemáticos de cuatro a cinco semanas, previstas para la práctica de éstas pruebas, lo que de ninguna manera significa formación de recursos humanos indispensables para desarrollar esta actividad, de maestría o doctorado en genética, bioquímica o materias a fines.

En forma consecutiva el Procurador, cambió de adscripción con un nuevo nombramiento de Procurador General de la República, y el Dr. de Garay no tuvo acceso a decisiones consecutivas, y sólo supone que la tecnología no fue instrumentada a partir de informes de la prensa, sobre problemas no resueltos de robo de infantes en clínicas, y situaciones conflictivas sobre problemas de legitimidad.

En el presente, el Dr. de Garay promueve la instalación de la tecnología en los laboratorios

del Instituto Nacional de Investigaciones Nucleares, pero restringe su actividad a otras aplicaciones relacionadas con la investigación molecular de ADN y los efectos biológicos de las radiaciones, y otras aplicaciones de gran importancia relacionadas con la llamada antropología molecular, los orígenes de las poblaciones, y estudios que se enriquecen notoriamente con la llamada investigación del ADN mitocondrial, y la llamada reacción en cadena de la polimerasa capaz de reproducir genes o mensajes genéticos en el laboratorio, en una cantidad ilimitada hasta conocer propiedades, relaciones, consecuencias de aminoácidos y síntesis de proteínas.

El Dr. de Garay sustenta el criterio de impedir difusión de éstos conocimientos, y del significado de éstas tecnologías, sin que como sustento de conclusiones y opiniones, se cuenten con los laboratorios de biología molecular, equipo, instalaciones y recursos humanos capacitados, tanto para el desarrollo de la tecnología, como para su incorporación al sistema legal mexicano."(2).

2. Entrevista por el autor con el Dr. Alfonso León de Garay, llevada a cabo en las instalaciones del ININ el día 31 de marzo de 1992.

#### 4.2 De la presunción de paternidad a las pruebas biológicas

Como señalamos en el primer capítulo, la presunción de paternidad, a sido una de las instituciones jurídicas que muy poco a variado a través de la historia del Derecho, ya que desde el derecho romano hasta nuestros días (en muy pocas legislaciones de los Estados se sigue considerando como es el caso de México), es la presunción de paternidad propiamente la única manera de dar solución a los problemas que se suscitan en los conflictos de paternidad legítima, según la regla romana que dice: "pater is est quem nuptiae demonstrant".

Ya son muchos países, de los llamados "civilizados", que han adoptado y considerado los grandes cambios y avances que en la ciencia se van dando día con día, para ser aprovechados a favor de su sociedad, y con apoyo de su legislación. Entre estos países encontramos a Alemania, Austria, Suiza, Inglaterra, Estados Unidos, Checoslovaquia, Dinamarca, Polonia, Francia, Italia, España, Bélgica, Holanda, así como Argentina y Uruguay.

No fue, sino hasta finales del siglo pasado, cuando la prueba de presunción de paternidad legítima (prueba indirecta), fue perdiendo terreno y eficiencia como medio para solucionar conflictos de ésta índole. Las pruebas biológicas (prueba directa) son por lo tanto relativamente recientes, al considerar las leyes científico-naturales más avanzadas y definidas, que entre ellas encontramos a las Leyes de Mendel, de 1865. Y como señala Francisco Rivero Hernández: "En los últimos años se ha avanzado extraordinariamente en este terreno, quizá el de más espectaculares conquistas: la Genética, la Bioquímica, la

Biofísica... han profundizado como nunca pudo pensarse en el conocimiento de la célula, los genes, los cromosomas (éstos son 23 en la especie humana, y no 24, como se creía hasta hace unos años), la clave bioquímica de la herencia biológica y de la vida..., y es más todavía lo que promete este campo de la investigación"(104).

Manuel Pérez Maicas dice al respecto que "la realidad histórica de nuestros días, y las conmociones de toda índole registradas en el transcurso de este siglo, han provocado una profunda transformación en las concepciones morales y sociales de nuestra época, que han influido de manera poderosa en los distintos sistemas jurídicos actuales. Por consiguiente, una institución como la de la llamada investigación de la paternidad, que tiene un contenido tan rico en perspectiva, no sólo de tipo moral, sino también de carácter social, ha estado sometida al inevitable influjo de los vaivenes de nuestro tiempo, que, de una manera muy directa, tienden a conseguir la igualdad de todos los seres humanos y cuya plasmación material han tomado a veces impulsos verdaderamente incontenibles que han dado lugar a cruentos movimientos de tipo político y social"(105).

A través de los años, los científicos han mejorado los alcances de la genética en la definición de la paternidad o no paternidad, hasta llegar al grado de manifestar que se trata de

104. Francisco Rivero Hernández, *op. cit.*, p. 496.

105. Manuel Pérez M., Boletín del Instituto de Derecho Corporado, p.9.

"pruebas directas" con un valor pleno en sus resultados. Con esto, se deja a un lado las teorías que pretendían dar fundamento y solidez a la presunción de paternidad; teorías que comentamos en general en el primer capítulo y que son las siguientes:

a). Teoría "dominical" o por derecho de accesión:

es la primera que aparece históricamente, y se basa en la idea de atribuir el hijo al marido de la madre, por el derecho que sobre ésta tiene su marido, de la cual el hijo es un "fruto" o accesorio.

b). Teoría basada en la fidelidad e inocencia de la esposa:

... la presunción de paternidad legítima se funda en la fidelidad que la esposa debe al marido, como obligación matrimonial primera y fundamental...

c). Teoría fundada en la cohabitación y fidelidad matrimoniales:

justifica la presunción de paternidad como consecuencia de las relaciones sexuales exclusivas y excluyentes entre los cónyuges, y la explica por la comunidad de vida que el matrimonio supone y los deberes morales y jurídicos que lleva consigo...

d). Teoría basada en la vigilancia del marido:

reposa sobre la idea de que al marido le está encomendado el orden y la policía de su casa

justificando la atribución de la paternidad al marido por la vigilancia que éste ejerce sobre su mujer facilitada por la convivencia y la autoridad marital.

e). Teoría voluntarista (o del reconocimiento o admisión anticipada del hijo por el marido). Fue elaborado por Colin, quien parte de la premisa de que la paternidad es un hecho imposible de probar por lo que no puede resultar sino de un reconocimiento, de un acto de voluntad de padre.

f). Teoría formalista, de Cicu: para este autor, la presunción de paternidad..., tiene su base en el acta de nacimiento en la que el hijo figure como nacido de mujer casada... De tal forma que las presunciones de paternidad como la de concepción, son integradoras de esta de nacimiento.

g). Teoría de la cohabitación causal: formulada por Rivero Hernández, quien sostiene que la regla pater is est al atribuir la paternidad al marido, lo que hace es suponer en principio, que la esposa ha cohabitado con su marido... y luego, que el hijo ha nacido de esa cohabitación precisamente, y no de ninguna otra, aunque la hubiere habido" (mientras no se pruebe lo contrario). (106).

Ya no debemos, por lo tanto, considerar que la presunción de paternidad sea la manera principal de resolver los conflictos de paternidad legítima o natural, claro está que el haber llegado a esta conclusión no ha sido fácil, como lo señala el Dr. Zicarelli Filho: "Sin lugar a duda, la institución del Derecho de investigación de la paternidad se proyecta como uno de los más debatidos del derecho civil, y ha sido objeto de las mayores controversias entre juristas en todas las legislaciones del mundo civilizado", y agrega que "las opiniones se dividen en tres: es decir, sistemas doctrinarios, como podríamos llamarlos: la corriente radicalmente prohibitiva de la indagación de la paternidad, la moderada que la admite con ciertas restricciones, y finalmente la libertad, que no le opone ningún obstáculo y que busca favorecer a la prole ilegítima"(107).

#### 4.3 Clases de pruebas biológicas

No pretendemos por ningún momento profundizar en la exposición de las bases o fundamentos científicos de cada una de las pruebas biológicas que a la fecha existen, ya que dicha exposición corresponderán a los científicos especialistas en genética, bioquímica o ciencias afines, que por medio de sus obras así lo dan a conocer al mundo. Tomamos, en principio, como cierto, y en base a las experiencias de otros países, y principalmente a los resultados obtenidos en "la huella digital de ADN" que expone el

107. Zicarelli Filho, Revista Mexicana de Derecho Penal, p. 111.

Dr. Alfonso León de Garay, que todo lo relativo a los avances científicos en materia de genética molecular es de gran utilidad para el Derecho, a fin de que sirvan de medio para dar solución a conflictos tan relevantes y trascendentes, que en materia familiar se suscitan en nuestra realidad social.

La inquietud y finalidad que motivo en gran parte la presente investigación, se debe a que la gran mayoría de los autores mexicanos de Derecho de Familia, no conocen y mucho menos hablan de los alcances jurídicos del uso de las pruebas biológicas en un procedimiento de desconocimiento, contradicción o investigación de la paternidad. Y como ejemplo de lo anterior, citamos a Antonio de Ibarrola, que en su obra "Derecho de Familia", 3a. edición, DEL AÑO DE 1984, dice:

"En cuanto a la prueba, repetimos que la filiación por lo que hace a la madre es la única susceptible de ser probada directamente; el hecho del parto puede quedar establecido por testigos y documentos con toda certidumbre. Por el contrario, la paternidad no es más que una probabilidad: el hecho de la concepción escapa a toda prueba directa o se establece por presunciones que no establecen certidumbre" (108).

Lo que implica para este autor, que en el caso de un

conflicto de paternidad, el marido o el hijo, deberán estar sujetos principalmente a lo que se determina en la presunción de paternidad en el Código Civil, quedando en "estado de indefensión" al no poder acreditar o desacreditar el parentesco consanguíneo que los une en primer grado, en línea recta. Para el autor la paternidad escapa de la posibilidad de ser acreditada o desacreditada por medio de prueba directa, como es el caso de las pruebas biológicas.

Según los autores extranjeros, y en el caso de México el Dr. Alfonso León de Garay, hablan de la existencia de las siguientes pruebas biológicas:

1. Prueba basada en la herencia de caracteres patológicos
2. Prueba Heredobiológica o Antropomorfológica.
3. Prueba o método de Kühne.
4. Prueba de grupos sanguíneos.
5. Prueba del grado de madurez del recién nacido.
6. Prueba del Locus cromosómico leococitario humano o prueba HLA.
7. Prueba de la huella digital del ADN

#### 4.3.1 Prueba basada en la herencia de caracteres patológicos

Esta prueba está regida por las leyes de Mendel, fundamentalmente, aunque no se cumplan éstas del todo, como señala Francisco Rivero Hernández. Para este autor, esta prueba "No ha alcanzado todavía solvencia suficiente para ser utilizada en la impugnación de la paternidad legítima, si bien no puede excluirse que en un futuro,

quizá muy próximo, haya alcanzado una «mayoría de edad» científica que la haga idónea y utilizable, habida cuenta del gran avance que día a día adquieren las ciencias biológicas" (109).

Esta prueba hace referencia a las enfermedades hereditarias, que pueden ser:

- a) Dominantes (como taras morfológicas, orgánicas, humorales y neuropsíquicas).
- b) Recesivas (pie zambo congénito, nistagmus primario, enanismo, albinismo, sordomudez congénita familiar, epilepsia micrónica, esquizofrenia...), o
- c) Enfermedades ligadas al sexo (Del cromosoma X: la hemofilia, daltonismo, atrofia del nervio óptico...; del cromosoma Y: la ictiosis congénita, pies palmeados...).

Francisco Rivero Hernández, además de hablar de las enfermedades anteriores, señalan que también los científicos dicen que se trata de "pruebas fundadas en la herencia de ciertas cualidades psíquicas, aptitudes profesionales, facultades intelectuales o artísticas, de carácter, y de ciertas propiedades o aptitudes fisiológicas" (110).

109. Francisco Rivero Hernández, *op. cit.*, p. 499.

110. *Idem*.

#### 4.3.2 Prueba heredobiológica o antropomorfológica

"Se basa en el estudio de los principales caracteres morfológicos, cuya herencia se transmite según las leyes mendelianas, en el hijo, en la madre y en el presunto padre. Las modernas técnicas hacen el examen comparativo en 260 y hasta 300 caracteres diferentes, valorados por el perito"(111)

Señala el mismo autor Rivero Hernández, que entre los principales caracteres encontramos: "la nariz, forma y color de los ojos, pabellón de la oreja, diámetro craneales, color y estructura de los cabellos, labios, forma del paladar (arrugas y crestas transversales palatinas), columna vertebral, manos, dibujos papilares, huellas dactilares (valor cuantitativo, situaciones del centro de dibujo, relación de anchura a altura, tipo de dibujo...) y otros muchos caracteres, hasta 300, aunque a veces el examen se reduce a los 100 más definidos o fundamentales"(112).

"La prueba antropologica da lugar a varios resultados, según una amplia gama de posibilidades", es decir crea un subjetivismo, y por lo cual "la Sociedad Alemana de Antropología las concreta en estos grados: paternidad no determinable, paternidad posible, paternidad probable o improbable, paternidad más probable que la no paternidad, o al contrario, y paternidad prácticamente probada o prácticamente excluida (con verosimilitud confinante con la certeza)"(113). Por lo que respecta a ésta puede variar: para unos

111. Ibid., p. 500

112. Ibid.

113. Ibid., p. 501

autores deberán estar en el mismo lugar y momento todas las personas por examinar, y otros dicen que sea por separado; pero en lo que concuerdan es que sean examinados por el mismo perito, y que a fin de obtener mejores resultados de los exámenes del hijo, éste deberá ser examinado cuando haya cumplido cuando menos tres años.

Es criticada esta prueba por dejar en manos del perito apreciaciones personales, siendo empírica e incierta. Pero los científicos la han pretendido "objetivizarla", con el empleo de métodos matemáticos: es el método o prueba antropobiométrica, de Kelter, reforzada por Baumann. "La principal novedad radica en la comparación de las concordancias o diferencias relativas de esos caracteres con los de medias conocidas de la población de esos caracteres con los de métodos estadísticos, que permiten llegar a conclusiones de posibilidad, probabilidad y seguridad (relativa claro) de paternidad o no paternidad"<sup>(114)</sup>.

Las objeciones en contra de la prueba de ser subjetiva y de que los índices morfológicos tienen distinto valor, son debatidas por los especialistas diciendo que "el subjetivismo que se alega contra la prueba heredobiológica por la valoración personal del perito no es superior al que hay en toda otra prueba pericial o testifical, declaración de un hombre, siempre teñida de subjetivismo, por muy objetiva que se crea. Y los errores que se achacan al método matemático no han pasado desapercibidos a sus autores ni difieren de los implícitos en todo método estadístico,

114. *Ibid.*, pp. 501-502.

que cuenta con recursos para salvarlos. Las ventajas de esta prueba, cuya seriedad y eficacia están hoy fuera ya de toda duda, son, en cambio, muy notables: no sólo es válida para la exclusión de la paternidad (como la prueba de sangre), sino que conduce también a resultados positivos (afirmación de paternidad)"(115).

#### 4.3.3 Prueba o método de Kühne

Es una variedad de la prueba comentada anteriormente, y es conocida como la "prueba morfológica de la columna vertebral o método de Kühne", "en cuanto se funda en transmisión hereditaria de ciertos caracteres morfológicos de la columna vertebral, según las leyes de Mendel. Su fundamento a grandes rasgos, es el siguiente: las vértebras de la columna son de varias clases: siete cervicales, doce dorsales, cinco lumbares, cinco sacras y de tres a seis coxigeas. Cada clase tiene caracteres más o menos definidos, pero no se presentan puros casi nunca, y a veces la séptima vértebra cervical, por ejemplo, parece más bien dorsal, o la primera dorsal parece cervical; el reparto, pues, de cada clase de vértebras, puede darse a un nivel superior o inferior. Esas variaciones pueden ocurrir en dirección craneana (tendencia a la reducción) o caudal (tendencia al aumento)"(116).

Esta prueba sólo es eficaz en la exclusión de paternidad, y ha recibido críticas y objeciones científicas en cuanto a sus

115. *Ibid.*, p. 503.

116. *Ibid.* pp. 503-504.

fundamentos, por lo que en la actualidad se tiene por desacreditada como medio de prueba de la paternidad, es decir, no se le da valor probatorio pleno.

#### 4.3.4 Prueba de grupos sanguíneos

Según Rivero Hernández, "es esta, sin duda, la más importante y mejor acreditada entre las biológicas"<sup>(117)</sup>. Esta prueba, en general, esta compuesta de los sistemas ABO (descubierto por Landsteiner en 1900) y sistema M, N, y MN, así como por los factores: «S», «P-p» (descubierto por Landsteiner y Levine en 1927), y Rhesus («Rh») (descubierto por Landsteiner y Wiener en 1937).

Según Bernstein, citado por Rivero Hernández, "el grupo sanguíneo en el sistema ABO esta determinado por la existencia de tres genes diferentes, alelomorfos independientes; cada persona tiene uno de esos genes en sus células germinales.

Por la dominancia de A y B, y recesividad del O, las nueve combinaciones posibles dan lugar a seis genotipos y cuatro fenotipos o grupos sanguíneos: A, B, AB y O. Las leyes a que se hace referencia en el texto son: Ley 1a: «Las propiedades de los grupos A y B se heredan según las leyes de Mendel, como propiedades dominantes; por tanto, no puede darse en los hijos si no existían en los padres» (Von Dingern y Hirszfeld), Ley 2a.:

117. *Ibid.*, p. 504

«El padre o la madre del grupo O no puede tener un hijo del grupo AB; el padre o madre AB no pueden tener un hijo O (Bernstein)»(118).

Señala Rivero Hernández, citando a Landateiner y Levine, que éstos autores descubrieron nuevas propiedades grupo-específicas, diferentes e independientes del sistema ABO y expone brevemente su base científica. Pero para fines jurídicos, lo que nos interesa es hacer mención de las leyes que rigen su herencia del sistema M, N y MN: "1a «la propiedad M-N no puede aparecer entre los hijos si no está presente en alguno de los padres»; 2a «el padre o madre M no puede tener hijo N; el padre o madre N no puede tener un hijo M»,»(119).

Un factor muy importante dentro de este tipo de prueba es el factor "Rh", el cual fue descubierto al encontrarse que en algunas sangres humanas existía un nuevo aglutinógeno distinto a los conocidos; así se subclasificó la sangre en dos grupos, "Rh" positivo y "Rh" negativo, según que el antígeno se encontrara presente o ausente. Pero en investigaciones recientes, se ha concluido que el antígeno "Rh" es un sistema muy complejo. Las leyes fundamentadas que han establecido los científicos, y que tienen una gran utilidad para las juristas son: "1a. todo gene (o antígeno de este sistema «Rh») presente en el hijo y ausente en uno de sus progenitores debe forzosamente proceder del otro; 2a.,

118. *Ibid.*, p. 505

119. *Ibid.*, p. 506.

todo gene en estado homocigótico en el hijo debe encontrarse a la vez en el padre y en la madre, si uno de los dos no lo posee, debe ser excluido"(120).

En la actualidad, esta prueba de grupos sanguíneos se va enriqueciendo con rapidez con los avances científicos que se hacen al respecto, y todo esto con el fin de que a la fecha esta prueba sólo permite llegar a conclusiones negativas, es decir, de exclusión de la paternidad, pero en un futuro, no muy lejano, sea también de provecho para afirmar la paternidad.

#### 4.3.5 Prueba del grado de madurez del recién nacido

Esta prueba se basa tanto en la observación como en métodos estadísticos obtenidos de miles de casos analizados (27,734 para Labhardt; 19,608 Föllmer y Könniger; 35,315 Wichmann; 12,000 Hosemann...), "han permitido comprobar que hay una íntima relación entre la duración del embarazo y el grado de desarrollo de ciertas medidas del recién nacido, particularmente la talla, el peso, los diámetros y perímetros craneales, datos que son tenidos en cuenta en su valor absoluto y en sus relaciones recíprocas, y completados con otro signo de madurez o inmadurez (proporciones corporales, signos en el tegumento y en los genitales externos, y el aspecto de conjunto del niño); a veces también el peso de la placenta puede ser tenido en cuenta"(121).

120. *Ibid.*, p. 507.

121. *Ibid.*, p. 509.

En base a los datos obtenidos, los científicos han elaborado tablas que contienen porcentajes de probabilidad y grados de verosimilitud. Según estas tablas o cuadros, se deberá considerar cada caso en particular considerando el sexo del recién nacido, así como los datos personales o clínicos de su madre.

Esta clase de prueba, señala Rivero Hernández resolverá por medio del dictamen del perito, si al marido le fue prácticamente (racionalmente) imposible" ser padre del hijo de su esposa.

#### 4.3.6 Prueba del locus cromosómico del antígeno leucocitario humano

Conocida esta prueba como HLA human leucocyte antigen locus, o simplemente prueba HLA, y al respecto los autores Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni manifiestan que esta prueba "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 cito plasmática de todas las células nucleadas en el organismo; estas proteínas se transmiten según las leyes de Mendel. Se desarrolló 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 del 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"(122).

El Dr. Alfonso León de Garay, en uno de sus artículos en el periódico Excelsior, manifiesta que esta prueba fue utilizada con gran éxito en Argentina, a consecuencia de los acontecimientos dramáticos que se suscitaron durante una página negra de la historia de ese país. Acontecimientos tales como "el secuestro, la tortura y el asesinato de unas 30,000 personas por los militares, durante la campaña de exterminación de los años 1975 a 1983, bajo la sospecha de tratarse de izquierdistas... En algunos casos el secuestro comprendió a familias enteras incluyendo a niños... Los niños secuestrados y los nacidos en prisión, fueron vendidos a ciertas agencias de adopción y en algunos casos criados por guardias y oficiales de la prisión. Con objeto de ocultar la identidad real de los padres se recurrió a preparar certificados falsos de nacimiento"(123)

Los argentinos, con el auxilio de la doctora Mary Claire King (de la Universidad de Harvard en aquel tiempo, y actualmente la Escuela de Salud Pública de la Universidad de California en Berkeley) aplicaron este tipo de prueba con muy buenos resultados, y aún así les facilitó el conocer el parentesco apesar de que los

122. Gustavo A. Brocchert, et. al., op.cit., p.379-380.

123. Excelsior, México, D.F., Sábado 20 de enero de 1990, "La Huella Digital del ADN".

padres de los niños ya habían fallecido siendo desconocidas sus características antigénicas sobre el locus HLA, por lo cual tuvieron que recurrir a considerar ciertas características antigénicas de los parientes cercanos de los padres de los niños.

En la práctica los autores le dan un valor probatorio pleno a esta prueba, tanto para acreditar como desacreditar la paternidad. Pero aun así señalan que en caso de duda, se deberá respaldar sus resultados (obtenidos por el perito) con otras pruebas directas e indirectas. En ese sentido se expresa el Dr. Alfonso León de Garay: "Cabe agregar que para utilizar estas pruebas con plenas certeza en caso de duda, la combinación de ambas resulta decisiva (la prueba LHA y prueba de La Huella Digital del ADN), pero será suficiente la prueba del ADN..."(124).

#### 4.3.7 Prueba de la huella digital del ADN

Esta prueba es muy reciente, ya que es producto de las investigaciones publicadas por A. J. Jeffreys, de la Universidad de Leicester en Inglaterra en 1985, las cuales "representan un paso trascendental que consolida el avance logrado hace un siglo con las aportaciones de Francis Galton y Alphonse Bertillon a la identificación personal, incontrovertible, por la vía de las huellas digitales que prevalecen y prevalecerán contando con el valor de su simplicidad"(125).

124. Idem.

125. Excelsior, México, D.F., domingo 3 de junio de 1990, "La identificación del ADN".

Transcribimos a continuación unas ideas introductorias expuestas por el Dr. de Garay, a fin de que faciliten de manera general, el entendimiento de ésta prueba "bioquímica".

"Las bases moleculares de la identificación personal. La genética es la ciencia que estudia caracteres hereditarios, es decir, aspectos normales o anormales de los individuos que permanecen irrevocablemente inscritos en su historia a partir, de estructuras moleculares subyacentes denominadas genes, incluidas en los 46 cromosomas contenidos en los núcleos de todas las células de los tejidos del organismo. Los genes transmitidos de una generación a otra, perpetúan la identidad biológica de la especie constituidos por un arreglo químico peculiar que caracteriza a la molécula del ácido desoxirribonucleico. (ADN).

Se trata de una molécula que como un filamento continuo dentro de las estructuras cromosómicas se ajusta a un modelo conocido como de la "doble hélice" propuesto en 1953 por Watson y Crick, del que se desprende con características de dogma biológico la relación conocida como "un gen, una enzima o una proteína".

Esto significa que la codificación genética inscrita en los ácidos nucleicos, es traducida en forma de mensajes químicos cuya expresión se manifiesta mas allá de los caracteres de la especie

en los rasgos más precisos del individuo que lo identifican y lo hace inconfundible...

El patrón molecular contenido en los arreglos génicos de cada persona resulta único, ya que se forma con cada mitad de la contribución genética procedente de cada progenitor representada en los gametos, óvulo y espermatozoide, incluyendo recombinaciones génicas diversificadas que dan lugar a la individualidad. De ello se desprende su decisiva utilización para reconocer relaciones de paternidad y descendencia o para identificar a los sospechosos de delitos como la violación o diversos crímenes valiéndose como prueba, de indicios orgánicos presentes en la escena del crimen. La prueba es válida tanto para inculpar como para exonerar presuntos responsables"(126).

Con el objeto de hacer constar que la obtención de los resultados de ésta prueba bioquímica, son relativamente fáciles, rápidos, y hasta económicos, (contando claro con el equipo y personal adecuado y capacitado), a lo que podría pensarse, transcribimos textualmente lo expuesto por el Dr. de Garay, sobre el procedimiento para la obtención de la Huella Digital del ADN, para evitar algún error en su comentario, y dejar en manos de los expertos su exposición científica:

"Primero se procede a la extracción del ADN de los núcleos celulares de los tejidos empleados para la

identificación personal, resultando suficiente el contenido de cantidades muy reducidas de ADN; este primer paso se efectúa en unas cuantas horas, no más de un día.

A continuación se utilizan las enzimas de restricción que actúan produciendo fragmentos de longitudes precisas de ADN que se pueden separar de acuerdo a su tamaño utilizando procedimientos bioquímicos convencionales. Esta etapa se efectúa en un lapso promedio de 24 horas.

Los fragmentos se separan contando con su desplazamiento en pistas gelatinosas bajo el efecto de las polaridades de un campo eléctrico. Debido a que los fragmentos de ADN tienen una carga eléctrica negativa, migran en la superficie gelatinosa de la unidad electroforética, de tal manera que los fragmentos más ligeros se desplazan a mayor distancia en tanto los segmentos moleculares más pesados se desplazan a una corta distancia en tanto los segmentos moleculares más pesados se desplazan a una corta distancia de la polaridad opuesta; la técnica utilizada para obtener esta separación toma otro día.

Después de que el ADN extraído se desnaturaliza bajo el efecto de acciones de digestión enzimática, lo que significa la separación de ambas cadenas de la molécula a nivel de los enlaces de hidrógeno en los pares de bases adheridos a una membrana de naylon, los técnicos dispersan estos fragmentos de

ADN para entrar en contacto con lo que se denomina "Sondas de Locus Simple" (single locus probe), es decir, recombinándose de acuerdo con sus secuencias de bases con sus segmentos de cadena simple de ADN marcados con un isótopo radiactivo que sólo se puede complementar con la secuencia de bases en los sitios específicos de ese mensaje. Este proceso denominado de hibridación se toma otro día.

A estas alturas el ADN, investigado aún no es visible. Para observar en que región se han ajustado las sondas marcadas con el radioisotopo con el ADN de las células investigadas, se coloca una película fotográfica sobre la membrana de nylon que contiene los fragmentos de hibridación del ADN recombinante. La etapa toma 5 a 10 días para lograr una exposición suficiente prolongada a la radiación emitida por el isótopo que se aprecia como distribución del marcador radiactivo en el fragmento marcado del ADN. Más aun, el proceso de empleo de las sondas y la hibridación con el marcador radiactivo se puede repetir cuando sea necesario.

Finalmente se reconocen los perfiles de los patrones específicos, característicos de la distribución de los segmentos propios de las secuencias de bases en el ADN investigado. Dichos patrones pueden o no coincidir con los perfiles obtenidos, lo que identifica o elimina al sujeto en

la investigación legal a partir de una muestra del presunto responsable"(127).

#### 4.4 Su aceptación en el derecho comparado

Las pruebas biológicas o bioquímicas han tenido gran apertura y reconocimiento por los tribunales del mundo, durante este siglo otorgándoles la calidad de medio probatorio con un valor pleno, por tratarse de una prueba directa que facilitan la certidumbre y veracidad de conocer las relaciones familiares, ya sea en materia civil (familiar) o penal. Y en este sentido se manifiesta Francisco Rivero Hernández, en su valiosa obra de "La Presunción de Paternidad Legítima" publicada en 1971: "También los Tribunales de Justicia han reconocido el valor probatorio de estas pruebas biológicas, cuya práctica es hoy corriente, usual, en casi todos los países en materia de filiación, tras una etapa, ya lejana, de ciertas aprensiones y dudas ante la novedad de tales procedimientos"(128).

Así tenemos que en Alemania, Austria y Suiza, la prueba heredobiológica es ampliamente admitida, y se ha reconocido su valor probatorio en varias sentencias del año de 1961.

Desde el año de 1927 en Alemania es admitida la prueba hematológica, y cada vez fue invocada con mayor frecuencia. En

127. *Ibid.*

128. Francisco Rivero Hernández, *op.cit.*, p. 517.

Suiza es hasta 1934 cuando el Tribunal Federal le reconoce definitivamente valor científico y probatorio a la prueba de grupos sanguíneos. Austria y Checoslovaquia la admiten como prueba desde 1926 y actualmente es usual y frecuente. En el mismo sentido se encuentra Dinamarca y Polonia. Inglaterra y Estados Unidos también su práctica es reconocida con normalidad. En el caso de Francia e Italia, la prueba de grupos sanguíneos no tuvo gran aceptación en sus inicios, no fue sino hasta el año de 1947 cuando se acepta plenamente por estos países el uso de la prueba, y así se reconoció en distintas sentencias. Bélgica la admite tardíamente en el año de 1948, tanto en su legislación como en sus sentencias. Holanda, en los últimos tiempos, la admite con rapidez y facilidad, en 1967. Francisco Rivero Hernández hace notar que en los países latinos la prueba no tuvo gran fortuna y ha sido tardía su aceptación; y que para el caso de los países Hispano-Americano solamente se ha reconocido y utilizado en Argentina y Uruguay. El mismo autor señala que el Derecho Canonico no se opone al uso de la prueba grupal, y su doctrina se muestra favorable a sus aceptación.

La prueba del grado de madurez se ha difundido en los países que adoptan el sistema libre de impugnación de paternidad, como el caso de Alemania y Suiza. Pero también es aceptada por los países escandinavos y anglosajones. El derecho Francés no ha sido muy frecuente, pero permite su utilización.

Las pruebas bioquímicas del HLA y la Huella Digital del ADN son muy recientes, pero su utilidad y aplicación en materia de relaciones familiares es muy aceptable por los países civilizados,

ya que sus resultados de certeza no dejan lugar a dudas sobre si una persona es o no el padre de otra persona. Y más cuando son utilizadas ambas para fortalecer el dictamen.

#### 4.5 Aspectos a favor y en contra de las pruebas biológicas

En los países llamados civilizados, propiamente no existen aspectos en contra de la aplicación de las pruebas biológicas en los procesos judiciales en donde se trate de acreditar o desacreditar la paternidad, mientras estas pruebas se desahoguen por peritos especialistas en la materia y con el auxilio del equipo e infraestructura adecuada. En algunos de estos países, se han creado centros científicos autorizados por el gobierno para la rendición de los resultados en los dictámenes de los peritos; centros que gozan de gran seriedad y ética profesional. Pero aun así, se llega a hablar de algunos aspectos en contra, y desafortunadamente para el caso de México, los autores en Derecho, algunos científicos y el mismo Gobierno no han dado de sí, para que el uso adecuado y técnico-científico de las pruebas biológicas sea aceptado, empezando por dar a conocer los alcances de los conocimientos recientes que existen en materia de genética, y, su utilidad en el Derecho. Considero que los aspectos en contra, existen más por la falta de información e ignorancia de los avances de la ciencia que por razones sociales o económicas, como lo señalamos más adelante. En este sentido, la publicación de los artículos del Dr. de Garay en el periódico "Excelsior y en otras revistas", ha favorecido a hacer el conocimiento del pueblo la gran posibilidad que existe científicamente de acreditar o desacreditar la paternidad.

#### 4.5.1 Aspectos en contra

Pueden ser resumidos en la siguiente forma: A la dificultad de las pruebas biológicas; a su costo económico elevado; a la falta de infraestructura y personal capacitado; a lo efímero de ciertos descubrimientos científicos y que las teorías no son siempre eternas al diferente espíritu y métodos que rigen y manejan la Justicia y las ciencias biológicas; a la no siempre coincidencia entre la verdad judicial y la verdad científica; al supuesto escándalo social; a los trastornos familiares: al atentado en contra del matrimonio y la estabilidad familiar, a abusos de científicos sin ética profesional, etcetera.

#### 4.5.2 Aspectos a favor

Los aspectos que han fortalecido la práctica legal de las pruebas biológicas en otros países, los mencionaremos en éste punto, a fin de contraponer argumentos convincentes y suficientes para eliminar los aspectos en contras de las pruebas biológicas que señalamos en el punto anterior.

En relación a la dificultad de éstas pruebas, señala el Dr. Zicarelli Filho: "Al alegar las dificultades de la prueba, las cuales no negaremos para de ahí deducir su prohibición, debería al mismo tiempo, proscribir de los Códigos otros actos que en juicio pudieran tener las mismas dificultades probatorias, tales como el desquite [nota de la traductora: así llaman en Brasil a la separación legal de los conyuges, pues, no existe el divorcio y éstos no pueden contraer matrimonio nuevamente dentro del país], la anulación del matrimonio, la desfloración, etc. Al dar validez

a tal pensamiento, daríamos margen a que crímenes misteriosos, atentados repugnantes contra personas o bienes, consumados en circunstancias de tal manera ocultas que no existe indicio o vestigio de ellas, fuesen menospreciados sólo porque la justicia penal no puede descubrir a sus autores..."(129). El argumento principal, lo encontramos al analizar las experiencias que existen otros países, en donde la facilidad de tiempo dinero al obtener una muestra de sangre, tejido, saliva, etc., no dificultan el desahogo de este tipo de pruebas. Implicaría el mismo tiempo, esfuerzo y hasta a lo mejor menor costo, que una pericial en arquitectura, ingeniería, sobre daños materiales, avalúos, o en materia grafoscópica.

En cuanto a la infraestructura y equipo adecuado, así como al personal altamente capacitado, el Dr. Alfonso Leon de Garay manifiesta que efectivamente deberán de existir tales requerimientos antes de poder hablar o llevar a cabo las pruebas biológicas o bioquímicas, y principal tratándose de la Huella Digital del ADN. Pero esto no deberá ser limitante, si en México, los gobernantes y legisladores, proponen y llevan a cabo tales obras y facilitan la preparación de científicos, y la aceptación legal de su aplicación y valor probatorio de los procesos judiciales. Esta limitación será resuelta, hasta en tanto no se comprenda la gran utilidad que brinda al Derecho de aplicar los nuevos conocimientos científicos que existen sobre genética para la impartación de justicia, con el fin de evitar que el Derecho

129. Revista Mexicana de Derecho Penal, Consideraciones finales y crítica a los sistemas doctrinarios del Instituto de la Investigación de la Paternidad, p. 113.

quede a la zopa de los avances científicos, y que la sociedad pueda verse favorecida por los mismos. Una vez resuelto el problema, es decir, al existir la infraestructura y personal capacitado (el cual, para el caso de México, a la fecha no se conoce que el Gobierno tenga ya determinación un presupuesto para tal fin), el aspecto en contra, en relación al costo económico elevado, deberá disminuir considerablemente, a efecto de facilitar se encuentre al alcance del pueblo en general, el que se desahogue debidamente la prueba biológica o bioquímica en el procedimiento.

Al respecto el Dr. de Gary dice que "los apoyos a estas investigaciones tienen a multiplicarse a medida que los costos se abaten contando con la disponibilidad de nuevos laboratorios incorporados a instituciones oficiales y privados; se reconoce la utilidad y el ahorro que representa en los procesos la aportación de una prueba válida que se apoya en el análisis de las estructuras moleculares de ácidos nucleicos que constituyen los genes contenidos en los núcleos celulares de todos los tejidos del organismo"(130).

En relación a los aspectos de favor Rivero Hernandez hace las siguientes observaciones. "La jurisprudencia de todos los países ha debido ceñirse a los respectivos textos legales, observándose, desde luego, una progresiva corriente de apertura a medida que el prestigio científico de esta prueba biológica [prueba de grupos sanguíneos] se van consolidando y desaparecen viejos recelos y prejuicios, vencidos por el signo de los tiempos y cierta

evolución, también indiscutible, en valor de la verdad biológica y paternidad verdadera en el campo de la filiación" y agrega que "en el orden doctrinal, vencidos también los mismos prejuicios y recelos, y de acuerdo prácticamente todos los autores en que el Derecho, en cuanto ciencia social, no puede vivir de espaldas a las nuevas conquistas científicas, que forman parte del acervo cultural humano, está igualmente acreditada y admitida la prueba hematológica, que constituye eficaz ayuda para resolver uno de los más difíciles problemas en materia de filiación"(131).

Para el autor señalado, ha llegado al hora de las pruebas biológicas, y principalmente de la de grupos sanguíneos, para el la más segura y asequible (hay que notar que su obra es del año de 1971); y propone que legislativamente los países deban aceptarla como medio probatorio con un valor pleno, y así señala que "parece ya un poco ingenuo apelar a viejos formalismos que suenan más a hipocresía. Resulta duro prescindir deliberadamente de una verdad (tantas veces perseguida sin éxito), cuando es fácilmente asequible. No convencen demasiado ciertos inconvenientes que algunos se empeñan en ver en esta prueba, cuando cierran los ojos a otros más graves que se derivan de su no admisión, y a las ventajas que implicaría un uso adecuado de ella. Si es cierto que podría dar lugar a abusos, no lo es menos que hay se abusa más de la situación a que da lugar la falta de esta prueba. Si no se canaliza legalmente su correcto empleo, siempre podrá abusarse incompatibilidad de sangres, recurriendo a laboratorios o peritos menos preparados y traficando con gotas de sangre obtenidas y

manejadas sin garantías. Creo que es más justo y correcto regular equitativamente el empleo de las pruebas biológicas, y evitar, también jurídicamente, los posibles abusos; el temor a éstos no puede enervar el uso correcto y legal de aquellas"(132).

En aspecto social y familiar Rafael Rojina Villegas, ya en el año de 1964, hace mención a que es necesario mejorar la situación legal de los hijos que desconocen quienes sean sus padres, y para tal efecto publica un artículo denominado "En defensa de los hijos naturales". No hace propiamente, mención a las pruebas biológicas, pero considero que sus argumentos son de gran valor, y nos sirven de base para proponer en México su aceptación y valor pleno, dentro de la legislación. Señala Rojina Villegas, que "la defensa de estos inocentes, que quizá, más que obreros, más+s que ejidatarios, más que la clase media, son los que necesitan que el jurista se preocupe por ellos, porque han sido verdaderamente olvidados durante siglos y sólo en realidad, a fines del siglo pasado y durante éste, es como el Derecho Civil, en su rama para mí una de las más importantes, el Derecho de Familia, ha tenido el valor de enfrentarse contra concepciones arcaicas, contra prejuicios religiosos, contra mentalidades mediocres (que han querido negar, lo que ni los mismos animales niegan a su prole), tratando de realizar la justicia social en la organización jurídica de la familia, así como la revolución mexicana la ha programado desde la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, a fin de que esa justicia no sólo se logre en el campo y en la fábrica,

sino también en la entraña misma del núcleo familiar"(133). Y señala Rojina Villegas, que en mucho, la falta de protección legal a favor de los hijos naturales, se debe a que Mexico ha adoptado ciegamente los principios y postulados del Código Civil Frances, y dice que "ese maravillosos Código que en materia de propiedad, de derechos reales, de obligaciones, de contratos, ha servido para estructurar el derecho latinoeuropeo y latinoamericano, en derecho de familia, en el tratamiento que da a los hijos naturales y especialmente a los hijos adúlteros e incestuosos, revela abiertamente, no solo temor ante el hijo natural, sino un verdadero odio para destruirlo, y, en todas la formas posibles, negarle la protección jurídica"(134).

En cuanto al escándalo social e inestabilidad de la familia y del matrimonio, observamos que en la exposición de motivos de nuestro Código Civil vigente, se pretendió ampliar los casos de la investigación de la paternidad, "porque los hijos tienen derecho de saber quiénes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia los proporcionen los medios de vivir", y esto es totalmente correcto y justo, pero los legisladores no se apartaron de posturas arcaicas, que perjudican más a los hijos y a la familia, como se desprende de la misma exposición de motivos que dice: "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."

133. Foro Orgánico de la Barra Mexicana, p. 15.

134. *Ibid.*, pp. 18-19.

Al respecto, el Dr. Zicarelli Filho, hace una muy buena aclaración: "La respuesta a estas inconsistentes objeciones ocurre de manera natural durante el curso de la investigación: No sería mayor el escándalo, y la acción más inhumana de lo que ocurre por el abandono de la prole ilegítima estigmatizada por la sociedad, mientras que el padre -con tal que no se suscite un escándalo que afecte a la sociedad y a la familia- permanezca impune, premiándolo en vez de castigarlo por su mal proceder? pues bien, los peritanos que se opone a la investigación con el fin de evitar el escándalo a la sociedad y a la familia, piensan que deben encubrir al hombre culpable, animándolo a que reincida en sus aventuras amorosas y lance al mundo a nuevos seres que serán desgraciados, importándoles muy poco el mucho mayor escándalo que implica la sola existencia de hijos ilegítimos que arrastran por el mundo una vida llena de miserias, que están predestinados a un fin trágico de desgracia y tal vez criminalidad, y que podría ser evitado, a cuando menos atenuado, obligando a los progenitores de esas infelices criaturas, que se proliferan al margen de la sociedad para que esta no se escandalice, a que sean responsables de su cuidado, alimentación y educación..."(135). Concluye señalando el autor, que la investigación de la paternidad no tiene a ser disolvente de la sociedad, de la familia, de las costumbres y hasta del matrimonio, ya que la impunidad al marido provoca el mal ejemplo y la reincidencia.

De lo manifestado anteriormente, se concluye que el aceptar

por nuestra legislación el uso adecuado de las pruebas biológicas en los procesos, tanto civiles como penales, y otorgarles el carácter de prueba directa con valor probatorio pleno, será de mucho mayor provecho para el Derecho y la Sociedad en general, que el considerar una postura negativa, al no querer reconocer que el conocimiento científico es de gran ayuda en la importación de la justicia.

#### 4.6 Problemática jurídica en materia procesal

Ya señalamos que propiamente no existe impedimento legal para que se ofrezca esta clase de pruebas en un procedimiento familiar, una vez que conste que no existen las dos actas del registro civil (la de matrimonio y la de nacimiento) solicitados para acreditar la filiación o paternidad, y así mismo que no fue posible acreditar dicho parentesco por medio de la posesión de estado de hijo, y una vez que se sabe que no existen los anteriores medios probatorios, será factible ofrecer, y que se admitan todos los medios de prueba que la ley autoriza, como señala el artículo 341 del Código Civil. Y en ese sentido se interpretan los artículos 382 fracción I, 384 y 385 del mismo ordenamiento legal.

Pero lo que queremos hacer notar, es que independientemente de se trate de hijos nacidos en matrimonio o de hijos nacidos fuera de matrimonio, las pruebas biológicas podrán ser ofrecidas y admitidas, sin necesidad de comprobar anteriormente la posesión de estado, y que podrán hacerse valer apesar de que existan las documentales públicas consistentes en el acta de matrimonio y acta de nacimiento. Lo que implica la necesidad de una reforma en

nuestra legislación, que comprendería, tanto al Código Civil como al Código de Procedimientos Civiles.

Señalamos en primer lugar que este tipo de pruebas deberá desahogarse por medio de la prueba pericial, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 293 del Código de Procedimientos Civiles que dice:

"La prueba pericial procede cuando sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria o la mande la ley, y se ofrecerá expresando los puntos sobre los que versará, sin lo cual no será admitido, y si se quiere, las cuestiones que deban resolver los peritos".

Al respecto Becerra Bautista dice que "los peritos o jueces facti (jueces de hecho) son las personas que auxilian al juez sus conocimientos científico, artísticos o técnicos en la investigación de los hechos controvertidos", mas adelante señala que el "no acudir a ellas, sería cerrar los ojos a una realidad y esto redundaría en grave perjuicio de la administración de justicia"(136).

La primer reforma legislativa que proponemos es en relación al ofrecimiento y admisión en el procedimiento. Cuáles son las facultades del juez en relación a su admisión?, Podrá ofrecerse a

petición de parte, o también podrá hacerla valer el juez de oficio?, Podrá ser ofrecida en cualquier juicio que tenga por objeto acreditar o desacreditar la paternidad?, Podrá ser ofrecida indistintamente que el acta de matrimonio y el acta de nacimiento?.

Considero que podrá ser ofrecida y admitida en cualquier juicio del orden familiar en el cual se tenga por objeto acreditar o desacreditar la paternidad, maternidad o filiación. Y que también podrá ordenarse expresamente que el juez tiene la facultad de ofrecerla de oficio ya que su "imparcialidad" no implica "pasividad" en el proceso, y principalmente por su interés en conocer la verdad sobre los puntos cuestionados, de conocer la verdad objetiva y real, que forma el fin supremo del proceso. Para tal efecto podrá basarse en su facultad de practicar las conocidas "diligencias para mejor proveer", de las cuales habla el artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles, que dice: "Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los hechos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad".

Lo anterior implica que proponemos la reforma del capítulo "De las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio" y del capítulo "Del reconocimiento de los hijos

nacidos fuera del matrimonio", que integran el Título Séptimo "De la paternidad y filiación" del Código Civil, en el sentido de que deberá tenerse como regla general, que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se pruebe con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres, como lo establece el artículo 340, pero que a falta de éstas, o si fueren defectuosas, incompletas y principalmente falsas, pueda probarse la filiación o la paternidad por medio de cualquier medio ordinario de prueba, haciendo incapie en la importancia de ofrecer y admitir como prueba, las llamadas pruebas biológicas, por su rapidez y certeza jurídica.

Esto no implica que deba eliminarse la presunción de paternidad legítima (artículo 324 del Código Civil), y así como no habría problema en que se conservara la redacción de los artículos 325 y 326 del Código Civil. Pero lo que es importante resaltar, es que será exclusivamente el interesado (salvo las excepciones legales de los tutores y herederos), quien deba promover el desconocimiento de un niño. Y que el interesado o el demandado, podrán hacerse valer de las pruebas biológicas en el proceso, indistintamente de otros medios de prueba; aun más, el juez podrá ofrecerla de oficio, y vigilar que ésta sea desahogada conforme a derecho, en beneficio del interés público de tutelar y defender los intereses del menor y de la armonía familiar. Así mismo, deberá aplicarse dicha postura, para el caso de la investigación de la paternidad, en base, a que el hijo podrá hacer valer su acción cuando tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre (art. 382 fracción IV del Código Civil).

Como prueba pericial que son las pruebas biológicas, el legislador deberá establecer un trato especial y preferente en sus etapas procesales, y ahí es donde encontramos el mayor problema, ya que en México, propiamente no existe ni doctrina, ni jurisprudencia que fundamenten y fortalezcan su ofrecimiento, admisión, desahogo y valorización. Al contrario, las ideas propuestas van en contra de lo establecido por la ley y la jurisprudencia.

Por lo que respecta al ofrecimiento, deberán cumplirse con los requisitos establecidos por los artículos 293, 346, 347, 348 y 351 del Código de Procedimientos Civiles, con la observación que señalamos, que el juez tiene la facultad de ofrecerla de oficio, aún cuando las partes no lo hayan hecho, a nombrar perito en caso de rebeldía de alguna de las partes, y ha designar al perito tercero en discordia, que deberá ser miembro de la institución de gobierno que se establezca para tales fines exclusivamente. En el caso de Argentina existe el llamado "Banco Nacional de Datos Genéticos", y su fin es "obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación"<sup>(137)</sup>, entre otros. El que exista una institución oficial, es con objeto de contar con un centro y peritos altamente especializados con plena garantía, y evitar abusos de personas que sin tener los conocimientos y la experiencia científica suficientes, pretenda rendir un dictamen no confiable, que perjudique a la impartición de justicia.

137. Gustavo A. Bossert, *op. cit.* p. 381.

Por lo que respecta a su admisión, el juez debe velar porque dicha prueba biológica o bioquímica sea ofrecida en términos de ley, y si cumple con dichos requisitos, la admitirá sin problema, y facilitará las condiciones necesarias para su desahogo. Que entre estas facilidades serán: ordenarse notifique para que comparezca, en un lugar, día y hora determinado la parte o partes de las que deba tomarse una muestra física, así mismo podrá ordenarse le apliquen las medidas de apremio suficientes para el caso de negarse a comparecer voluntario e injustificadamente. Al respecto algunos autores extranjeros señalan que podría considerarse por el juez, que la negativa a comparecer, se trate de una "confesión ficta", por ser semejante a la actitud de la parte que se niega a declarar o a comparecer sin justa causa, ya que los móviles son los mismos, el miedo a la verdad. Rivero Hernández, dice que hay autores que se oponen a considerar tal negativa como una "confesión ficta" "alegando que si en esta materia es irrelevante la confesión, más impropio resultaría deducirla de ciertos hechos, de un comportamiento. Aun cabría reponer a éstos últimos que en Derecho de familia hay ocasiones en que es más eficaz un comportamiento, una actitud equivalente a confesión o manifestación tácita, que la confesión expresa"<sup>(138)</sup>, a lo que consideramos totalmente correcto. También deberá facilitar el juez la ampliación de los plazos de su desahogo en la rendición de los dictámenes y estudios que lleven a cabo los peritos, a fin de vigilar se desahogue plenamente la prueba, y también deberá exigir el cumplimiento de las obligaciones de los

peritos de las partes, a fin de que no se alargue innecesariamente su desahogo; es decir, las pruebas biológicas, necesariamente deberán desahogarse.

En lo que se refiere a su desahogo, aclaro que es de vital importancia que esta prueba quede en manos de peritos altamente capacitados, y que cuenten con el equipo e infraestructura suficiente, como lo señala el Dr. Alfonso León de Garay, ya que de no ser así, se perdería el gran auxilio que brinda este tipo de pruebas en la impartición de justicia.

Es pertinente hacer notar que en México, se ha cerrado los ojos a los adelantos científicos, y no se ha tomado en cuenta que éstos pueden ser herramientas muy útiles en beneficio de la sociedad. Encontramos en la doctrina extranjera, que existen ciertas objeciones en cuanto a su desahogo, por lo que respecta a la obtención, voluntaria u obligadamente, de alguna muestra de sangre, saliva, etc., de las partes, en un conflicto de paternidad, haciendo alusión al derecho de la persona, a su integridad física y a su inviolabilidad personal, al derecho sobre su persona y su personalidad, pero como muy acertadamente manifiesta Rivero Hernández, "a eso se puede oponer varias razones: ningún derecho es absoluto, toda libertad tiene algún límite, derechos y libertades que terminan donde empiezan los de otros, quienes a su vez tiene derecho a probar el hecho alegado y al descubrimiento de la verdad. Negarse injustificadamente a presentarse a un reconocimiento o a una prueba puede constituir un abuso, y ahí termina también el derecho. Por otra parte, Hay atentado a la integridad física con un pinchazo para tomar unas

gotas de sangre?, puede alegarse seriamente ese motivo, ese pinchazo como atentado a la persona, cuando son hay obligatorios ciertos reconocimientos medicos y vacunaciones"(139). Agrega que existe un interés público en los juicios de paternidad y filiación, aspecto que debe ser también considerado en nuestra acción con el objeto de evitar las injusticias familiares que sentan en nuestro medio social.

nalmente, por lo que respecta a su valorización, señalamos el caso de México, y particularmente en el Distrito , la prueba pericial no obliga al juez a sujetarse lamente al dictamen del perito, sino que puede decidir a gias de la sana critica, como lo señalan en términos es la jurisprudencia y tesis existentes sobre dicha prueba, , el mismo, el Código de Procedimientos Civiles adopta un sistema de libre convicción por parte del juzgador de las pruebas ofrecidas y desahogadas, como lo señala el artículo 402 que dice: "Los medios de prueba aportados y admitidos serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valorización jurídica realizada y de su decisión". Como lo he manifestado anteriormente, son los autores extranjeros los que han analizado la problemática de las pruebas biológicas en los juicios de paternidad y filiación, y por lo que hace a su valoración se dice: "cuando el juzgador haya de habérselas con las pruebas biológicas, antes de

manejarlas y valorarlas irresponsablemente se habrá documentado y asesorado; cuenta, además, con el asesoramiento constante de un profesional especializado, el Medico Forense, quien le ilustrará sobre el valor probatorio y seguridad de los resultados de aquellas pruebas. Podrá informarse, tambien a través del propio perito que dictamina, del valor objetivo de la prueba, ya que en un gran porcentaje de casos (cada vez mayor) suministrará "el perito" un dictamen científicamente razonado, de exclusión absoluta de paternidad"<sup>(140)</sup>. Es decir, se deberá considerar por la legislación mexicana, que este tipo de pruebas, desahogadas conforme a los lineamientos científicos existentes en materia de genética, deberán de ser consideradas con un valor probatorio pleno, analizadas con el conjunto de las demás pruebas ofrecidas y desahogadas en el juicio correspondiente. Sin que se pretenda, con tal afirmación, que se trate de imponer al juzgador lo resuelto por el perito, ya que es el juez, a quien le corresponde juzgar y valorar en conjunto el total de las pruebas, pero es muy importante aclarar que el juez deberá estar abierto a conocer y entender los avances de la ciencia, y que estos le son de gran utilidad para esclarecer la verdad e impartir justicia en los conflictos que se le presenten. Es decir, no deberá tomar a la ligera los alcances de la ciencia, y su comprobación universal de sus conocimientos y resultados.

Para el caso de México, considero que será lenta su admisión y aceptación, tanto por los doctrinarios legisladores y juzgadores

140. *Ibid.*, p. 539

ya que no existe históricamente compromiso de los Gobiernos con la ciencia; ésta a sido apartada del conocimiento general, por considerarse no prioritaria, y solamente se han contemplado cuestiones de índole social, económica y política. Y cuando se ha tratado de favorecer impulsar a la ciencia en México, esta se ha burocratizado, y por tal motivo, es tan común escuchar que existe "la fuga de cerebros" a otros países donde los presupuestos y alternativas son de gran interés para los científicos; pero como lo señala el Dr. León de Garay, el problema de "la fuga de cerebros" en México no sólo es por aquellos que dejan el país, sino que el principal problema es "que la fuga de cerebros real es la gran cantidad de jóvenes con grandes aptitudes para la matemática, la física y la química que debido a los reducidos horizontes en el país en esas áreas, finalmente no ingresan a la ciencia: esa es la fuga de cerebros real"<sup>(141)</sup>. Mientras no cambie la manera de pensar de los gobernantes, así como exista un mayor presupuesto e interés en las ciencias y en apoyar a los científicos, no creo que los encargados de impartir la justicia, como los legisladores, vayan cambiando su opinión por considerar que los resultados y beneficios que éstas les brinden puedan ser aplicados en favor de la sociedad.

141. El Nacional, México, D.F., viernes 13 de marzo de 1992, Los Tiempos de la Genética.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- A través de la historia del derecho, la paternidad ha sido determinada, resuelta y decidida ordinariamente, con base en la regla romana de *Pater is est quem nuptiae demonstrant* atribuida a Paulo, por lo cual se establece la presunción de que el padre de los hijos de la conyuge, será precisamente su conyuge y no otra persona, en razón al deber de cohabitación entre los esposos, y a la fidelidad y moralidad que se deben entre ellos.

SEGUNDA.- Con la influencia del derecho romano, las legislaciones adoptaron como medio para determinar la paternidad, la presunción de paternidad legítima, aún para los casos de concubinato, precisándose con el trascurso del tiempo los plazos máximo y mínimo de gestación, así como el momento o época de la concepción y del nacimiento.

TERCERA.- La presunción de paternidad legítima, es una presunción de tipo *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario, por lo que implica la posibilidad de descartarla por medio de otro tipo de pruebas que aclaren y resuelvan que una determinada persona no es el padre de otra, o que cierta persona no es hijo de otra.

CUARTA.- Para definir la paternidad de los hijos nacidos en matrimonio será válido aplicar la presunción, mientras se esté en los supuestos aceptados por nuestra legislación,

pero para el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, será necesario recurrir a la investigación de la paternidad principalmente, la cual es aceptada y admitida en tanto exista algún elemento o principio de prueba a favor del interesado.

QUINTA.- Nuestra legislación limita las posibilidades de desacreditar la presunción de paternidad legítima, básicamente al hecho de la imposibilidad física que tuvo el marido para tener acceso carnal con su mujer durante el plazo de la concepción, o para el caso del adulterio, con el ocultamiento del nacimiento al marido por parte de su esposa. En relación a la investigación de la paternidad no se trata de desacreditar ningún tipo de presunción, salvo la del caso del concubinato, sino lo que se pretende es comprobar que existe la relación paterno-filial entre el pretendido padre y el hijo.

SEXTA.- Nuestra legislación establece distintos supuestos para resolver conflictos sobre la paternidad, determinando ciertos plazos y requisitos para hacer valer las acciones correspondientes, que son la acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad, o la acción de investigación de la paternidad, asimismo establece que medios de prueba serán idóneos y admitidos para acreditar o desacreditar la paternidad, como lo son las actas del Registro Civil y la posesión constante de estado de hijo, entre otras. Pero no considera expresamente la existencia de alguna prueba directa e idonea para desacreditar o

acreditar el vínculo paterno-filial, como lo son las pruebas biológicas.

SEPTIMA.- Las disposiciones legales del Código Civil para el Distrito Federal respecto a los medios de prueba para acreditar la paternidad, y de los plazos legales para ejercitar alguna acción relativa, se encuentran fuera de los avances científicos que en materia de genética existen hoy en día y que son aprovechados por las legislaciones de otros estados con el fin de beneficiar a su sociedad en general, y a la unidad familiar en particular, procurando que el cumplimiento de derechos y obligaciones recíprocos que existe entre padres e hijos, recaigan efectivamente a los sujetos activos o pasivos a quienes les corresponden, en base a la realidad, tanto jurídica como biológica. Por lo que es indispensable que nuestra legislación admita la posibilidad expresa de ser ofrecidas como medio de prueba, en los juicios de paternidad, las pruebas biológicas, bajo una reglamentación especial por medio de la prueba pericial, dejando de considerarlás, como lo hace actualmente, como una prueba supletoria y en tercer término, ya que reconoce como en primer lugar a las actas de nacimiento y matrimonio, y en segundo lugar, la posesión constante de estado de hijo.

OCTAVA.- Las pruebas biológicas ofrecidas por medio de la pericial, facilitarán y auxiliarán al juzgador para formarse un criterio de la realidad, ya que son pruebas directas, y por lo cual al momento de valorarlás podrá

otorgarles un valor pleno, por encontrarse fundadas en conocimientos científicos que a la fecha están universalmente reconocidos y acreditados, como se observa del estudio y practica a nivel de derecho comparado. Dictámenes que serán analizados a su vez con el conjunto de las demás pruebas ofrecidas para otorgarles aun mayor fuerza probatoria.

NOVENA.- La prueba pericial en materia de genetica deberá ser considerada de oficio, y no sólo como una diligencia para mejor proveer, es decir, el juez tiene la facultad y obligacion de admitirla y desahogarla, aun cuando las partes no la hayan ofrecido, procurando su estricto apego a las normas procesales que la regulen, por considerarse de interés publico, conocer la verdad del vinculo paterno-filial, en beneficio tanto de los hijos, como de sus progenitores; requiriendo el juez en todo caso, la intervencion del Ministerio Público en sus funciones de representante social.

DECIMA.- Deberá existir una regulacion especial para la prueba pericial en materia de genetica, ya que en primer término ésta no podrá desahogarse en cualquier laboratorio, ni mucho menos por cualquier perito; deberá instituirse un centro especializado por parte del gobierno, que contemple instalaciones, equipo y personal humano altamente capacitado, a efecto de rendir los dictámenes periciales que en esta materia solicite el juzgador; procurando que el desahogo de este tipo de pruebas, este al alcance de la

sociedad en general, eliminando o reduciendo costos considerables.

DECIMA PRIMERA.- La regulación especial de las pruebas biológicas por medio de la pericial, deberá contemplar aspectos de derecho sustantivo, como de derecho adjetivo, ya que a la fecha nuestra legislación no contempla a las pruebas biológicas como tales, para fines de acreditar o desacreditar la paternidad y filiación.

## B I B L I O G R A F I A

## CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

61a. ed., México, Porrúa, 1992. 655 pp.

## CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

38a. ed., México, Porrúa, 1992 pp.

## CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

92a. ed., Mexico, Porrúa, 1992 pp.

## LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

México, Talleres Gráficos de la Nación, 1936. 116 pp.

## JURISPRUDENCIA. Poder Judicial de la Federación, 1917-1985.

Apendice al Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte,

Tercera Sala, México, Mayo, 1985. 1070 pp.

## ARELLANO GARCIA, CARLOS.

Práctica Forense Civil y Familiar.

10a. ed., Mexico, Porrúa, 1991. 834 pp.

## BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalia Buenrostro Báez,

Derecho de Familia y Sucesiones.

México, Harla, Colección de Textos Jurídicos

Universitarios, 1990. 493 pp.

BECERRA BAUTISTA, Jose,

El Proceso Civil en México.

12a. ed., México, Porrúa, 1986. 809 pp.

BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni,

Manual de Derecho de Familia.

2a. ed., Argentina, Astrea, 1990. 501 pp.

BRISEÑO SIERRA, Humberto.

El Juicio Ordinario Civil.

Vol. II, México, Trillas, 1975. 1392 pp.

COULENGES, Fustel. de,

La Ciudad Antigua.

México, Nueva España, 1944. 617 pp.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F.,

Relaciones Jurídicas Paterno Filiales.

2a. ed., Méico, Porrúa, 1992. 430 pp.

D'ORS, Alvaro, et. al.,

El Digesto de Justiniano.

Tomo I, España, Aranzadi, 1968. 736 pp

D'ORS, Alvaro, et. al.,

El Digesto de Justiniano.

Tomo II, España, Aranzadi, 1968. 740 pp.

ELOLA FERNANDEZ, Javier (Dir. gral.),

Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.

Num. 31, año XI, Enero-Abril de 1958. pp.

FOIGNET, René,

Manual Elemental de Derecho Romano.

Trad. Arturo Fernández Aguirre, Mexico, Jose M.

Cajica, Jr., 1956. 346 pp.

GALINDO GARFIAS, Ignacio.

Derecho Civil.

9a. ed., Mexico, Porrúa, 1989. 758 pp.

IBARROLA, Antonio de,

Derecho de Familia.

3a. ed., Mexico, Porrúa, 1984. 606 pp.

IGLESIAS, Juan,

Derecho Romano.

7a. ed., Barcelona, Ariel, 1984. 774 pp.

LEON DE GARAY, Alfonso, et. al.,

Genética, Paternidad y Crímenes Sexuales. La Huella Digital del

ADN. En Excélsior. (México, D.F., Sábado 20 de Enero de 1990).

LEON DE GARAY, Alfonso,

Genética y Justicia. La Personalidad Psicopática.

En Excélsior. (México, D.F., Viernes 30 de marzo de 1990).

LEON DE GARAY, Alfonso, et. al..

Repercusión en la Justicia y la Genética. La Identificación del ADN. En Excelsior. (México, D.F., Domingo 3 de Junio de 1990).

MENDEZ ACOSTA, Ma. Josefa, et. al..

Derecho de Familia.

Tomo II, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1984. 393 pp.

MOLINA PASQUEL, Roberto. (Dir. gral.),

El Organó de la Barra Mexicana.

Núm. 44, 4a. época, 1964. pp.

MONTERO DUHALT, Sara.

Derecho de Familia.

5a. ed., Mexico, Porrúa, 1992. 429 pp.

PALLARES, Eduardo.

Diccionario de Derecho Porcesal Civil.

2a. ed., México, Porrúa 1956, 753 pp.

PALLARES, Eduardo (Dir. gral.),

Foro de México

Núm. 79, 1959. pp.

PALLARES, Eduardo (Dir. gral.),

Foro de Mexico

Núm. 84, 1960. pp.

PETIT, Eugene,

Tratado Elemental de Derecho Romano

9a. ed., Trad. Jose Fernández González, Mexico,  
Nacional, 1953. 717 pp.

PLANIOL, Marcel,

Tratado Elemental de Derecho Civil.

Tomo II, vol. IV, Trad. Jose M. Cajica, Jr. Mexico,  
José M. Cajica, Jr. 1946, 520 pp.

PUING Y PEÑA, Federico,

Tratado de Derecho Civil.

España, Revista de Derecho Privado, 1957-1965. 350 pp.

RIVERO HERNANDEZ, Francisco,

La presunción de paternidad legitima.

España, Tecnos, 1971. 562, pp.

ROJINA VILLEGAS, Rafael,

Compendio De Derecho Civil.

4a. ed., Tomo I, Mexico, Antigua Libreria Robredo, 1968. 509 pp.

RUEDA DE LEON, Rolando (Dir. gral.),

Revista Mexicana de Derecho Penal.

Núm. 8, 3a. época, Marzo-Abril de 1966. pp.

STRAUBINGER, Mons. Dr. Juan,

Sagrada Biblia.

Chicago, La prensa Catolica, 1958. 1374 pp.

VELLEE, Claude A.,

Biologia.

7a. ed., México, Mc Graco-Hill, 1990. 875 pp.