

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

UNAM - D.G.I.N.E.  
DE EXAMENES  
**RECIBIDO**

DIC 1 1993

TESIS QUE PARA OBTENER EL  
TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA NORMA ELVIA MARTELL MOTA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



CLAVE U.N.A.M 3219  
MEXICO, D.F.

ASESOR DE TESIS: LIC. SERGIO T. MANCERA R.

FIRMA DE REVISION Y APROBACION

-----

## **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.

*Señor:*

*Yo que alguna vez te pedí que me permitieras terminar todos estos años,*

*yo que te pedí que me ayudaras,*

*tú que me has permitido soñar y vivir al mismo tiempo,*

*tú que no sólo me has dado todo lo que pedí, sino también lo que no merezco,*

*tú que me has hecho afortunada y satisfecha,*

*hoy,*

*yo sé que nunca podré cesar de pedirte tu ayuda,*

*y también sé que nunca dejarás de obsequiármela como el regalo más precioso,*

*me has dejado apreciar la justicia y la injusticia y aun la justicia que se esconde tras lo injusto.*

*Hoy no me resta más que pedirte que no permitas que algún día me avergüenze de mi misma con este precioso regalo que me das hoy, que al pasar de los años yo lea estas mismas palabras y te vuelva a dar gracias porque todo lo que heya hecho haya sido guiada por tí. No permitas que al ver tanta podredumbre acabe por acostumbrarme a ella, en este mundo de mercenarios, déjame reconocerlos y alejarlos de mi familia y de mí.*

*Yo que si algo soy,*

*lo soy sólo por que tú así lo has querido,*

*te pido perdón por todos los pensamientos oscuros que han atravesado por mi mente,*

*por mi ingratitud y por mi falta de comprensión en tus designios,*

*y por último te pido que cada vez que el terrible coraje de mi rebeldía me tome,*

*me rescates mil y un veces más, aunque yo se que lo harás sin que te lo pida.*

*GRACIAS SEÑOR POR PERMITIRME SER LO QUE SIEMPRE ANHELE.*

DEDICO LA PRESENTE TESIS:



**Mamá:**

*Yo sé que tu amor es incansable, y que aunque te defraudara mil veces me seguirías queriendo, y que todo lo que he hecho, jamás lo hubiera hecho sin ti. yo soy el producto de años y años de amor, sacrificio y abnegación. yo sé que tú eres la única persona en el mundo que me amaría aún cuando yo hiciera todo lo contrario de lo que me pidiesen, yo sé que tú eres feliz con mis logros, aún más feliz de lo que yo pudiera ser, ni me has enseñado a no tener miedo y me has enseñado a creer en mí, has sido tú la que has estado aquí siempre y eternamente estarás conmigo. Yo sé que con nada puedo compensarte, por eso te dedico estas palabras y el único trabajo de toda mi vida, y creo que es el único porque todos los que restan los has hecho todos sola tú.*

**MAMA PARA TI. DE TU HIJA QUE TE AMA.**

*A mis abuelitos los señores Alejandro Mota Salgado y la señora Sara Castañeda de Mota, por todo el amor que le han dado a todos sus nietos, y porque todos somos el resultado de toda una vida de su esfuerzo y dedicación a una familia que los ama profundamente. Espero que nunca se sientan defraudados y que lo que esperaban de mí aunque sea en una mínima parte se haya visto cristalizado. Con mi amor y reconocimiento de su nieta que los ama.*

*Para mis tías Ofelia, Norma y Araceli Mota Castañeda, porque ustedes han sido la inspiración y una de las motivaciones de mi vida profesional y por todo el apoyo moral, afectivo y económico que me han brindado inmerecidamente desde siempre, porque sé que han creído en mí, y porque me han querido incondicionalmente a pesar de todas mis fallas. Con respeto, admiración y amor les dedico este trabajo. Las ama su sobrina Norma.*

*Para mis hermanos Mauricio y Hernán, por su apoyo incondicional, porque gracias a ellos no tengo más que recuerdos bellos, porque son mi sangre y mi carne, porque hemos seguido juntos y han sentido y han sufrido al mismo tiempo que yo, nunca me dejarán sola, ni yo los dejaré a ellos.*

*Le doy gracias a Dios de tenerlos a ustedes como hermanos, porque los quiero, los admiro y los respeto. Con amor de su hermana Norma.*

*Para mis tíos Aurelio, Josefina y Delia Mota Castañeda, mis primos y sobrinos, por todas sus muestras de cariño, su apoyo y por darme la dicha de contar con una familia como quisiera tenerla mucha gente y no la tiene. De su sobrina, prima y tía con mucho amor.*

*Para mi novio el Lic. Octavio Tapia Martínez, por tu comprensión, cariño y apoyo en todos los planos de mi vida, por tu ayuda para la realización de este trabajo, por creer en mí, por alegrarte de mis triunfos y entristecerte con mis fracasos, pero sobre todo por la dicha de saber que siempre puedo contar contigo. Te amo.*

*Para mi amiga Elvira Cruz Guerrero, porque de ti he conocido el verdadero significado de la amistad y de la camaradería, porque en todos los recuerdos de mi adolescencia estás tú, porque siempre nos hemos divertido juntas y hemos compartido también conflictos, le doy gracias a Dios de haberte conocido y de saber que eres realmente mi amiga. Con cariño y agradecimiento de tu amiga Norma.*

*Para mis amigas las Licenciadas Anita López Santos y Carmen Larios Urbina, por el apoyo que siempre me han manifestado, por todas las horas de felicidad que hemos pasado juntas, porque siempre han creído en mí y porque le agradezco a Dios que las haya puesto en mi camino, ya que de ustedes he aprendido mucho y espero me den la oportunidad de aprender más. De su amiga Norma que las quiere y las admira.*

*Al Centro de Estudios Universitarios y a mis compañeros de carrera, por todas las horas de felicidad y de zozobra que pasamos juntos en nuestra Universidad. Mi recuerdo y cariño.*

*A todos los catedráticos del Centro de Estudios Universitarios, Lic. Ana Rosa Tapia Ortega, Lic. Silvia López Bernal, Lic. Victor Ruiz Contreras, Lic. Miguel Romero Griego, Lic. Ricardo Carbonell Paredes, por mencionar unos cuantos de todos aquellos que con sus conocimientos contribuyeron a mi formación profesional y que además supieron ser amigos de sus alumnos. Nunca los olvidaré. Con agradecimiento a Ustedes.*

*Al Lic. Sergio Mancera Rodríguez eminente catedrático del Centro de Estudios Universitarios quien fungió como mi asesor de tesis y de quien sin su ayuda este trabajo no se hubiera logrado, gracias por su disposición y las atenciones inmerecidas a que me hizo acreedora, mi eterno agradecimiento, mi admiración, mi respeto y mi colaboración incondicional.*

*Al Profesor Gabriel Horacio Miranda Guevara quien fue el mentor de mi infancia y a quien debo los cimientos de mi vida profesional, porque recuerdo toda su paciencia, su comprensión y porque fue la primera persona que supo que mi camino era la insigne carrera de la abogacía. Con el reconocimiento de su gran capacidad y el agradecimiento de su alumna Norma Elvia Martell Mota.*

*Al Magistrado Francisco Velázquez Nieto por su amistad incondicional, por esa manera tan bella de ser, por hacerme sentir que siempre está conmigo, por su compañía tan agradable y dispuesta, le doy gracias a Dios de haberlo conocido y me siento muy dichosa de contarle entre la gente que quiero. Con respeto, cariño y admiración le dedico este trabajo y le agradezco todo el ánimo que siempre me ha inyectado, no sólo en la realización de esta tesis, sino en todos los aspectos de mi vida. Espero no defraudarlo jamás. Con cariño de Norma Martell Mota.*

**IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO  
DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL Y HUMANO**

**INDICE**

	<b>PAG</b>
<b>INTRODUCCION . . . . .</b>	<b>1</b>
<b>OBJETIVOS . . . . .</b>	<b>4</b>
 <b>CAPITULO I</b> <b>ANTECEDENTES HISTORICO LEGISLATIVOS DE LA IMPUGNACION</b> <b>DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO</b>	
<b>1.1. EL DERECHO ROMANO . . . . .</b>	<b>5</b>
<b>1.1.1 LEY DE LAS XII TABLAS . . . . .</b>	<b>5</b>
<b>1.1.2. IUS CIVILE . . . . .</b>	<b>7</b>
<b>1.2. EL DERECHO CANONICO . . . . .</b>	<b>8</b>
<b>1.2.1. EL DERECHO CANONICO EN MEXICO . . . . .</b>	<b>10</b>
<b>1.3. EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO . . . . .</b>	<b>11</b>
<b>1.3.1. LAS SIETE PARTIDAS . . . . .</b>	<b>12</b>
<b>1.3.2. LAS LEYES DE INDIAS . . . . .</b>	<b>14</b>
<b>1.4. EL DERECHO MEXICANO . . . . .</b>	<b>14</b>
<b>1.4.1. CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870. . . . .</b>	<b>15</b>
<b>1.4.2. CODIGO CIVIL DEL DISTRITO Y TE-- RRITORIOS FEDERALES DE 1884 . . . . .</b>	<b>15</b>
<b>1.4.3. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917 . . . . .</b>	<b>16</b>
<b>1.4.4. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928 (VIGENTE DESDE EL PRIMERO DE OCTUBRE DE 1932). . . . .</b>	<b>17</b>

**CAPITULO II**  
**DOCTRINAS NACIONAL Y EXTRANJERA RELEVANTES RESPECTO A LA**  
**IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO**

2.1. DOCTRINA NACIONAL: CRITERIO DE ANTONIO DE IBARROLA RESPECTO A LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO . . . . .	18
2.1.1. CRITERIO DE IGNACIO GALINDO GARFIAS RESPECTO A LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO . . . . .	22
2.1.2. CRITERIO DE GUTIERREZ Y GONZALEZ RESPECTO A LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO . . . . .	25
7.2. DOCTRINA EXTRANJERA: CRITERIO DE BERNARDO GESCHE MULLER (CHILE) RESPECTO A LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO. . . . .	27
2.2.1. CRITERIO DE SANTIAGO CARLOS FASSI (ARGENTINA) RESPECTO A LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO . . . . .	27
2.2.2. CRITERIO DE FRANCISCO YEDO LLAGUE (ESPAÑA) RESPECTO A LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO . . . . .	28

**CAPITULO III**  
**FILIACION**

3.1. PATERNIDAD Y FILIACION . . . . .	30
3.2. CONCEPTO DE FILIACION . . . . .	30
3.3. DIVERSAS ESPECIES DE FILIACION . . . . .	32
3.4. LOS HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO . . . . .	34
3.4.1. PRESUPUESTO DE HECHO DE LOS HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO . . . . .	35
3.4.2. CONDICION JURIDICA DE LOS HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO . . . . .	37
3.5. PRESUNCION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO RESPECTO DEL HIJO NACIDO DENTRO DE LOS CIENTO OCHENTA DIAS DE LA CELEBRACION DEL CONNUBIO MATRIMONIAL: ENFOQUE DE LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL . . . . .	40
3.6. DESCONOCIMIENTO DEL HIJO NACIDO DENTRO DE LOS CIENTO OCHENTA DIAS DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO . . . . .	41

**CAPITULO IV  
ALGUNAS LEGISLACIONES COMPARADAS SOBRE LA IMPUGNACION DE  
LA PATERNIDAD DEL MARIDO**

4.1.	LEGISLACION COMPARADA . . . . .	.44
4.1.2.	CODIGO DE LA FAMILIA DEL ESTADO DE HIDALGO . . . . .	44
4.1.3.	CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE PUEBLA . . . . .	.51
4.1.4.	CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE TAMAULIPAS . . . . .	.54
4.2.1.	DERECHO ALEMAN . . . . .	55
4.2.2.	CODIGO CIVIL SUIZO Y ESPAÑOL . . . . .	56
4.2.3.	LEY FRANCESA DE 1972 . . . . .	56
4.2.4.	PROYECTO DE CODIGO VENEZOLANO . . . . .	.57
4.2.5.	PROYECTO BELGA DE 1978 . . . . .	57
4.2.6.	LEY ITALIANA DE 1975 . . . . .	57
4.2.7.	CODIGO DE FAMILIA DE COSTA RICA . . . . .	.58

**CAPITULO V  
PRESUNCIONES LEGALES EN CUANTO A LA PATERNIDAD DEL MARIDO**

5.1.	CARACTER HUMANO Y PROBABILISTICO DE LA PRESUNCION . . . . .	60
5.2.	PRESUNCION JURIS TANTUM Y JURIS ET DE IURE . . . . .	62
5.3.	SUPUESTOS FACTICOS DE LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD EN LA LEGISLACION MEXICANA . . . . .	63
5.4.	CRITERIOS SUSTENTADOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION . . . . .	72

**CAPITULO VI  
MEDIOS DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD**

6.1.	PRUEBAS DE LA PATERNIDAD . . . . .	78
6.2.	MEDIOS DE CONVICCION CLINICOS Y MEDICOS . . . . .	

PARA COMPROBAR LA FILIACION EXISTENTE ENTRE SUPUESTOS PADRE E HIJO . . . . .	80
6.2.1. PRUEBA DE MADURACION FETAL . . . . .	82
6.2.2. PRUEBA ANTROPOLOGICA Y HEREDOBIOLOGICA . . . . .	83
6.2.3. PRUEBA HEMATOLOGICA . . . . .	85
6.2.4. METODO DE KÜHNE O PRUEBA MORFOLOGICA DE LA COLUMNA VERTEBRAL . . . . .	86
6.2.5. SISTEMA TISULAR . . . . .	87
6.3. HUELLA GENICA, LA NUEVA CIENCIA DE LA IDENTIDAD: PRUEBA DE JEFFREYS . . . . .	88
6.4. PRUEBA DE LA PATERNIDAD CON EFICIENCIA AL 100 % UNICO MEDIO DE CONVICCION EN UN PROCESO JUDICIAL . . . . .	89
6.5. ASPECTOS PROCESALES DEL JUICIO DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD, JURISDICCION Y COMPETENCIA . . . . .	91
6.5.1. CAPACIDAD Y LEGITIMACION . . . . .	93
6.5.2. UBICACION DEL JUICIO DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD. . . . .	94
6.5.3. LA DEMANDA. . . . .	96
6.5.4. CONDUCTAS POSIBLES DEL DEMANDADO. . . . .	97
6.5.5. LA PRUEBA . . . . .	98
6.5.6. LA SENTENCIA . . . . .	99

**CAPITULO VII  
CONSECUENCIAS FAMILIARES DE LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD**

7.1. ENFOQUE DE LOS PROBLEMAS SOCIALES QUE TRAERIA CONSIGO UNA LEGISLACION QUE PERMITIERA UN MEDIO DE CONVICCION CON UNA PROBABILIDAD AL 100 % PARA PROBAR LA LEGITIMACION DE UN HIJO . . . . .	101
7.2. COMO AFECTA A LA INTEGRACION FAMILIAR LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD PLANTEADA . . . . .	102
7.3. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA MADRE DEL HIJO DESCONOCIDO LEGALMENTE . . . . .	103

**CONCLUSIONES**

**A) DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL . . . . .106**

**B) DESDE EL PUNTO DE VISTA HUMANO . . . . . 109**

**FUENTES CONSULTADAS . . . . .110**

# **IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL Y HUMANO**

## **INTRODUCCIÓN**

La familia, base de la sociedad, cuna de la expresión cultural y moral del hombre, constituye el tema central de la vida cotidiana y del derecho en general, por lo que el tema que abordaremos resulta de un especial interés, por las conclusiones apasionantes y controvertidas a las que pretendemos llegar, sobre la impugnación de la paternidad dentro del matrimonio.

Desde siempre se han suscitado conflictos en cuanto a la imputación de la paternidad del cónyuge; innumerables tratadistas han propuesto como objeto de estudio las consecuencias legales a las que se enfrenta un individuo que promueve un juicio para desconocer a un ser no engendrado por él, y por otro lado, la situación de la mujer ante una sentencia ejecutoriada declarando la no filiación entre el marido de ésta y su hijo, y por último, de qué manera afectará al menor el desconocimiento de quién sea su padre.

Desde el punto de vista legal, el presente estudio analizará con qué elementos de convicción cuenta un individuo que pretende hacer valer en juicio su derecho a negar la paternidad, y qué condiciones fáctico- normativas pudieran sustentar y fundamentar sus afirmaciones a fin de conseguir una sentencia absolutoria en su favor.

Ahora bien, desde un punto de vista humano, surgen innumerables interrogantes: ¿Qué sucedería si la prueba de la paternidad con probabilidad al 100 % fuera de bajo costo y de fácil acceso? ¿Qué pasaría con la Institución de la Familia?, la práctica jurídica en desavenencias conyugales demuestra que por lo menos el 30% de los esposos afirma que alguno de sus hijos no lo es en realidad, o tal vez que ninguno, de tal modo que a muchos esposos les gustaría tener la certeza de que su paternidad legal coincide con la biológica; el fondo de estas afirmaciones pueden tener bases emotivas, psicológicas o reales, pero, en

el caso de que fueran reales, ¿Qué expectativa ofrece el abogado a un hombre que pretende impugnar la paternidad a su cónyuge?, si tuviéramos acceso fácil y económico a la prueba con eficacia al 100 %, ¿la recomendaríamos a nuestros clientes?, a manera de ejemplo, un caso práctico en el que un hombre sospechando la infidelidad de su cónyuge acude a su abogado para que le asesore en relación a un juicio de impugnación de la paternidad e influenciado por la efectividad de la prueba recomendada por su abogado, demanda la impugnación planteada a su cónyuge, realizándose las pruebas en la persona del supuesto hijo y en las del supuesto padre y al obtener los resultados descubre que contrariamente a lo esperado el sujeto de la prueba resulta ser verdaderamente su hijo. En un plano emocional, ¿podría ese matrimonio superar un juicio de esa naturaleza?

Cecilia P. Grosman menciona en su libro *La Acción de Impugnación de la Paternidad del Marido*: "La misión del matrimonio es asegurar el nacimiento del hijo dentro de un núcleo estable que provea la efectividad de los fines de la familia. Desplazar por tanto al recién nacido de esta posición no debe ser tarea fácil. Si la familia ha constituido históricamente la base de la continuación social a través del sistema de roles, y es soporte de patrimonios cuya conservación y transmisión debe afianzarse a la muerte del titular, el ordenamiento positivo no debe vulnerar con ligereza el sustrato esencial en el cual una determinada sociedad funda su supervivencia. Por ello, la acción de impugnación de la paternidad del marido debe verificarse bajo ciertas condiciones, resguardándose los valores de estabilidad y tranquilidad de la familia formalizada y la inmutabilidad del estado de hijo matrimonial".<sup>1</sup>

Apreciaremos a lo largo del presente estudio, las contradicciones en que ha incurrido la Ley al mostrarse por un lado que en la mayoría de los casos y concretamente a partir del Año Internacional de la Mujer, los varones resintieron el peso de la declaración de igualdad, situación algunas veces tergiversada por el sexo femenino, ya que la Ley en su afán de elevar la institución de la familia, ha establecido presunciones legales severamente tajantes en cuanto a la paternidad, de tal manera que una mujer casada y separada materialmente de su esposo puede imputarle la paternidad a su marido de un hijo habido por una relación extramatrimonial, sucedida en el inter de su separación, o en el peor de los casos sin haberse interrumpido la convivencia de ésta con su cónyuge en el hogar marital, y dicho acto simulado provoca consecuencias legales, tales como la ministración obligatoria de alimentos a un hijo no engendrado y el derecho de éste a su sucesión hereditaria.

<sup>1</sup> GROSMAN P. Cecilia, "*Acción de impugnación de la paternidad del marido*", Ed. A'bacó de Rodolfo DePalma, 1a. ed. Buenos Aires Argentina, 1982, p. 26.

En nuestra opinión, se deben admitir en nuestro Código Civil, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, con el propósito de llegar al esclarecimiento de la verdad, ya que el predominio de las pruebas, científicas y técnicas se hace cada vez más latente en nuestra vida cotidiana, sin embargo, el legislador mexicano ha tratado en cada momento de proteger a la familia, con lo que estamos de acuerdo, pero consideramos que resulta también de gran importancia la dignidad del ser humano y en general de la familia mexicana, por lo que estamos a favor de que la ciencia del Derecho en México avance a la par de la tecnología, sin descuidar el aspecto humano, ya que ésta y la ciencia se han combinado para auxiliar al hombre mostrándole una nueva vida y un nuevo mundo. Creemos conveniente reformar algunos de los artículos del Código Civil que prescriben limitaciones tajantes en cuanto a la admisión de las pruebas en el juicio de impugnación de la paternidad.

Esperamos con el estudio de mérito, conseguir despejar dudas desde un enfoque jurídico, humano y social.

## **OBJETIVOS**

Los objetivos del presente trabajo son los siguientes:

- Analizar y valorizar cómo ha ido evolucionando la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio.
- Efectuar un análisis global sobre el tema de la filiación, así como de los diversos preceptos legales que la regulan.
- Conocer las doctrinas nacional y algunos sectores de la extranjera en relación al tema de referencia.
- Hacer un análisis de la legislación local comparándola con algunas legislaciones nacionales y extranjeras.
- Analizar las presunciones legales que establece nuestro Código Civil con respecto a los hijos nacidos dentro del matrimonio.
- Analizar los diversos medios de impugnación de la paternidad.
- Determinar la responsabilidad que tiene el Juzgador al dictar resolución definitiva en un juicio de impugnación de paternidad, en la etapa de valorización de las pruebas y el criterio que debe aplicar al momento de resolver la controversia.
- Plantear la situación de la cónyuge frente a una sentencia declaratoria de la no filiación entre su marido y su hijo en un proceso judicial.
- Enfocar social y jurídicamente la afectación que sufre la familia en el supuesto fáctico jurídico del tema de mérito.

# **CAPITULO I**

## **ANTECEDENTES HISTORICO- LEGISLATIVOS DE LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD**

## **CAPITULO I**

### **ANTECEDENTES HISTORICO-LEGISLATIVOS DE LA IMPUGNACION DE PATERNIDAD DEL MARIDO.**

#### **1.1 El Derecho Romano**

Durante los primeros siglos de Roma, el Derecho Privado tenía su fuente única en los usos que estaban en vigor entre los fundadores de la ciudad, y que han pasado la tradición de las poblaciones primitivas a la nación nueva. De ahí que la falta de precisión de sus reglas favoreció el arbitrio de los magistrados patricios encargados de la administración de justicia, no solamente en orden del Derecho privado, sino para la represión de los crímenes y delitos. Los atributos fueron los intérpretes de las justas reclamaciones de la plebe. Por ello se pidió la redacción de una Ley que rigiera igualmente para todos los ciudadanos. Después de diez años de resistencia, los patricios cedieron por último, así fue convenido que una Ley aplicable a los dos órdenes se redactara y promulgara.

Esta Ley fue la de las XII Tablas (según la leyenda). Cabe señalar que muchos autores opinan que además de la costumbre, como principal fuente de Derecho, especialmente del privado, en esa época existía la religión; se presentaba esta bajo dos formas "*fas*" y "*jus*". Comprendía el "*fas*" tanto la religión en cuanto tomaba aspecto jurídico, como el Derecho en cuanto se relacionaba con la religión. Mientras el "*jus*" es de origen humano; el "*fas*" se funda en la voluntad de los dioses, siendo inmutable, mientras los mismos dioses no quieran cambiarla, a diferencia del "*jus*", ya que éste resulta ser variable y perfectible, descansando su fuerza obligatoria en el acuerdo general del pueblo, y su inobservancia no lesiona sino los derechos puramente humanos.

##### **1.1.1 La Ley de las XII Tablas**

Las XII Tablas constituyeron la base de los derechos privados y públicos de la antigua Roma, las cuales datan del año de 451 a. de J.C.; a continuación se detalla su distribución:

Tablas I a III.-	Derecho Procesal.
Tabla IV.-	Derecho de Familia.
Tabla V.-	Derecho Sucesorio.
Tabla VI.-	Derecho de Cosas.
Tabla VII.-	Derecho Agrario.
Tabla VIII.-	Derecho Penal.
Tabla IX.-	Derecho Público.
Tabla X.-	Derecho Sacro.

Poco tiempo después, hubo necesidad de hacer algunas modificaciones y añadidas y una segunda comisión formada por decemviri (patricios) y plebeyos, formularon un proyecto de dos tablas adicionales que fueron aprobadas en 449 a de J.C.

Tablas XI y XII.- Según la tradición histórica sirvieron de complemento a las X anteriores.

\*Tabla IV.- Derecho de Familia.

*Femlarum bonis atque honestis moribus non ambigua pudicitia undecimo mense post mariti mortem peperisse; factum que esse negotium, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non undecimo scriptissent.* (Aulo Gelio, III, 16, 12).

(Una mujer conocida por su indiscutible honestidad dio a luz el undécimo mes de la muerte de su marido; y originó cuestión respecto a la concepción, que se reputó posterior a la muerte; pues los decemviri establecieron que los partos legales debían tener dentro de diez meses; no del undécimo)\*.<sup>2</sup>

Sin embargo, la explicación para que el Derecho Romano fuera tan rígido, surge del plazo de duración que en esa época se tenía del embarazo, es decir, se fijó en trescientos días la duración más larga y la más corta en ciento ochenta días; de tal suerte que el hijo será legítimo si nace en ciento ochenta y un días después de la celebración del matrimonio, y después de la disolución del vínculo, el plazo sería de trescientos y un días a más tardar.

---

2 LEMUS GARCIA, Raúl, *Sinopsis Histórica del Derecho Romano*. Ed. Limusa, S.A., 4a. ed. México, 1979. p.173.

### 1.1.2. *Ius Civile*

En un concepto más moderno, encontramos a la Filiación como una Institución del "*ius civitatis*", con respecto a los hijos nacidos *ex iustis nuptiis* son hijos legítimos, *liberi iusti*. Están bajo la autoridad de su padre o del abuelo paterno, siendo el padre *alieni juris*. Forman parte de la familia civil del padre, a título de agnados, y toman también su nombre y condición social. En cambio, entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de parentesco natural, de *cognación*, en el primer grado. Solo la manus podía modificar esta relación, siendo entonces los hijos agnados de su madre en el segundo grado, *in manu* y entonces es para ellos *loco sororis*.

Respecto del padre, la paternidad resulta 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 período de la concepción.

"Capitolino y Apuleyo Cuentan que desde Marco Aurelio la filiación se hacía constatar en los registros públicos. El padre tenía que declarar el nacimiento de sus hijos en un término de treinta días, en Roma el *praefectus aerarii*, y en provincias a los *tabularii publici*".<sup>3</sup>

La aplicabilidad de la Ley, en nuestra opinión, resulta muy relativa en esta legislación, ya que es el marido quien en todo caso debe refutar su paternidad y negar como suyo al hijo que él considera es producto del adulterio de su mujer.

---

3 PETIT Eugene: *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Ed. Nacional, S.A., México, 1947. Pág. 88.

## **1.2 El Derecho Canónico.**

La denominación proviene de la palabra griega canon, que en latín significa regular y por lo tanto significa lo mismo que Derecho regular, es decir: colección de cánones o reglas establecidas por la iglesia, para dirigir las acciones del pueblo cristiano en orden a la felicidad sobrenatural.

Otras denominaciones que se le atribuyen con frecuencia son:

1) Derecho Eclesiástico, ya en razón de su objeto, pues trata de las personas y cosas eclesiásticas, ya por su origen, habiendo sido dictado y confirmado por la autoridad eclesiástica.

2) Derecho Pontificio, así porque consta en su principal parte de los decretos y constituciones pontificias, como porque recibe del Romano Pontífice carácter de Ley, y su fuerza obligatoria de la Iglesia Universal.

3) El Derecho Sagrado, bien sea por su materia que son las personas sagradas, o por razón del fin al que se encamina, que es también santo y sagrado, etc.

El Derecho Canónico puede definirse como la colección de Leyes y Reglas dictadas por los primeros pastores de la Iglesia y especialmente por el Romano Pontífice, para mantener el orden, el decoro del culto divino y la pureza de costumbre en los fieles.

Después de esta breve introducción pasaremos al estudio de lo que podemos considerar como un antecedente de la institución jurídica denominada "filial legítima", desde el punto de vista del Derecho Canónico.

Los canonistas imitando al Derecho Romano, dividen el canónico en tres partes principales. En la primera tratan de las personas, especificando sus varios oficios, derechos y obligaciones. En la segunda de las cosas, comprendiendo en éstas, no solo las que tienden directamente al bien espiritual de los fieles como los sacramentos, sacrificios, oficios, solemnidades sagradas, etc. sino también los bienes temporales consagrados a Dios o que indirectamente sirven al culto divino y bien espiritual de las almas. En la tercera, de los juicios, esto es, de la competencia y procedimientos en los tribunales eclesiásticos, delitos de que éstos conocen y penas señaladas para su represión.

### **De las personas.**

La religión cristiana a diferencia del Derecho Romano considera a todos los hombres iguales delante de Dios, estrechando entre todos ellos, los lazos de caridad y amor fraternal. Aquella tomó a su cargo combatir la teoría romanista; y si bien no juzgó prudente proclamar desde un principio, la completa libertad de los siervos, pues éstos, reducidos al último envilecimiento moral y sumergidos en todos los vicios, habrían sin duda abusado de tan improvisado don; por lo cual lo fue realizando en forma gradual y comenzó a convencer a los señores de que debían mirar a los siervos como hermanos suyos y convenció a los siervos de que dotados de un alma racional eran capaces de perfeccionamiento y cultura; la religión cristiana dictó cnseguida sabias Leyes, con las que se mejoró la dura condición de los desprotegidos, por lo que logró al fin ver desterrada del mundo la degradante esclavitud y proclamar por doquiera, la completa libertad de los siervos.

En lugar pues, de la general división de los hombres en libres y siervos, que establecía el Derecho Romano, adoptó el canónico, la división de ellos, en clérigos y legos, contándose entre los primeros a los regulares, en cuanto gozan de los privilegios clericales.

Bajo el nombre de clérigos se comprende a todos los que en virtud de su ordenación o consagración, ejercen en la iglesia un determinado oficio, jurisdicción o ministerio.

Legos, al contrario se llama a todos los que no ejerciendo en la iglesia ningún oficio ni ministerio, se les considera como el pueblo de ella; los legos como incorporados a la Iglesia por el bautismo, son súbditos suyos, obligados a la observancia de sus Leyes y sometidos a los tribunales que ella tiene establecidos, para el conocimiento y decisión de los asuntos correspondientes al foro eclesiástico, régimen y jurisdicción que ella ejerce, hasta sobre aquellos, que siendo bautizados, abandonaron la fe.

De acuerdo a lo expresado, la Iglesia estableció sus principios sobre la familia, los hizo penetrar en las Leyes, y después sustituyó éstas con su propia Ley, enseñando el catecismo a todos sus fieles cualquiera que fuera su origen.

Así, para la Iglesia todo derecho nace de una obligación: como los padres tienen la obligación de mantener y educar a sus hijos, de ahí que necesiten el derecho de mandar en ellos, de corregirlos y dirigirlos, sin otra intervención que la indispensable en la sociedad.

Cabe hacer notar que el cristianismo al postular el matrimonio sacramental, trae como consecuencia la indisolubilidad del vínculo matrimonial y la elevación de la condición de la mujer, que se inclina a la noción, como ya dijimos, del deber.

### ***1.2.1. Derecho Canónico en México.***

Derivado de las reglas y cánones que regían el Derecho Canónico en México, se denominaba hijos ilegítimos a aquellos que ésta tuviera producto de un adulterio, aún cuando la mujer viviera con el marido o si lo hiciera con el adúltero, la aplicabilidad de la Ley, en nuestra opinión, resulta muy relativa en esta legislación, ya que es el marido quien en todo caso debe refutar su paternidad y negar como suyo al hijo que él considera es producto del adulterio de su mujer.

"En la primera etapa de México independiente, en todo lo relativo a las relaciones familiares, se aplicaba paralelamente el Derecho Canónico a las Leyes de Partida. ( Decretal, Libro 4, Título 17). Esta Ley consideraba ilegítimo al hijo que tuvo de adulterio la mujer viviendo el marido, tanto si habita con éste, como con el adúltero" (Cap. IV, Alejandro III, año de 1180 al Obispo Exoniense)".<sup>4</sup>

### ***1.3. El Derecho Español Antigo.***

España fue una provincia romana, por lo que el Derecho Romano tuvo plena vigencia en territorio español; al caer el Imperio Romano de Occidente en poder de los bárbaros, los godos se establecieron en la península Ibérica y expidieron algunas compilaciones de Leyes Romanas para regir entre pueblos conquistados, como el "Código Eúrico" y el Breviario de Aniano.

Posteriormente se elaboró el "Fuero Juzgo" (554), cuerpo de Leyes aplicable tanto a los conquistadores como a los pueblos sometidos. El Derecho Privado de la legislación hispano-goda, presenta matices tanto del Derecho Romano como del Canónico.

"En 1567 es expedida la "Nueva Recopilación", mediante la cual se pretendió compilar en un solo cuerpo de Leyes todo el Derecho Positivo de la época. Años más tarde en 1805, se elabora y publica la "Novísima Recopilación", con el propósito de codificar el derecho vigente".<sup>5</sup>

Es decir, observamos que siguiendo la tradición del Derecho Romano, la filiación en el Derecho Español antiguo solo concebía a la familia legítima después de un largo periodo, sin embargo, el concepto romano de Filiación como derecho del pater, evoluciona en el Derecho Español antiguo, ya que éste consideraba a la filiación como un deber de protección hacia el hijo, y se transforma a través del Derecho consuetudinario, considerándose desde entonces que la filiación tenía su fundamento no en el Derecho Positivo, sino en el Derecho Natural.

---

<sup>4</sup> MONTERO DUHALT, Sara, *"Derecho de Familia"*. Ed. Porrúa, S.A., 3a. ed., México 1990. p.289.

<sup>5</sup> LEMUS GARCIA, Raúl. ob. cit. p. 159 y sig.

Por otro lado, consumada por los españoles la conquista de los pueblos indígenas, se integró el dominio colonial, designándose a dichos pueblos la Nueva España; en la Colonia, la legislación positiva se integró tanto por las Leyes españolas de la época, como por las disposiciones especiales que la Metrópoli dictó para las colonias de América, además de las disposiciones propias para la Nueva España.

"Así en la Nueva España estuvieron en vigor el "Ordenamiento de Alcalá", las "Leyes de Toro", la "Nueva Recopilación", el "Fuero Real", el "Fuero Juzgo" y las "Partidas", ésta última, entre las más importantes. Respecto al Derecho propio de las colonias americanas, éste se encuentra contenido fundamentalmente en la "Recopilación de Leyes de Indias".<sup>6</sup>

### 1.3.1. Las Siete Partidas.

Las Siete Partidas constituyen la obra suprema de Alfonso X, la obra más célebre e inmortal de toda la historia legislativa española.

"En el prólogo de este Código se dice: *"E este Libro fue comenzado a componer et facer vispera de San Johan Bautista, quatro anos et veinete dias andados del comenzamiento de nuestro regnado"*, por lo cual considerándose como verdad incontestable que el Código Alfonso e comenzó el 23 de junio de 1256. La fecha de su terminación es menos clara; parece ser el año de 1265".<sup>7</sup>

Inspiran el Código las Siete Partidas diversos elementos, entre ellos algunos precedentes del Derecho Nacional, (fueros Juzgo, Real, de Cuenca, de Córdoba, etc.), pero es, sobre todo, un tránsito de Derecho justiniano, con influencia del canónico y de la doctrina de los juristas italianos de la época. Representan, por ello, el sentido de la cultura de entonces y son el vehículo más importante de la recepción del Derecho Romano en Castilla. Tiene este Código una decisiva importancia para el Derecho civil; pero contiene igualmente disposiciones canónicas, procesales, penales y mercantiles.

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 160 y sig.

<sup>7</sup> DE BUEN, Demófilo. "Introducción al Estudio del Derecho Civil", Ed. Porrúa, S.A., 1a. ed. México, 1977. p. 93.

Su nombre originario fue el de "Libro de las Leyes o Fuero de las Leyes", aunque cabe señalar que éstas no se pusieron en vigor como Ley en tiempos de Alfonso X, pero su valor doctrinal les dio gran influjo en el estudio y hasta en la práctica del Derecho. Este Código está dividido en 7 partes o libros, que reciben el nombre de Partidas, subdivididas en 182 títulos y éstos en 2479 Leyes.

"4a Partida, dividida en 27 títulos, se halla dedicada al Derecho Civil y dentro de él principalmente al Derecho de Familia; si bien es, los siete últimos títulos tratan de las potestades dominicales y señorial, fijando las relaciones entre los señores y los esclavos y entre los magnates feudales y sus vasallos.

La 6a, comprende 19 títulos, continúa la legislación civil, y en tal concepto, se ocupa exactamente de la sucesión testada e intestada y de la guarda de los huérfanos, en sus especies de tutela y de curatela, como instituciones preventivas, originadas en el defecto de edad y del beneficio de restitucionin integrum, como represiva, precedente de igual causa".<sup>8</sup>

De donde podemos señalar que la partida VI consagra en su parte especial al Derecho de Familia y dentro de éste a la Filiación. Al respecto las Partidas reprodujeron literalmente toda la doctrina romana, cuyo error de hacerla derivarían sólo de la Ley Civil y del dominio quiritarario, sin considerar que es la Institución directamente sancionada e influenciada por el Derecho Natural, hizo que contrastando con las Leyes de los códigos anteriores sobre la materia, se copiaran en el de Partidas los absurdos derechos sobre la persona, que el precepto romano sancionó.

"La Partida Cuarta, en el Título XV, habla "De los hijos que no son legítimos: La primera distinción que esta legislación establece entre los hijos, es la de legítimos y naturales, los legítimos son los que nacen de padre y madre, son naturales los que no nacen de casamiento según la Ley, formezinos son los hijos nacidos del adulterio; manzeres a los que nacen de mujeres dedicadas a la putería; y spurii a los hijos nacidos de la amiga infiel, otra clase de hijos, son los llamados "notos", nacidos de mujer casada pero adúltera, y que aparentan ser hijos del marido que la tiene en casa, pero en realidad no son de él."<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> SANCHEZ ROMAN Rafael, "Estudios de Derecho Civil". T.I, Ed. Tipográfico, 2a. ed. Madrid, 1988 p. 284.

<sup>9</sup> MONTERO DUHALT, Sara, Ob. cit. p.386.

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

### **1.3.2. Las Leyes de Indias.**

Rafel Sánchez Román, en su obra intitulada "Estudios de Derecho Civil", nos explica el desarrollo histórico de las Leyes de Indias:

"El Libro Séptimo contiene 8 títulos, y en él se trata de los pesquisadores y jueces de comisión, juegos y jugadores, casados, separados de su mujer, vagabundos, gitanos, negros, mulatos, e hijos de indios, cárceles y carceleros, delitos y penas".<sup>10</sup>

Cabe señalar que en cuanto a las relaciones personales entre los padres y los hijos se seguían los principios establecidos al respecto de las Partidas.

### **1.4 El Derecho Mexicano.**

Ignacio Galindo Garfias, en su obra "Derecho Civil" señala el criterio seguido por el legislador en cuanto al tema que nos ocupa: "Generalmente se señala como fuentes constitutivas del parentesco, es decir, como fuentes de la familia, el matrimonio, la filiación y la adopción...el parentesco consanguíneo tiene como única fuente la filiación. El matrimonio por lo que se refiere al parentesco, tiene importancia respecto a la prueba de la filiación. En efecto, hijos nacidos de matrimonio, se prueba con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres".<sup>11</sup>

---

10 SANCHEZ ROMAN, Rafael, "*Estudios de Derecho Civil*". T.I, Ed. Tipográfico, 2a. ed., Madrid, España, p. 286.

11 GALINDO GARFIAS, Ignacio, "*Derecho Civil*". Parte General, Personas-Familia, T.I. Ed. Porrúa, 2a. ed., México, 1976, p. 275.

Analizaremos en los diversos códigos y leyes como ha ido evolucionando la figura de la filiación, en el Derecho Mexicano, y cuya transformación ha dado como resultado el concepto mencionado al comenzar este punto.

#### ***1.4.1. Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.***

Sara Montero Duhal, en su obra "Derecho de Familia", nos muestra el aspecto negativo y positivo de esta legislación en los siguientes términos: " Respecto de los hijos ilegítimos, la comisión creyó no asentándose más que el nombre de uno de los padres, se lograría evitar el escándalo, porque no es creíble que haya un hombre tan imprudente que cuando la Ley no le exige el nombre de su cómplice, lo revele sin necesidad ni objeto. Ciertamente es de que aparezca como simplemente natural el hijo adulterino o incestuoso; pero este mal no tiene remedio y es mil veces preferible a los gravísimos que traerían consigo las escandalosas revelaciones que se prohíben en el proyecto".<sup>12</sup>

Las consideraciones de la autora mencionada, nos parecen congruentes en cuanto al propósito de evitar el escándalo con el registro de un hijo producto de relaciones incestuosas, pero en cuanto al hijo nacido del adulterio, no se habla con claridad si el hijo nace de mujer soltera con varón casado o bien mujer casada con varón soltero. En suma, se trasgredían los derechos de alimentos y de sucesión hereditaria a que podría tener derecho el menor, en cualquiera de los casos, quedaría desprotegido el nacido que ninguna culpa tenía.

#### ***1.4.2. Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1884.***

Esta legislación, fue un antecedente importante para la actual, ya que al establecerse la libre testamentación, se da un paso más hacia la destrucción de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, sin embargo, aún se aprecian distinciones, ya que la porción hereditaria a la que los descendientes tenían derecho, se consideraba de mayor a menor en razón del origen de éstos.

---

12 MONTERO DUHALT, Sara, Ob, cit. p. 294 y sig.

"Este Código, casi copia textual del de 1870, establece la libre testamentación y extingue la legítima forzosa, pero, asigna porciones diferentes a los hijos en razón de su origen y de su calidad de legítimos, naturales o espurios. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho a llevar el apellido del que lo reconoce; a ser alimentado por éste; a percibir la porción hereditaria que le señala la Ley en caso de intestado, y la pensión alimenticia que establece el Artículo 3324".<sup>13</sup>

No obstante el haber pretendido esta legislación elevar la situación del hijo llamado "natural" al otorgarle el derecho hereditario, no logra extinguir de tajo las diferencias que mellaban los derechos de éstos e igualarlos con los de los llamados "legítimos", y perciben su porción hereditaria según sea más o menos grave su origen y calidad.

#### *1.4.3 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.*

No obstante el avance que observamos en el Código a que se refiere el numeral inmediato anterior, esta Ley retrocede en cuanto a los derechos de los hijos extramatrimoniales; en nuestra opinión, el legislador tal vez debió valorar que era más denostante, si preservar a la familia a costa de los derechos de los hijos ilegítimos, u otorgarles a éstos los derechos de alimentación y hereditarios a fin de que no quedaran desprotegidos por no haber tenido la suerte de que la unión de sus padres fuera legítima.

"Esta Ley tan revolucionaria, fue enormemente retrógrada en los derechos que otorgaba a los hijos extramatrimoniales, pues sólo les concede el dudoso honor de ser reconocidos, llevar el apellido del progenitor que reconoce; es inconcebible que esta Ley haya por un lado extinguido la potestad marital y por otro los calificativos infamantes a los hijos, halla retrocedido de tal manera en su sentido de la justicia, quitando a los hijos el derecho a alimentos de parte de sus progenitores y el derecho a entrar a la sucesión legítima de los mismos, esta medida tiene por objeto evitar el fomento de las uniones ilícitas y los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar. Estas y otras razones mas de las aducidas nos parecen incompatibles con el espíritu general de la Ley sobre Relaciones Familiares".<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Ibidem.

La valoración que el legislador hizo con respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, como se observa, tiene su fundamento en preservar la familia; sin embargo, consideramos que el que haya hijos extramatrimoniales desprovistos de los más elementales derechos, afecta en forma considerable al bien común y por ende a la sociedad, entonces si el bien común tiene que considerarse supeditado al bien individual, la imposición de esta Ley produjo una afectación social de consecuencias considerables en esa época.

***1.4.4. Código Civil para el Distrito Federal de 1928 (vigente desde el 1o de octubre de 1932).***

Nuestra legislación vigente no distingue en los derechos de los hijos en razón de su origen. Una vez establecida la filiación (por matrimonio, por reconocimiento voluntario, por imputación de paternidad), los derechos entre padres e hijos son idénticos.

**CAPITULO II  
DOCTRINAS  
NACIONAL Y  
EXTRANJERA  
RELEVANTES  
RESPECTO A LA  
IMPUGNACION  
DE LA PATERNI-  
DAD DEL  
MARIDO**

## **CAPITULO II**

### **DOCTRINAS NACIONAL Y EXTRANJERA RELEVANTES RESPECTO A LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO.**

#### **2.1. Doctrina Nacional, criterio de Antonio De Ibarrola.**

Analizaremos los criterios doctrinarios en cuanto a la filiación, la paternidad y la impugnación de esta última, de tres autores nacionales.

Antonio de Ibarrola, en su libro *Derecho de Familia*, considera a la filiación como un hecho natural y como hecho jurídico, explicando que la filiación como hecho natural existe siempre en todos los individuos, por lo que se es siempre hijo de un padre y de una madre. Sin embargo, jurídicamente es menester asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación, siendo la paternidad la que presente problemas por ser difícil su comprobación.

Alude a que el niño puede nacer, por otra parte, de relaciones extramatrimoniales, pero la Ley no concede protección alguna a las relaciones entre concubinario y concubina, más si concede ciertos efectos a los lazos que unen al hijo con su padre y con su madre naturales. La filiación llamada ilegítima crea relaciones jurídicas entre el niño y sus padres.

Observamos que hace referencia a la filiación legítima y a la filiación natural o ilegítima, o bien como la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial, estamos completamente de acuerdo con su criterio, en el sentido de que el matrimonio constituye una fuente de la familia, ya que el matrimonio tiene como uno de sus fines la perpetuación de la especie, pero consideramos a la filiación, ya sea legítima o natural como fuente de la familia, ya que en nuestro Código no se hace especial distinción entre estas dos clases de filiación.

La filiación este autor la define como la relación que existe entre dos

personas de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra, creándose un parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grado.

Antonio de Ibarrola menciona como supuestos de la legitimidad de los hijos, en primer lugar al matrimonio de los padres y aclara que en nuestro Derecho sólo hay matrimonio cuando éste se ha celebrado ante el Juez; celebrado el matrimonio, son legítimos los hijos concebidos: a) por la mujer; b) después de la celebración y mientras dure el matrimonio; c) por obra del marido.

Señala como el hecho que origina a la filiación legítima a la concepción dentro del matrimonio, misma que según este autor debe ocurrir después de la celebración del matrimonio; pero también nacen legítimos los hijos concebidos antes de la celebración del enlace, pero nacidos después de éste. El momento en que la concepción se realice no puede ser fijado directa ni indirectamente con precisión; por esto la Ley recurre a una presunción. Se presume concebido en matrimonio el hijo nacido después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración y dentro de los trescientos días siguientes al de la disolución o nulidad del matrimonio. Afirma el citado doctrinario, que en varias legislaciones la presunción es absoluta, *iuris et de iure*, no admite prueba en contrario y que nuestra legislación la admite en bien pocos casos, por lo que la filiación legítima de una persona se haya sometida a la legislación y a la jurisdicción del lugar de origen del padre inscrito en los registros del estado civil; por ejemplo, la aplicación del Derecho Suizo presupone que el padre inscrito es suizo de origen. El estado civil de una persona en particular y su filiación legítima o ilegítima están sometidos a la jurisdicción del lugar de origen.

Como algo relevante en el estudio de la obra citada, mencionaremos que considera que el avance de la ciencia exige que el plazo de trescientos días se amplíe en unos cuantos más, ya que como quiera que la concepción debe ser obra del marido, requisito cuya prueba es difícil, recurren las legislaciones a otra presunción: se presume padre al marido de la madre. Se admite prueba en contrario, pero con notables limitaciones, lo mismo por lo que se refiere a los sujetos que pueden darla como en lo que afecta a los medios mismos de prueba.

En cuanto a los supuestos de legitimidad, estamos también de acuerdo con lo que señala el autor, en lo que se refiere a la ampliación que la ciencia ha descubierto del período de concepción en la mujer, ya que en los capítulos subsecuentes observaremos el resultado de estudios recientes que muestran que el período de concepción no puede tomarse de una manera tan rígida.

A este autor, en razón de que en México no se hace distinción entre los hijos extramatrimoniales de los nacidos dentro de matrimonio, le interesa sobre todo el problema de saber quién es el padre del niño, para lo cual presenta algunos principios básicos:

A) 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.

La declaración de la madre en el sentido de que los hijos no son del padre, puede ser el resultado de situaciones más bien emotivas, por lo que por venganza, tratando de ofender a su marido puede alegar un adulterio que nunca existió, de ahí que tal confesión no sea en sí válida, porque sería increíble que ella misma denunciara su conducta en caso de saberse culpable.

B) 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; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

En cuanto al desconocimiento del hijo nacido después de los trescientos días de haberse verificado la separación legal de los cónyuges, el criterio del autor nos parece acertado, ya que el hijo no puede ser tildado de legítimo desde el momento en que al instante de nacer, su fuente de legitimidad se había extinguido.

*"El Desconocimiento.*- La acción en virtud de la cual se niega a un hijo la cualidad de legítimo se llama en nuestro derecho acción de desconocimiento de la legitimidad. Presupone que, la filiación del hijo (es decir la determinación de quién es su padre y quién es su madre) no entra en juego y que el litigio verse exclusivamente sobre su legitimidad o ilegitimidad".<sup>15</sup>

El maestro Antonio De Ibarrola menciona en relación al hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, que éste jamás puede llegar a ser considerado legítimo, puesto que en el momento de la concepción el matrimonio no existía ya. Sin embargo "...el marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que judicialmente o de hecho tuvo lugar la separación...".<sup>16</sup> Si el marido no entabla duda alguna sobre la legitimidad y la mujer, el hijo o su tutor no hacen valer derecho alguno, el niño será considerado como legítimo. Esta legitimidad puede caer fácilmente, puesto que desde el momento en que alguien tenga un interés de carácter sucesorio para excluir al niño de la herencia seguramente tratará de hacerlo.

En el caso normal (aquél en que los cónyuges están obligados a cohabitar y en el que la concepción tuvo lugar dentro del matrimonio), es sumamente difícil hacer caer la presunción.

El maestro Antonio De Ibarrola acertadamente expresa lo que en nuestra opinión surge como la inquietud fundamental del presente trabajo, ya que los redactores de nuestro Código no tomaron en cuenta el avance científico que permite establecer por medio del análisis de la sangre, que el marido no es el padre, pero a criterio del doctrinario en estudio, una prueba de esa naturaleza no cambiaría el problema, ya que "sería inconcebible que una persona distinta del marido pudiera erigirse en Juez de la ilegitimidad de la prole: compete únicamente al marido decidir si conviene o no, en interés mismo de la familia, no revelar que el hijo nacido de su mujer es fruto de un adulterio".<sup>17</sup> y para finalizar, concluye que son criticables los sistemas jurídicos extranjeros que toleran este tipo de pruebas o la intrusión de terceros o del Ministerio Público.

---

15 DE IBARROLA, Antonio, *"Derecho de Familia"*, Ed. Porrúa, S.A., 2a. ed. México, 1981, p.561.

16 Código Civil para el Distrito Federal en materia común, Ed. Pac. S.A. de C.V., 1a. ed., México 1993. p. 79.

17 DE IBARROLA, ob. cit. p. 360

En lo que se refiere al desconocimiento del hijo nacido durante la vigencia del matrimonio, y la crítica que hace el autor a las legislaciones extranjeras que permiten pruebas biológicas, hematológicas o de similar índole, diferimos del autor, ya que como lo manifiesta, compete exclusivamente al marido decidir, si por el bienestar de la familia acepta al hijo adulterino, pero en caso de que no sea así, ¿de qué modo podría defenderse el marido, si las limitantes para desvirtuar la presunción de la paternidad son infranqueables?

### ***2.1.1. Criterio de Ignacio Galindo Garfias***

En su obra titulada *Derecho Civil*, habla de la filiación como la expresión, en el ámbito jurídico, del hecho biológico de la procreación: a toda persona corresponde una cierta filiación; aun cuando no sea siempre posible conocer ésta, porque se carezca de pruebas o porque éstas sean insuficientes.

Relaciona este autor a la filiación con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, que resulta establecida, ya sea en la línea recta o en la línea colateral, respecto de las personas que descienden de un tronco común; es decir, de una pareja de progenitores, un varón y una mujer, que son los ancestros del grupo de parientes. Señala como fuente primordial de la familia a la filiación, que es el parentesco más cercano y más importante: el que existe entre los padres y los hijos y que por su particular relevancia, toma el nombre de filiación.

Acorde con nuestro Código Civil, el maestro Galindo Garfias considera a los hijos nacidos de matrimonio, aquellos cuyo padre y madre estaban casados en el momento de la concepción.

Por lo tanto, se presumen hijos del marido salvo prueba en contrario, los que ha dado a luz la mujer casada, durante el matrimonio.

Consecuentemente, el hijo de matrimonio no tiene que probar quién es su padre, porque el Código Civil presume que el producto del embarazo de la madre es del marido, con el que se presupone una cohabitación continua.

*"La acción de desconocimiento de la paternidad.- Esta acción tiene como fin, destruir la presunción de la paternidad del marido, respecto de los hijos de su esposa, que nazcan después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y antes de los trescientos días de disuelto éste o desde que se interrumpió la cohabitación de los esposos".*<sup>18</sup>

Esta acción sólo puede ser ejercida por el marido. Sólo en casos excepcionales previstos en la Ley, los herederos del marido, pueden impugnar la paternidad del hijo nacido de matrimonio que deriva de tal presunción.

Respecto de los hijos habidos por la mujer casada, que nacen antes de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y después de trescientos días en que cesa la vida en común, Galindo Garfias explica que la Ley no ha establecido presunción de paternidad y por lo tanto, el marido no necesita ejercer la acción de desconocimiento. Le bastará negar que es el padre de tal hijo.

En cuanto al hijo nacido después de los trescientos días contados desde que los cónyuges dejaron de vivir juntos por nulidad de matrimonio o por divorcio, al marido bastara negar la paternidad; *"aun cuando la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos, que el marido es el padre (artículo 327 del Código Civil)"*<sup>19</sup>. En este caso, la carga de la prueba de la paternidad, recae sobre quien la afirma, ya se trate de la mujer, del hijo o del tutor de éste, puesto que los hijos nacidos después de que ha transcurrido el plazo de trescientos días de la separación de los cónyuges, no se presumen del marido.

En el juicio de desconocimiento de la paternidad respecto de los hijos que nacen después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y dentro de trescientos días de que ha tenido lugar la separación de los cónyuges, *"es el marido quien debe rendir la prueba de que físicamente le fue imposible tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al matrimonio (artículo 325 del Código Civil)"*.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, *"Derecho Civil"*. Parte General, Personas-Familia, T.I. Ed. Porrúa, 2a. ed., México, 1976, p. 286.

<sup>19</sup> Código Civil para el Distrito Federal Ob. cit. Nota 16.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

A nuestro juicio, la carga de la prueba para el marido se encuentra muy limitada ya que, en la actualidad con las vías de comunicación resulta prácticamente imposible creer que el marido no haya podido tener contacto con su mujer, aun en el caso de que se encontrase en el lado opuesto de este continente su llegada no le llevaría más de un día. Consideramos que el Código no es muy claro a este respecto, y creemos necesarias pruebas de índole científico que se adecuen a la realidad social de nuestros tiempos.

*"Cuando ha habido adulterio de la madre y el padre pretende no ser el padre del hijo que ésta ha dado a luz, deberá probar que efectivamente no tuvo acceso a ella, durante los diez meses que precedieron al nacimiento, o que el alumbramiento se le ocultó (artículo 326 del Código Civil)".<sup>21</sup>*

No obstante que este supuesto se basa en el adulterio de la madre, el artículo 326 del Código Civil, se muestra más riguroso para tener por destruida la presunción de paternidad del marido, respecto de los hijos que ha dado a luz su esposa, después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, como lo subraya el autor, habiéndose iniciado la cohabitación entre los consortes desde el día en que se celebró el matrimonio, las relaciones sexuales que la mujer casada haya tenido con otro hombre que no es su marido, (si con éste último también las ha tenido), permiten que subsista la presunción de que es el marido el autor de su embarazo, aún dándose el caso de que el padre haya podido ser el cómplice del adulterio. En otras palabras, si ha habido cohabitación entre los consortes, la paternidad biológica en este caso, 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.

Al mencionar el maestro que los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio de los padres no necesitan probar quien es su padre, ya que la presunción legal que prescribe el artículo 324 del Código Civil apoyándose en la generalidad, prevé que los hijos que nacen durante el matrimonio sean de ambos progenitores, por lo tanto esta presunción sólo podrá ser destruida mediante prueba en contrario.

---

<sup>21</sup> Ibidem

En cuanto al desconocimiento de la paternidad respecto de los hijos que nazcan después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y antes de los trescientos de disuelto éste o desde que se interrumpió la cohabitación de los esposos, en nuestra opinión, esta interrupción entre los esposos debe ser decretada siempre en forma legal, debido a que el precepto que regula esta situación, alude a una separación no definitiva, sino la provisional que determina el artículo 282 del Código Civil, por lo que si los cónyuges pretenden reconciliarse en primera instancia también puede ser que finalmente se decidan por la separación.

Por otro lado, en el caso de que la mujer tenga relaciones sexuales con otro hombre y a la vez conviva sexualmente en el hogar marital con su marido, entonces la situación se torna complicada, ya que el hijo que resultara de esa dualidad de relaciones pudiera ser o bien del marido o bien del amasio, por lo que apearse completamente a la presunción de la paternidad que establece el artículo 324 del Código Civil, alude a un criterio en exceso cerrado; sin embargo, consideramos que si el marido en verdad tienen sospechas fundadas de que el hijo que se le imputa no ha sido engendrado por él, entonces, ¿qué posibilidades tiene de contradecir esa paternidad?, en nuestro criterio, ninguna, ya que el adulterio de la madre no destruye la presunción a que hemos aludido, por lo que desvirtuar aquélla, únicamente podría hacerse con otros medios de prueba, -tales como médicos y clínicos-, lo cual no está contemplado en nuestra legislación, y en un caso concreto podría tildarse de injusto, ya que a ninguna persona le es agradable ser víctima de un engaño, y que además le traerá consecuencias no deseadas.

### **2.1.2. Criterio de Gutiérrez y González**

En su libro titulado *El Patrimonio*, se refiere a la Filiación y a su objeto como la relación jurídica que establece el Derecho entre madre y padre, con relación al producto de la concepción, en el momento de su nacimiento, o que se crea con la adopción, mencionando como objeto de la filiación el conferir e imponer tanto al descendiente, como a la madre y al padre, los derechos y deberes que la Ley determina con la vista de la relación familiar.

Por lo que si se tiene un acta del Estado Civil, en donde una persona reconozca una criatura, surgen múltiples consecuencias, como son:

- 1.- El reconocimiento de la paternidad o la maternidad.
- 2.- El ejercicio de la patria potestad, con facultad de educar al sujeto a esa potestad.
- 3.- El parentesco.
- 4.- El derecho a alimentos.
- 5.- El derecho a la sucesión legítima.

Este autor pone de manifiesto el procedimiento de la inseminación artificial en seres humanos, ya que según su criterio pone en peligro la filiación, ya que la maternidad se prueba con el sólo nacimiento, pero la paternidad es difícil de probarla, por lo que la Ley acude a las presunciones establecidas en los artículos 324 del Código Civil y en el 325 del propio Ordenamiento se dispone que:

"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".<sup>22</sup>

Nuestro comentario, será en lo referente a la práctica de la teleinseminación artificial, ya que cualquier mujer cuyo esposo o concubino esté separado de ella por cualquier causa, y a su regreso ella esté embarazada, ésta podrá aducir y preparar pruebas de que fue teleinseminada con semen de su esposo, por lo que el padre que se encuentre en tal situación, no podrá hacer nada para desvirtuar la presunción legal, y aunque como lo menciona el autor, puede testar y no dejarle bienes a ese hijo, pero podrá la madre del mismo pedir la inoficiosidad del testamento, y con argumentos tales como la filiación entre el autor de la sucesión y su hijo, es casi seguro que se le obsequie en sus pretensiones; pero además de la sucesión hereditaria, el marido tendrá que dar alimentos hasta la mayoría de edad del menor, y aún después de ésta, hasta que el hijo se haga de una profesión u oficio; y es en este caso donde una vez más consideramos prudente que la legislación permita en casos tan particulares como este, en donde la ciencia es la base para prácticas tales como la inseminación, que se lleven a cabo pruebas también de índole científica, para indagar la veracidad de la paternidad.

---

<sup>22</sup> Ibidem.

"¿En dónde queda esta presunción ante la práctica de la teleinseminación? Llegado el caso de que la mujer invoque la teleinseminación y tenga preparadas pruebas de tal magnitud, que la hagan creíble ¿Cómo va a poder un concubino o un esposo, invocar la presunción del artículo 325?".<sup>23</sup>

## **2.2. Doctrina Extranjera, criterio de Bernardo Gesche Muller.**

En su obra *La Investigación de la Paternidad Ilegítima*, señala que "no obstante de que la filiación procede siempre de un mismo hecho biológico, que es la procreación, el legislador la somete a regímenes jurídicos diferentes bajo la distinción entre legítima e ilegítima. La primera corresponde la procreación generada entre padres unidos por el matrimonio o que por lo menos están casados a la fecha de nacimiento del hijo. Implica el máximo de derechos y obligaciones entre padres e hijos. La segunda procede de relaciones extramatrimoniales. La amplitud de los derechos y obligaciones que genera, va desde su igualdad con la de los legítimos, hasta un derecho de socorro mínimo impuesto al padre durante la menor edad del hijo".<sup>24</sup>

Este autor argentino habla de la filiación legítima o matrimonial y la ilegítima o extramatrimonial, y alude al hecho biológico de la procreación sometido al régimen jurídico, que ya no hace distinciones entre éstos y aquellos, sino que los pone al relieve en derechos y obligaciones, lo que nos parece adecuado, ya que como estudiamos en el capítulo que antecede, era realmente degradante la distinción tan nefasta que hacían las legislaciones en cuanto al origen de la paternidad, ya que el único afectado resultaba ser el hijo por nacer, quien era completamente inimputable a la situación que le esperaba vivir.

### **2.2.1. Criterio de Santiago Carlos Fassi.**

Este autor habla de la filiación como el vínculo que liga a una persona con todos los anillos de la cadena de sus antepasados, aún con el más lejano, es decir, se refiere al nexo entre un hijo y sus progenitores inmediatos, con su padre y con su madre, y si se le estudia desde la posición del padre o de la madre, se le llamara paternidad y maternidad. La procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho natural que nadie podrá desconocer, por eso afirma el autor en estudio, que la filiación en este sentido existe siempre en todos los individuos, se es siempre hijo de un padre y de una madre.

---

<sup>23</sup> GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "El Patrimonio". Ed. Porrúa S.A., 4a. ed., México, 1993, p.559.

<sup>24</sup> GESCHE MULLER, Bernardo. "Investigación de la Paternidad Ilegítima". Ed. Depto. de Divulgación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1a. ed., Concepción, Chile, 1967, p. 257.

"Siguiendo ideas generalizadas de la época, el Código Civil admitió distintas especies de filiaciones. Considera legítimos a los hijos concebidos durante el matrimonio válido o putativo de sus padres, a los nacidos dentro de ciento ochenta días siguientes al matrimonio, salvo el derecho acordado del padre de desconocer la paternidad"<sup>25</sup>

Equiparó a los legítimos, con los hijos naturales cuyos padres los legitimaran con el subsecuente matrimonio. Para estos hijos legítimos, tuvo el codificador toda su preferencia, acordándose los mayores derechos y confiéndoles con el matrimonio, la función de preservar la familia legítima. Con un criterio más avanzado que el corriente en los códigos de la época, colocó en un segundo orden a la filiación natural, que era la de los nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción pudieran casarse, aunque fuera con dispensa. Estos hijos no formaban parte de la familia legítima del padre, pero se reconocía el vínculo paterno-filial, acción de reconocimiento de la filiación, un derecho sucesorio, derecho a los alimentos, y más tarde fueron equiparados a los legítimos en cuanto a la patria potestad.

Nada nuevo aporta este autor a lo que ya se ha mencionado, sin embargo haremos énfasis en lo que se refiere a la predilección del legislador por los hijos nacidos dentro del matrimonio, o bien los que se legitimaban con el subsecuente matrimonio de sus padres, esta predilección obedece al hecho de que el legislador, así como en muchos otros ordenamientos, pretende enaltecer a la institución de la familia legítima, tomada esta como la base de toda sociedad, por lo que, aunque injustas las distinciones entre hijos legítimos e ilegítimos, se debieron siempre a la preocupación del legislador, en preservar el bien común y la integridad familiar.

### ***2.2.2. Criterio de Francisco Yedo Llagüe.***

Manifiesta en su libro *Acciones de Filiación*, al respecto de la impugnación de la paternidad, que la Jefatura familiar, omnipotentemente monopolizada en un rector de intereses conyugales y filiales cual era el marido, delegaba en su persona las decisiones familiares más relevantes, y era el marido el único legitimado válido y capaz para impugnar la paternidad, tildada de "legítima" y que hoy la conceptuaríamos como matrimonial. Afirma además que esta legitimación procesal exclusiva en aquél se encontraba muy limitada. para su comprobación.

---

<sup>25</sup> FASSI, Santiago Carlos. *"Estudios de Derecho de Familia"*. Ed. Platense, 1a. ed. La Plata, Argentina, 1962, p.440

Se presume, según el autor de mérito, que la atribución exclusiva en favor del marido era consecuencia de lo aducido con anterioridad: la pretensión del legislador de reforzar el vínculo formal, además la paternidad de aquél se presumía en base a la práctica general, se intuía de modo indirecto a través de indicios (*pater is quem nuptiae demonstrant*), había que estrechar el ámbito probatorio. *A contrario sensu*, la maternidad no encontraba problemas se infería directamente. La regla *mater is semper certa est* se funda sobre una constatación de un hecho; la maternidad sea legítima o natural, es un hecho que no escapa a la prueba directa; la paternidad es siempre indirecta, no se puede constatar.

"A nuestro juicio, la reforma operada en la filiación ha cambiado también la filosofía en este sentido. Porque si hasta ahora la paternidad matrimonial se deducía de forma objetiva del matrimonio, de suerte que se presumían matrimoniales los hijos nacidos de esposa, ello no dejaba de ser un *favor turis* en el *status filii* matrimonial de éstos, amparándose quizás en una filiación que no les competía por naturaleza."<sup>26</sup>

Este autor nos parece el más certero en sus apreciaciones, ya que efectivamente, la filiación matrimonial se encuentra muy limitada en cuanto a los medios de prueba para investigarse, sin embargo, la filiación extramatrimonial se encuentra acogida de una manera más extensa por la legislación, situación que no tiene razón de ser, ya que estamos hablando del mismo tema, la filiación.

Por otro lado es muy congruente, que al mencionar que la filiación matrimonial amparada por la Ley, no deja de ser una presunción legal favorable al estado filial de los miembros de la familia, sin embargo, esto es una regla que tiene su razón de ser en el comportamiento general y se apoya en los principios por los que se rige el matrimonio, como es la cohabitación permanente de los cónyuges, así como su deber a la fidelidad, pero desafortunadamente esto es una práctica general, pero la generalidad no implica la totalidad casuística del comportamiento.

---

26 LLEDO YAGÜE, Francisco. "Acciones de Filiación". Ed. La Ley, Colección Jurídica Profesional, 2a. ed. Madrid, España, 1987, p. 8

# **CAPITULO III**

## **FILIACION**

## **CAPITULO III**

### **FILIACION.**

#### **3.1. Paternidad y Filiación.**

Hemos observado cómo fue evolucionando el criterio con respecto a la figura jurídica de la filiación y cuán importante se consideraba el origen de la paternidad en el nacimiento de los hijos, de tal manera que, consideramos prudente hacer alusión al concepto de paternidad.

Así, desde el punto de vista jurídico, la paternidad consideramos que sería el resultado de la segunda fuente del Derecho de Familia, es decir, la procreación, por consiguiente se conceptualiza como el vínculo jurídico biológico entre el progenitor y el hijo producto de la unión sexual.

Ahora bien, la filiación alude de igual forma a un vínculo jurídico-biológico entre los progenitores y el hijo producto de la relación sexual. Sin embargo el vínculo que nos ocupa sería el jurídico, ya que en estricto derecho atendería a las pruebas que sobre la misma se aporten y las cuales acreditarían dicho vínculo.

#### **3.2. Concepto de Filiación.**

La filiación enlaza a una persona con sus ancestros, pero en primer término, se refiere al nexo entre un hijo con su padre y con su madre. Sin duda todos poseemos una filiación, ya que ésta existe siempre en todos los individuos. Siempre tenemos un padre y una madre, aunque la realidad biológica, no coincida, en efecto, con la legal.

El Derecho Mexicano, no puede dar un efecto jurídico de ese acontecimiento, por lo difícil que es de comprobar tanto la paternidad, como la maternidad, sobre todo la primera. La procreación comprobada, tiene efectos

diversos, según el antecedente de unión de sus padres, distinguiéndose fundamentalmente si están o no ligados por matrimonio, hecho previo que adquiere carácter esencial.

En este orden de ideas, y tomando en cuenta las fuentes constitutivas del parentesco, es decir, como fuentes de la familia, el matrimonio, la filiación y la adopción, el matrimonio constituiría la fuente de parentesco por afinidad, más sin embargo, el parentesco consanguíneo tiene como única fuente la filiación.

El matrimonio por lo que se refiere al parentesco, tiene importancia respecto a la prueba de la filiación. En suma, hijos nacidos de una casada se reputan hijos del marido y por lo tanto la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con los atestados del registro civil relativos al nacimiento del menor y al matrimonio de sus padres.

El matrimonio sólo es fuente de parentesco por afinidad. Es sin embargo, un medio de prueba casi indestructible de la filiación y por lo tanto del parentesco.

En otro concepto, "La filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra".<sup>27</sup>

La norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación (filiación consanguínea), para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores por una parte y el hijo por otra parte. De aquel hecho biogenético, se desprende un complejo de deberes, obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación; el padre y la madre en un extremo de ella y el hijo en el otro extremo.

---

27 GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit. p. 617.

Como hemos analizado, a toda persona corresponde una filiación, sin embargo, el vínculo que se genera es por un lado jurídico y por otro biológico, más podría darse el caso y de hecho se da, que la filiación biológica no coincida con la jurídica o viceversa, ya que no siempre es posible conocer la realidad de dicho nexo, ya bien porque se carezca de pruebas o porque éstas sean insuficientes.

### ***3.3. Diversas especies de Filiación.***

La filiación puede derivar de una relación de descendencia o por la que una persona voluntariamente adquiere los derechos y las obligaciones que nacen de la paternidad o de la maternidad, respecto de otra persona. En el primer caso, la filiación es consanguínea, en el segundo caso la filiación es adoptiva.

Se clasifica la filiación consanguínea, en matrimonial y extramatrimonial, según que exista el vínculo del matrimonio entre el padre y la madre de la persona de que se trate, o por el contrario, que los progenitores no estén bajo la institución del matrimonio.

En nuestra antigua legislación civil a los hijos nacidos del matrimonio, se les tenía como legítimos; en tanto se designaban naturales o ilegítimos, a aquellos cuyo padre o cuya madre no estaban casados.

En la antigüedad el matrimonio constituía la base fundamental de todo el Derecho de familia, por lo que la posición tradicionalista formula al matrimonio como la institución fundamental, por lo que el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios. La unión del hombre y la mujer sin matrimonio era reprobada por el Derecho y degradada a concubinato cuando no se estimaba delito de adulterio o incesto

A partir de la Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, que sustenta el nuevo criterio de que la familia está fundada en el parentesco

por consanguinidad, originando la filiación legítima o ilegítima, por lo que el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de paternidad, maternidad y patria potestad, ya que tanto los hijos legítimos como los naturales, se equiparan a efecto de reconocerles los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.

En consecuencia, observamos que a diferencia del Derecho de algunos países europeos, el matrimonio no es la institución fundamental del Derecho de familia, y menos aún, no derivan de él las relaciones, derechos y potestades, ya que nuestra legislación parte de un criterio distinto, considerando a la filiación legítima o natural como la base o fuente del vínculo que une al progenitor con el descendiente, sin limitarlo exclusivamente, por lo que se refiere a sus efectos, a la filiación surgida del matrimonio.

Este criterio sustentado por la nueva legislación mexicana, resulta más humano y justo que el viejo sistema en el que se desconocen algunos derechos de los hijos, por el hecho de haber nacido fuera de matrimonio, no significando tal postura una aceptación de libertinaje o de relaciones sexuales de personas en forma transitoria o accidental, ni el tomar conocimiento como única base de las relaciones familiares, la institución del matrimonio, a efecto de desprender de ella todas las consecuencias en materia de patria potestad, en general de derechos y obligaciones para los hijos.

Desde este punto de vista el matrimonio produce diversidad de efectos que podemos determinar desde tres puntos de vista:

- a) Entre consortes.
- b) En relación con los hijos.
- c) En relación con los bienes.

Siendo el más importante para el presente estudio el inciso b), que a continuación analizaremos.

### **3.4. Los hijos nacidos de matrimonio.**

Para atribuirles la calidad de hijos legítimos es necesario que satisfagan el supuesto de haber nacido dentro de la vigencia del matrimonio.

Sin embargo, es posible legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, ya que en el caso de una mujer casada, en principio, los hijos paridos por ésta se presumen de su marido, en cambio los de una mujer no casada no pueden atribuirse a un hombre determinado, la paternidad en este caso surgirá del reconocimiento voluntario del hijo o bien será resultado del ejercicio de una acción denominada acción de investigación de paternidad.

"El nacimiento de un niño puede ocurrir dentro o fuera de matrimonio; cuando acaece de una pareja casada legalmente se habla de filiación matrimonial o legítima, y cuando se da dentro de una pareja en la que la madre y el padre no se encuentran casados, se trata de una filiación extramatrimonial, ilegítima o natural.

En nuestro Derecho la importancia que reviste la distinción entre hijos de matrimonio o fuera de él radica sólo en la forma de probar la relación de paternidad".<sup>28</sup>

Ahora bien, la filiación legítima presupone, dada su complejidad, matrimonio de los progenitores, maternidad de la esposa, concepción o nacimiento en matrimonio y paternidad del marido.

El Código Civil vigente adopta reglas aplicables según se trate de filiación matrimonial o extramatrimonial, más sin embargo difiere de algunos códigos europeos y esta diferencia se revela en la exposición de motivos del Código Civil del Distrito Federal: "...Por lo que toca a los hijos se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos e hijos ilegítimos; se procuro 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..."<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia, *"Derecho de Familia y Sucesiones"*. Ed. Harla. 1a. ed. México, 1990. p. 179.

<sup>29</sup> Código Civil para el Distrito Federal en materia común, Ob. cit. nota 16.

**3.4.1. Presupuesto de hecho de los hijos nacidos dentro de matrimonio.**

*"Artículo 324 del Código Civil vigente.- 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 quedaron separados los cónyuges por orden judicial".<sup>30</sup>*

Como mencionamos, es posible legitimar a los hijos naturales con el subsecuente matrimonio de sus padres, al respecto los Artículos 354 a 357 del Código Civil regulan esta importante consecuencia, que en nuestro derecho sólo pueden obtener mediando el matrimonio.

*"Artículo 354. El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración".<sup>31</sup>*

Al respecto, comentaremos que al Derecho mexicano no le interesa el momento de la consumación del matrimonio, y considera que aun cuando éste se realizare después de la concepción o el nacimiento de los hijos no es posible imputar esa responsabilidad a éstos.

---

<sup>30</sup> Código Civil para el Distrito Federal en materia común, Ob. cit. nota 16.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

*"Artículo 355. Para que el hijo goce del derecho que le concede el Artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente".<sup>32</sup>*

Se considera necesario que una vez que se celebre el matrimonio, se haga también el reconocimiento de los hijos, pues no basta un reconocimiento tácito, el reconocimiento voluntario de los padres debe ser un acto jurídico formal.

*"Artículo 356. Si el hijo fue reconocido por el padre y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita reconocimiento expreso de ésta para que la legitimación surta sus efectos legales".<sup>33</sup>*

La filiación entre la madre y el hijo es un hecho que es sumamente fácil de comprobar, en cambio siempre es de más problemática en lo que se refiere al padre, ya que éstos artículos se refieren al supuesto de una mujer no casada que concibe un hijo para después legitimarlo mediante la celebración del matrimonio.

*"Artículo 357. Aunque el matrimonio sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres".<sup>34</sup>*

Así pues consideramos que tienen calidad de hijos extramatrimoniales los nacidos después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, los hijos concebidos antes del matrimonio se consideran fuera de éste, por lo que no se consideran hijos del marido a menos que se haya celebrado el enlace sabiendo el embarazo de la esposa o reconociéndolos después de la celebración; y, precisamente, porque no son hijos del marido, le basta a éste último negar su paternidad.

---

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Ibidem.

De los numerales transcritos, concluimos que el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio no ha sido concebido en el mismo, ya que el término plazo mínimo de embarazo se ha tomado como de un carácter absoluto, consecuentemente se estima que la concepción ha tenido lugar antes de la celebración del enlace matrimonial y, por lo tanto, el nacido deberá tener carácter extramatrimonial.

#### ***3.4.2 Condición Jurídica de los hijos nacidos dentro de matrimonio.***

Existe divergencia de opiniones en la doctrina respecto de la condición jurídica del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio; de acuerdo con la mayoría de los autores, un hijo es legitimado por el consecuente matrimonio de sus padres, pues habría una presunción legal de reconocimiento de la paternidad, ya que el hecho de la celebración del matrimonio sólo cede si se comprueba que el marido no ha reconocido al hijo, es decir, que la presunción de reconocimiento subsiste hasta que el marido desconoce la paternidad.

La legitimidad es basada en la suposición de un reconocimiento que, si se hace expreso, queda consolidado; pero si el esposo de la madre niega su paternidad esta nueva circunstancia evidencia que tal supuesto reconocimiento no ha existido.

Por el contrario, los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio son legítimos y tal calidad la poseen desde el momento de la concepción; ello se infiere del hecho de que el esposo de la madre no puede desconocer la legitimidad ya que ésta surge del mismo nacimiento y no requiere los requisitos indispensables para la legitimación; la Ley no presume el reconocimiento sino la legitimidad.

La dignidad del matrimonio y la paz de las familias exigen que no hay ninguna distinción en cuanto al momento de la concepción, puesto que ello sería

contrario a la equidad y plantearía problemas cuyas consecuencias serían desagradables para padres e hijos. Por tanto, no hay texto que se oponga a considerar al nacimiento dentro del matrimonio como fuente de legitimidad. Ahora bien, en la inteligencia de que el hijo resulta ser el principal interesado en la cuestión, podría afirmarse que el matrimonio en sí mismo presupone una legitimidad al hijo nacido dentro de éste.

Por otro lado y retomando el criterio de que el hijo resulta ser el más perjudicado en los caso de dudosa legitimidad, la controversia no tiene sólo un alcance teórico, sino consecuencias concretas respecto de los derechos del hijo. De esta manera, si este último es considerado legítimo, tal carácter lo asume en el momento en que sus padres contraen matrimonio, porque de dicho acto derivaría la presunción de reconocimiento; por lo tanto, el hijo por nacer no tiene derecho a la sucesión, -en caso de ser necesaria su condición de legítimo-, en una herencia abierta antes de la celebración del enlace pero obviamente después de su concepción. La legitimación sucesoria depende del estado de familia que tiene el hijo al momento de la concepción y el matrimonio de los padres, realizado con posterioridad, no puede alterar la situación existente a la época en que se produce la apertura de la sucesión.

Finalmente, cualquiera persona podría contestar la legitimidad del nacido, si por el contrario, el hijo es juzgado legítimo adquiere esta calidad desde el momento mismo de la concepción, no importando el matrimonio ya consumado o próximo a efectuarse de sus padres en ese momento determinado, por lo que la paternidad sólo puede ser desconocida por el marido mientras éste viva .

"El nacimiento de un niño puede ocurrir dentro o fuera de matrimonio; cuando acaece de una pareja legalmente casada se habla de filiación matrimonial o legítima, y cuando se da dentro de una pareja en la que el padre y la madre no se encuentran casados, se trata de una filiación extramatrimonial, ilegítima o natural".<sup>35</sup>

---

35 BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Ob. cit. Pág. 179.

Históricamente, los efectos de estos dos tipos de filiación difieren, especialmente en materia de sucesión, y tampoco eran iguales las relaciones con las familias de los padres.

*"Artículo 59 del Código Civil.- Cuando el nacido fuere presentado como hijo de matrimonio, se asentarán los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, los nombres y domicilios de los abuelos y los de las personas que hubieren hecho la presentación."*<sup>36</sup>

El acta de nacimiento del hijo de matrimonio, conjuntamente con el acta de matrimonio de sus padres, hará prueba plena de su estado civil. La Ley presume que el esposo es el padre del hijo nacido de su cónyuge, presunción que será destruída únicamente por sentencia ejecutoriada dictada en juicio de contestación de la paternidad.

"En principio, debe considerarse hijos nacidos de matrimonio, aquellos cuyo padre y madre estaban casados al momento de la concepción".<sup>37</sup>

Si el propósito de una pareja es el matrimonio, éste presume los principios de fidelidad y cohabitación que fundamentan a la institución del matrimonio, de tal modo que, el legislador no pretende imponer al marido un reconocimiento anticipado que tal vez no desea realizar, sino que con las disposiciones que hasta el momento hemos analizado pretende dar al matrimonio una seguridad jurídica a efecto de consolidar el matrimonio legítimo, ya que en un caso concreto el padre del niño tal vez podría responder emocionalmente en el sentido de evadir una responsabilidad paternal, por lo que el legislador pretendió darle defensas en caso de contradicción de paternidad.

---

<sup>36</sup> Código Civil para el Distrito Federal en materia común, Ob. cit. nota 16.

<sup>37</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, Ob. cit. p. 622.

### **3.5. Presunción de la paternidad del marido respecto del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de celebrado el connubio matrimonial: enfoque de la realidad social actual.**

Cuando la Ley considera al nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio como hijo del marido de la madre, recoge una realidad fáctica, no ya basada en deberes que nacen del matrimonio, sino en comportamientos sociales con cierta habitualidad: la pareja ha mantenido relaciones sexuales prenupciales y el matrimonio, precisamente, tiende a regularizar las mismas ante el advenimiento del niño.

Se han efectuado en diversos países estudios sobre el comportamiento sexual pre-matrimonial. Se observa un nuevo código moral en las generaciones más jóvenes en cuanto a las relaciones premaritales y un traslado a las mismas de la mayor parte de las exigencias que caracterizan el ideal de la vida conyugal: monogamia, fidelidad absoluta, confianza mutua. "La sexualidad prenupcial es aceptada como natural y necesaria, pero ella copia el modelo conyugal. El amor romántico reemplaza la norma de abstinencia como regulador de la vida sexual".<sup>38</sup>

La libertad sexual después del compromiso matrimonial, tomando este último concepto no como existencia de una promesa de matrimonio, sino como el periodo previo al enlace ya decidido, varía considerablemente de una sociedad a otra. Se han distinguido dos tipos de relaciones sexuales entre prometidos: aquellas que son ocasionales aun cuando tengan cierta frecuencia, y las que tienen lugar dentro de una convivencia permanente que se ha designado como *matrimonio de ensayo*. Estas uniones, sostienen la intención de contraer matrimonio.

---

38 SIGUSH y SCHMIDT, "*Lower class sexuality: some emotional and social aspects in West Germany*"; (La sexualidad de la clase baja: algunos aspectos sociales y emocionales en el oeste de Alemania), cit. por ROUSSEL, Luis, "*Le mariage dans la société française*". ("El matrimonio dentro de la sociedad francesa"), Presses Universitaires de France, (Impresiones Universitarias de Francia) 1a. ed., Francia, 1975.

Al cambiar la realidad y haber diversos criterios de apreciación, tal y como se manifiesta en la información precedente, encontramos la explicación a la extensión de la presunción de la paternidad del marido al hijo nacido durante el matrimonio, pero concebido antes del mismo y la calificación de tales hijos como legítimos. El criterio legal, incorporado a las últimas regulaciones, recoge el comportamiento de la pareja que luego contrae enlace, que es similar al que existe entre los cónyuges: relaciones exclusivas de la mujer con quien luego será su esposo. Los jóvenes pueden oficializar una promesa de matrimonio por alguna fiesta familiar o anuncio público, o tener lugar -actualmente la situación más frecuente-, un acuerdo entre dos personas para contraer enlace sin dar ninguna publicidad a tal decisión. Como ya existe un consentimiento en la promesa anterior a la celebración, se comprende que sentimentalmente el niño nacido de tal compromiso se asimile al hijo concebido en matrimonio.

### ***3.6. Desconocimiento del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio.***

Como hemos analizado, se presumen hijos de los cónyuges: ... I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

Por tanto, el Artículo prescribe:

*"Artículo 328. El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:*

*"I.- Si se probare que supo antes de casarse el 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 nació incapaz de vivir".<sup>39</sup>*

Por analogía se presume que al no encontrarse el presunto marido fácticamente dentro de cualquiera de estas hipótesis puede excepcionarse de la paternidad que se le imputa.

En relación a la fracción IV del precepto que se comenta, nos permitimos hacer la distinción entre el concepto jurídico de nacimiento y el concepto fisiológico; jurídicamente el nacimiento tiene lugar si el feto desprendido del seno materno vive veinticuatro horas; este momento posterior al nacimiento fisiológico no requiere el transcurso de veinticuatro horas siguientes al nacimiento, si antes se presenta viva la criatura al Registro Civil. Para el caso de que el hijo no haya nacido viable, presupone que no vivió las veinticuatro horas que la Ley exige para tener por nacido a un hijo, por lo que los derechos sucesorios a que hubiere tenido derecho si hubiera nacido vivo no se crearon en ningún momento, por tanto, no tendría sentido el desconocimiento de la paternidad.

Sin embargo, estas hipótesis revisten ciertas dificultades, ya que el legislador al momento de requerir "un principio de prueba por escrito" se desapega completamente de la realidad circunstancial que proviene de la experiencia y de la lógica, ya que con la prueba de que él supo del embarazo de su consorte antes de la celebración del matrimonio queda configurada la presunción de su paternidad, ya que de otro modo tal vez no se hubiera llevado a cabo tal enlace.

"El marido puede desconocer su paternidad respecto del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio con el simple cotejo de las fechas de matrimonio y nacimiento"<sup>40</sup>

La Ley presume la paternidad del marido al celebrar matrimonio, pese a la preñez de la mujer, en base a una probabilidad fáctica: normalmente es el progenitor de la criatura por nacer él que contrae matrimonio con la mujer encinta, ya que de otro modo, no habría aceptado el enlace si el niño concebido no es fruto de su amor recíproco, por lo que si no estuviese convencido de que el hijo ha sido engendrado por él, no se llevaría a cabo el matrimonio. Replantando, es el matrimonio el que regulariza las relaciones entre los padres.

40 BELLUSSCIO ZANNONI, "Código Civil de Argentina comentado", Art. 253, No. 4, Editorial Astrea, 1a. ed. Argentina 1979, p. 43.

El marido tampoco puede desconocer su paternidad, si consintió en que se diera su apellido en la partida de nacimiento, o que de otro modo hubiera reconocido tácita o expresamente por suyo al hijo de su mujer. La inscripción del hijo como propio, la realización de actos presuntivos de la posesión de estado (bautizo del niño, presentación del hijo, ministración de alimentos), obstaculizarían la acción de desconocimiento de paternidad.

El Código Civil permite la refutación de la paternidad probando que ésta no es posible, por no haber existido cohabitación al momento de la concepción en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Por otro lado, es de singular importancia analizar el desconocimiento de la paternidad, ya no a partir del momento de la celebración del matrimonio, sino una vez celebrado éste, es decir, el caso de una pareja que puede tener un hijo legítimo y el segundo hijo de una legitimidad dudosa, según apreciación del presunto padre del niño, por lo que la situación se torna difícil, pues hasta ahora hemos analizado en qué momento el hijo de un matrimonio se considera concebido dentro de éste, pero tomando como presupuesto las relaciones sexuales pre-nupciales, por lo que considerar ilegítimo al segundo o tercer hijo de la pareja reviste una controversia que auguraría un resultado poco exitoso para el padre que refuta su paternidad, ya que, al parecer cuenta con elementos probatorios poco convincentes y poco comunes y la realidad social de este planteamiento nos remonta a reflexionar en la problemática matrimonial de los cónyuges, y considerar sobre qué bases jurídicas, fácticas y morales el marido promovería una controversia calificada en nuestra opinión de temeraria y justa al mismo tiempo, en contra de su cónyuge.

**CAPITULO IV  
ALGUNAS  
LEGISLACIONES  
COMPARADAS  
SOBRE LA  
IMPUGNACION  
DE LA  
PATERNIDAD  
DEL MARIDO**

**CAPITULO IV**  
**ALGUNAS LEGISLACIONES COMPARADAS SOBRE LA**  
**IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO.**

**4.1. Legislación comparada.**

En el VII Congreso de Derecho Comparado celebrado en Upsala del 6 al 13 de agosto de 1966, el relator general, profesor Aurelian Ionasco, resumiendo los informes nacionales de veinte países llegó a la siguiente conclusión: "Hay una tendencia marcada a eliminar las discriminaciones con respecto a personas nacidas fuera de matrimonio, la de permitirle a dichas personas el establecimiento de su filiación sin restricciones, tanto paterna como materna y la de asegurarles a las personas nacidas fuera del matrimonio un estatuto jurídico idéntico a aquel del cual gozan las personas nacidas en el matrimonio".<sup>41</sup> Las legislaciones tienden a igualar la situación del hijo ilegítimo con la de los legítimos, con respecto a ambos padres o por lo menos con respecto a la madre.

En cuanto a la presunción de la concepción, advertimos tres sistemas.

**4.1.2. Código Familiar del Estado de Hidalgo.**

El Código Familiar del Estado de Hidalgo, a diferencia del Código Civil para el Distrito Federal, nos da en su artículo 183, un concepto de filiación, "...la relación consanguínea entre dos personas, por el hecho de engendrar o concebir una a la otra.". Asimismo, nombra a la relación entre padre e hijo, paternidad; y entre madre e hijo maternidad (artículo 184).

La filiación, según el criterio del Código hidalguense, resulta del hecho de engendrar o concebir a un hijo o por la adopción (artículo 185).

---

<sup>41</sup> GESCHE MULLER, Bernardo, Ob. cit. p. 183.

En cuanto al reconocimiento de los hijos se establece lo siguiente:

*"Artículo 190.- La madre y el padre solteros tienen obligación de reconocer a su hijo; cuando lo hagan separadamente sólo se asentará el nombre y generales de la persona que lo presente. La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta con relación a la madre del solo hecho del nacimiento, respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad"*<sup>42</sup>

No detectamos diferencias de fondo con el Código Civil para el Distrito Federal, y podemos agregar que en nuestro ordenamiento, esta situación se encuentra prevista en el Título Cuarto, Capítulo II, es decir, diverso al de Paternidad y Filiación.

En el artículo 192 de dicho ordenamiento, se prevé la investigación de la paternidad de los hijos nacidos de matrimonio, la cual abordaremos, por pertenecer al Capítulo de Paternidad y Filiación del ordenamiento de estudio:

*"Artículo 192.- La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio está permitida:*

*"I.- En los casos de rapto, estupro y violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.*

*"II.- Cuando el hijo se encuentre 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 el pretendido padre viviendo maritalmente.*

---

42 Código de Familia del Estado de Hidalgo, Ed. Cajica, S.A. Hidalgo, 1992.

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

*"Estas acciones sólo podrán ser intentadas en vida del padre, quién será emplazado personalmente de la imputación, siguiéndose el procedimiento que para el juicio escrito señala el Código de Procedimientos Familiares".*<sup>43</sup>

Se señala igualdad de derechos y obligaciones para el hijo reconocido y el hijo habido de matrimonio (artículo 195). Por otro lado prescribe que las acciones sólo podrán ser ejercitadas en vida del padre ya que muerto éste no tendría sentido entablar un juicio que condenaría o absolvería a una persona ya extinta y que además, lógicamente, no podría defenderse en juicio.

Posteriormente, en el artículo 198 se habla de una de las presunciones legales con respecto de los hijos de matrimonio, la cual es coincidente con las establecidas por nuestro Código sustantivo civil:

*"Artículo 198 del Código de Familia del Estado de Hidalgo.- Si un hijo nace después de 180 días de celebrado el matrimonio, o dentro de los 300 siguientes a la disolución o anulación del mismo, se presume que sus padres son los cónyuges".*

*"Artículo 199.- Contra esta presunción se admite solo la prueba de haber sido físicamente imposible al marido, tener acceso carnal con su mujer, en los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento".*<sup>44</sup>

Advertimos, que en esta legislación no se encuentra encuadrada la presunción legal, de quienes se consideran hijos de matrimonio que está prescrita por el artículo 324 del Código Civil para el D.F., quizá el legislador consideró ociosa esta situación, sin embargo, consideramos que pese a la obviedad de esta situación resultaba prudente apuntarla, ya que la omisión se justificaría entonces, si la conducta general fuere absoluta, lo que resulta imposible; además el legislador sí aborda el tema de contradicción de la paternidad en artículos posteriores, por lo que pensamos, estos preceptos deberían tener una pauta a seguir, y no hacerse referencia a ellos en forma aislada y desordenada.

---

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Ibidem

En cuanto al adulterio de la madre, como presupuesto para el desconocimiento del hijo nacido durante la vigencia del matrimonio, los criterios del Código de Familia del Estado de Hidalgo y el Código Civil del D.F., son disímiles, lo que apreciaremos a continuación:

*Artículo 200 del Código de Familia del Estado de Hidalgo.- "El adulterio de la esposa no autoriza al marido para desconocer al hijo de su matrimonio; excepto que el nacimiento se le haya ocultado, o por haberse cometido adulterio en la época de la concepción, y así se declare en sentencia ejecutoriada".<sup>45</sup>*

*Artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal.- "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".<sup>46</sup>*

Si existe la sospecha de que se ha cometido adulterio, como se menciona en el artículo 326 del Código Civil para el D.F., la simple duda no es un argumento lo suficientemente fuerte como para destruir la presunción de la paternidad; en cambio en el Código de Familia Hidalguense, se habla de "haberse cometido adulterio en la época de la concepción, y así se declare en sentencia ejecutoriada", lo que nos parece sustento jurídico de mayor relevancia, ya que si el adulterio ha sido declarado judicialmente, no sería difícil que el hijo pudiera ser producto de esa unión extramatrimonial; pero pudiera suceder, que efectivamente la madre cometió adulterio y que éste coincidió con el período de la concepción del hijo, sin embargo la mujer no cesó en las relaciones maritales con su cónyuge, es decir, convivió sexualmente con su esposo y con su amasio, en la misma época de la concepción, ¿de qué manera podría dilucidarse quién es el verdadero padre biológico del menor, sin menoscabar los intereses del hijo?

---

<sup>45</sup> *Ibidem*

<sup>46</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit. nota 16.

En cuanto al artículo 326 del Código para el D.F., consideramos congruente de parte del legislador, el permitir el desconocimiento del hijo, si se demuestra "...que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa",<sup>47</sup> pero este supuesto alude a una separación judicial o de hecho de los cónyuges, o bien a un viaje largo de alguno de ellos, o la *impotencia coeundi* o *impotencia generandi* pero de ninguna manera, ya que presuponer la convivencia de los cónyuges en el hogar marital sin cohabitación sexual, es una situación prácticamente imposible de probar.

*Artículo 201 del Código de Familia del Estado de Hidalgo.- "Se presumen hijos de los cónyuges, los nacidos después de los 300 días siguientes a la separación legal de ellos. si se hubieren reunido temporalmente".<sup>48</sup>*

Este artículo se encuentra en contradicción con el artículo 327 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra prescribe:

*"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; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre".<sup>49</sup>*

El Código hidalguense se contradice, ya que habla de una separación legal, considerándose ésta como la de más credibilidad, ya que no es una separación que sólo de hecho realizaron los cónyuges, sino que está decretada por orden judicial, por lo que a partir de dictarse dicha separación, es muy relativa la presunción de que el hijo es del matrimonio, si los cónyuges "se hubieren reunido temporalmente", ya que esto haría difícil decidir qué criterio debe seguirse, en torno a la presunción de la paternidad.

---

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Código de Familia del Estado de Hidalgo, Ed. Cajica, S.A. 1a. ed., Hidalgo, 1992.

<sup>49</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit. nota 16.

Por el contrario, el Código Civil para el D.F., permite el desconocimiento de la paternidad del hijo nacido después de 300 días de decretada la separación provisional para los casos de divorcio o nulidad, lo que consideramos apegado a Derecho, sin embargo, no se puede descartar la posibilidad de que los esposos pudieran reunirse esporádicamente: la separación a que alude este precepto se determina provisional, en cambio en el Código de Familia de Hidalgo no especifica, si la separación legal de los consortes, es la definitiva del juicio de divorcio o nulidad o la provisional decretada mientras se ventila el juicio, prevista en el artículo 117 fracción I, del mismo ordenamiento.

En cuanto a la presunción legal de que los hijos nacidos dentro de los 180 días siguientes a la disolución del matrimonio son del cónyuge y los supuestos en los que no podrá éste desconocerlos, no difieren en nada con la legislación del Distrito Federal.

El Código de Familia hidalguense difiere en el término que se concede para ejercitar la acción de desconocimiento del hijo, la cual procederá dentro del plazo de un año, iniciándose este término a partir del momento en que el marido se entere del nacimiento, no señalándose otros supuestos de hecho (artículo 203); mientras que en esta Entidad Federativa es 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 (artículo 330).

En el caso de que el marido se encuentre incapaz:

*Artículo 331 del Código Civil para el Distrito Federal.- "Si el marido está bajo tutela por causa de demencia, imbecilidad u otro motivo que lo prive de la inteligencia, este derecho puede ser ejecutado por su tutor. Si éste no lo ejercitara, 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".<sup>50</sup>*

---

50 Ibidem.

*Artículo 205 del Código de Familia del Estado de Hidalgo.- "La impugnación de la paternidad puede intentarse por el marido incapaz, por medio de su representante legal dentro del plazo fijado; pero si no se ejercita, el marido, al recobrar la capacidad podrá solicitar contando el plazo, a partir del día de la desaparición de la incapacidad".<sup>51</sup>*

Observamos las siguientes diferencias:

- El Código Civil del D.F., habla de tutela, y el Código de Familia de Hidalgo señala representación legal, aunque coinciden en el estado de incapacidad del marido.

- El plazo fijado para ejercitar la contradicción es de sesenta días para el Distrito Federal; y de un año en el Estado de Hidalgo, contándose este último plazo también para el representante legal. Coinciden en que, en ambos casos cuando el marido recupere la capacidad podrá ejercitar su acción, por supuesto en los respectivos términos señalados por cada Ley; sin embargo el Código de Hidalgo habla de "la desaparición de la incapacidad", afirmación que es muy relativa, ya que la declaración de que ha desaparecido la incapacidad debe someterse al arbitrio de médicos, para declararse posteriormente y de acuerdo a la Ley, la capacidad recuperada.

En el artículo 206 del Código de Hidalgo, se establece que los herederos del esposo incapacitado que fallece, sin haber desconocido la paternidad, podrán intentar la contradicción dentro del plazo de seis meses a partir de su muerte, en el Código para el Distrito Federal no se establece término alguno (artículo 332).

En cuanto a las reglas para establecer la filiación del hijo nacido después de celebrado el matrimonio de la mujer, viuda o divorciada o aquella cuyo matrimonio sea declarado nulo, no encontramos disímiles los criterios de los ordenamientos en comparación.

---

51 Código de Familia del Estado de Hidalgo, Ob. cit. nota 47.

Advertimos que el Código de Familia Hidalguense no establece las reglas para reputarse al nacido, que señala el artículo 337 del Código Sustantivo Civil del D.F., siendo éstas:

*"Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".<sup>52</sup>*

En cuanto a las pruebas de la filiación que enmarca nuestro Código Civil, no apreciamos variaciones de fondo con el Código en estudio.

#### **4.1.3. Código Civil para el Estado de Puebla.**

La legislación de Puebla en materia civil, dedica el Capítulo Octavo al tema de la filiación, aclarando en su artículo 522 en primer término, los derechos, deberes y obligaciones establecidos por la Ley a los hijos, el padre y la madre.

En el artículo 523 habla acerca del respeto y consideración que los descendientes, cualquiera que sea su condición, estado y edad, deben a sus ascendientes.

En el artículo 526 nos aclara de donde resulta la filiación:

*"...La filiación resulta:*

*"I. Del nacimiento;*

*"II. De las presunciones legales;*

*"III. Del reconocimiento;*

*"IV. De la adopción; y*

*"V. De una sentencia que la declare.*

---

<sup>52</sup> Código Civil para el Distrito Federal. Ob. cit. nota 16.

La presunción legal de quienes son hijos de los cónyuges se encuentra establecida en su artículo 527, que a la letra señala: *"Se presumen hijos de los cónyuges:*

*"I.- Los nacidos dentro de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.*

*"II.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.*

*"III.- Los nacidos dentro de los trescientos días contados desde la disolución del matrimonio".<sup>53</sup>*

El artículo 528 enmarca los supuestos en los que el marido no puede desconocer a los hijos comprendidos en la fracción I del artículo anterior, supuestos que a continuación se señalan:

*"I. Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura cónyuge.*

*"II. Si asistió al acta de nacimiento, o si éste fue firmada por él o contiene su declaración de no saber firmar.*

*"III. Si a dos o más personas manifestó ser hijo suyo, el de su mujer.*

*"Contra las presunciones establecidas en las dos primeras fracciones del artículo 527, 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 que han precedido al nacimiento (art. 529)".<sup>54</sup>*

---

<sup>53</sup> Código Civil para el Estado de Puebla, Ed. Porrúa, 4a. ed. México, 1992.

<sup>54</sup> Ibidem.

El artículo 530 previene que el marido no podrá desconocer a los hijos favorecidos por las presunciones establecidas en las fracciones II y III del artículo 527, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare contra la paternidad de aquél, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que estando separada del marido, viva maritalmente con otro varón y éste reconozca como suyo al hijo de aquélla; nos parece acertado en parte, ya que otras legislaciones no contemplan esta posibilidad muy frecuente en la realidad, la separación prolongada de los cónyuges sin llegar a arreglar su situación legal, y en tal caso la cónyuge puede llegar a tener relaciones con otro hombre y concebir un hijo, pero como se encuentra legalmente casada aún, aunque separada de hecho, entonces puede con su acta de matrimonio registrar al menor, como si fuera hijo de su esposo; el precepto alude al reconocimiento del hijo por parte del amasío, lo que consideramos completamente inoperante, porque puede suceder, que efectivamente la esposa conviva maritalmente con otro hombre, pero esto no quiere decir, que éste quiera reconocer al hijo habido con ella en esa relación extramatrimonial, y no por eso podría imputársele la paternidad al marido.

Por lo que no basta el dicho de la cónyuge para excluir de la paternidad al marido, salvo en el caso previsto en la última parte del artículo anterior (artículo 531).

Únicamente el marido podrá reclamar contra la filiación del hijo que se encuentre favorecido por las presunciones legales establecidas en el artículo 527 (Artículo 532).

El marido podrá desconocer al hijo nacido después de los trescientos días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación definitiva por divorcio, o la provisional prescrita para los casos de divorcio o nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en estos casos la legitimidad (Artículo 533).

De lo anterior se colige, que la legislación del Estado de Puebla no se desapega en esencia del Código Civil aplicable para el Distrito Federal, aclarando acertadamente que en caso de que la mujer conviva con otro hombre al momento de la concepción, operará el desconocimiento del hijo.

#### **4.1.4. Código Civil para el Estado de Tamaulipas.**

En su artículo 300 prevé la presunción legal a que alude el artículo 324 de nuestro Código Civil, que textualmente preceptúa:..."*Se presumen hijos de los cónyuges:*

*Fracción I.- "Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;*

*Fracción II.- "Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. En los casos de divorcio o nulidad este término se contará desde que de hecho hayan quedado separados los cónyuges por orden judicial".*

Este Código prescribe "...*Contra la presunción antes descrita 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 301).

*Artículo 302.- "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 trescientos días que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".*<sup>55</sup>

El artículo que antecede, sería más completo si se argumentara como válida la demostración de que la mujer vive maritalmente con otro varón al momento de la concepción, no obstante que no se haya decretado la separación judicial de los cónyuges.

---

<sup>55</sup> Código Civil para el Estado de Tamaulipas Ed. Porrúa, 3a. ed. México, 1992.

En cuanto a los demás artículos relativos a la filiación y a la paternidad y a las pruebas de como demostrar aquélla, no se encontró ninguna diferencia de fondo con nuestro Código Civil, únicamente, en lo que se refiere a quienes se presumen hijos de los concubinarios (artículo 314), situación que no es prevista por el Código Civil para el Distrito Federal.

#### **4.2.1. Derecho Alemán.**

En el Derecho alemán el plazo mínimo de concepción es de ciento ochenta y un días y el máximo trescientos dos días, es el comprendido entre tales términos, ambos inclusive (*artículo 1592*)\*. Empero se admite la justificación de que el hijo ha sido concebido en un plazo superior al de trescientos dos días anteriores al nacimiento, mediante la prueba del grado de madurez del nacido.

En cambio, no es permisible la demostración de que el hijo tiene menos de ciento ochenta y un días de gestación. Para el niño nacido después de los trescientos dos días desde la disolución o anulación del matrimonio, no funciona la presunción de la paternidad del marido, pero es posible lograr tal legitimidad del hijo mediante la acreditación de que el embarazo fue de mayor duración. El período de la concepción es, por otra parte, divisible. De esta manera si una pareja contrae matrimonio, por ejemplo, el 15 de septiembre de 1975, y la criatura nace el diez de mayo de 1976, resulta que la época de concepción corre desde el tres de julio de 1975 al 10 de noviembre del mismo año, si el marido impugna su paternidad, la presunción de cohabitación sólo opera en el plazo del 15 de septiembre al 10 de noviembre de 1975, en el tiempo anterior al enlace -3 de julio al 14 de septiembre de 1975-, tal presunción no funciona. De acuerdo con lo que resulte de la verificación del grado de madurez del nacido, se determinará quién tiene a su cargo la prueba. Si el niño fue concebido antes del matrimonio, quien defienda la legitimidad del nacido, tendrá que probar la cohabitación, anterior al casamiento, y si lo fue después del connubio -15 de septiembre al 10 de noviembre de 1975-, es el marido quien debe demostrar la falta de unión sexual, es decir, está obligado a destruir la presunción legal.

\* GASTIGER, Sigmund, y GÜNTHER Oswald, *Familienrecht*. Verlag W. Kohlhamer, Stuttgart, 1978.

#### **4.2.2. Código Civil Suizo y Código Civil Español.**

El Código Civil Suizo reformado en el año de 1976, establece en su artículo 255-2, que cuando el hijo ha nacido después de los trescientos días, la presunción de la paternidad del marido sólo opera si ha sido concebido antes de la disolución del matrimonio. Es decir, se admite la posibilidad de un embarazo de mayor duración.

Similar criterio sigue el Proyecto de Código Civil Español.

#### **4.2.3. Ley Francesa de 1972.**

La Ley Francesa de 1972 mantuvo la presunción en cuanto a los plazos máximo y mínimo de gestación pero los relativizó (artículo 311-I).

Consagró, asimismo, la presunción *omni meliore momento*, ya aceptada por la jurisprudencia francesa en oposición aparte de la doctrinaria, la cual aducía de ese modo que el vínculo filial dependía de la voluntad individual. Se presume, pues, que la gestación ha tenido lugar en cualquier momento del período de la concepción según convenga al interés del hijo. Este criterio, señalan autores franceses, que resultaba útil en la época en que existían diferencias importantes en cuanto entre la filiación legítima y natural, ha disminuido ante el principio de igualdad de todos los hijos ante la Ley; agregan, empero, que aún puede tener trascendencia en la hipótesis de un hijo nacido de adulterio. La presunción *omni meliore momento* que originariamente tendía a favorecer la legitimidad del hijo, se instrumentaliza hoy para que aquél pueda elegir entre una filiación matrimonial o extramatrimonial, o entre dos filiaciones matrimoniales. Supongamos que el hijo nace a los doscientos veinte días desde la muerte del marido; en este caso parte del período de la concepción de ciento veinte días cae después del fallecimiento y el hijo puede situar su concepción antes o de haberse producido tal acontecimiento, según la calidad de la filiación que desee alcanzar, sin embargo, no obstante la elección del hijo sobre su momento de concepción, puede acreditarse cual fue auténticamente la fecha de la misma (311-3), y ello, se ha dicho, resulta un modo de aproximarse al principio de la verdad en la filiación.

#### **4.2.4. Proyecto de Código Venezolano.**

El Proyecto de Código Venezolano sigue los lineamientos de la regulación francesa. En el mensaje de la iniciativa se destaca que al adoptar el principio de igualdad de todos los hijos ante la Ley, se hace inútil conservar el carácter *juris et de jure* de la presunción de concepción, que no tenía otra finalidad en el fondo que favorecer en lo posible la vinculación del hijo con la familia legítima. El carácter absoluto de la presunción, se agrega, resulta poco compatible con la preocupación legal por hacer prevalecer la verdadera filiación, sosteniéndose, asimismo, que debe ser admitida la prueba contraria en beneficio del hijo, en casos de nacimiento tardío o prematuro.

#### **4.2.5. Proyecto Belga de 1978.**

En el proyecto belga de 1978, con una orientación similar, se presume, salvo prueba en contrario, que el hijo ha sido concebido en un momento cualquiera del período que se extiende desde el día trescientos al ciento ochenta, antes de la prueba del nacimiento (artículo 326). Igualmente, si no se demuestra lo contrario, se considera que la concepción ha tenido lugar en el momento más favorable al hijo, "teniendo en cuenta el objeto de la demanda por éste iniciada o los medios de defensa que propuso" (artículo 326).

#### **4.2.6. Ley Italiana de 1975.**

La Ley Italiana de 1975, dispone que cualquiera de los cónyuges o sus herederos pueden probar que el hijo nacido después de los trescientos días de la anulación del matrimonio, de la disolución o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio, ha sido concebido durante el mismo (artículo 234). La prueba consistirá en una indagación médico-legal que permite establecer que el embarazo de la mujer ha sido mayor de trescientos días.

#### 4.2.7. Código de la Familia de Costa Rica.

El Código de la Familia de Costa Rica considera al hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio o de la separación de los cónyuges judicialmente decretada o de la declaratoria de ausencia del marido, como un hijo habido fuera del matrimonio, pero admite la prueba en contrario (artículo 75)<sup>56</sup>.

En cuanto a las causas de impugnación de la paternidad, manifestamos que universalmente se consagra la presunción de que el marido de la madre es padre del hijo que aquella ha concebido durante el matrimonio, se concede en todos los ordenamientos la posibilidad de desvirtuar la presunción legal cuando hay contradicción con la realidad. Por lo que existen dos sistemas a saber: *uno abierto*, en que la exclusión de la paternidad se basa en la prueba de que el marido no puede ser el progenitor del nacido, es decir, no se pone límites a la investigación, cuando se trate de probar la falta de nexo biológico. *El otro sistema es cerrado*, en el cual se prevé el supuesto de hecho para que pueda destruirse la presunción legal, como es el caso de nuestro Código Civil (artículo 325).

"El sistema abierto ha sido seguido, entre otros por el Código Civil alemán, que concreta la idea en los siguientes términos: "Si según las circunstancias es evidentemente imposible que la mujer haya concebido por obra del marido ..." (artículo 1591); el Código Civil Suizo: "...el actor debe establecer que el marido no es el padre..."; el Código Austríaco con la reforma de 1977: "...la presunción de paternidad del marido puede caer si se prueba que el hijo no ha sido engendrado por aquél..." (artículo 138), el Código de Familia de Bolivia: "...el marido debe demostrar por todos los medios que no es el padre del mismo..."; el Código Civil Francés, reforma de 1972: "...el marido podrá desconocer al hijo en justicia, si justifica mediante hechos apropiados que él no puede ser el padre..." (artículo 312). Recientes proyectos adoptan igual orientación, como el belga de 1978, y el del Código Civil Español. En este último no se indican ni el objeto a probar ni los medios probatorios, salvo las personas legitimadas para actuar y el plazo de ejercicio de la acción (artículo 136 y 137).<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> TREJOS Gerardo y ARGUEDAS, Carlos M., Código de Familia de Costa Rica, Anotado y Concordado, Ed. Costa Rica, 1a. ed. San José, Costa Rica, 1976.

<sup>57</sup> GROSMAN P. Cecilia, "Acción de impugnación de la paternidad del marido", Ed. A'bacó de Rodolfo DePalma, 1a ed., Buenos Aires Argentina, 1982, p. 137.

Concluyendo, debe probarse la no cohabitación marital o si hubo tal, que el hijo no ha nacido de ella.

Los ordenamientos señalados, se muestran estrictos en el sentido de que es imprescindible la comprobación indubitable de los hechos, sin embargo, en cuanto a los medios con los que se deben de probar tales circunstancias se dejan al libre albedrío del actor, y será el Juez quien deberá valorar las pruebas ofrecidas.

En el sistema abierto, se incluyen las legislaciones donde no hay una limitación tajante para impugnar la paternidad del marido y, se puede acreditar por todos los medios idóneos que aquél no es el padre del nacido.

Al contrario, en el sistema cerrado, el Juez carece de elementos al momento de la valorización de las pruebas, ya que los hechos a probar están predeterminados en la Ley.

Por ejemplo, en el Código de Familia de Costa Rica de 1974, donde se establece que en contra de la presunción "...es admisible la prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época que tuvo lugar la concepción del hijo..." (artículo 70)\*. Los presupuestos de la no cohabitación o no fecundidad, son suficientes para abarcar todas las hipótesis de imposibilidad: ausencia, separación, impotencia *coeundi*, impotencia *generandi*, entendiéndose implícitamente que la falta de relaciones sexuales o la infecundidad de las mismas puede demostrarse por la incompatibilidad sanguínea. Esta facultad surge en forma expresa del artículo 98, donde se acepta la prueba de los grupos sanguíneos u otros marcadores genéticos para demostrar la no paternidad.

---

\* TREJOS Gerardo y ARGUEDAS Carlos M, Ob. cit. nota 56.

# **CAPITULO V**

## **PRESUNCIONES LEGALES EN CUANTO A LA PATERNIDAD DEL MARIDO**

## **CAPITULO V**

### **PRESUNCIONES LEGALES EN CUANTO A LA PATERNIDAD DEL HIJO NACIDO DENTRO DE MATRIMONIO.**

#### **51. *Cáriter humano y probalístico de la presunción.***

El marido puede negarse a reconocer al hijo concebido durante el matrimonio, probando que en el tiempo transcurrido desde el día número 300 a los 180 días anteriores al nacimiento del hijo, se encontraba en imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer, por estar ausente o por otro.

El Código Civil señala con poca técnica jurídica la posibilidad de que el marido se niegue al reconocimiento, esta posibilidad subsiste en el caso del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días, contados desde el de la celebración; respecto al hijo nacido después de dicho término, la Ley no admite ni presupone un reconocimiento que pueda ser rehusado, sino que atribuye la paternidad aunque el padre la niegue, porque la misma se la atribuye, por lo tanto el padre tendrá que probar que no lo es.

La presunción de paternidad desaparece, en este primer caso cuando el padre pruebe que durante todo el período legal de concepción estuvo alejado de su mujer sin la posibilidad de una unión.

Ahora bien, cuando se prueba que no ha operado alguno de los supuestos que justifican la existencia de la presunción respecto del hijo de matrimonio y que por el contrario se presume falta de relaciones sexuales entre los cónyuges durante la época de la concepción o de haberlas habido las mismas no han sido la causa de la procreación, o sea que el niño ha sido engendrado por otro hombre, es lógico que no habiendo cohabitación entre los esposos se impide sin duda la funcionalidad de la presunción de la paternidad del marido, no sucede lo mismo con la presunción de fidelidad de la mujer, el adulterio es insuficiente para hacer cesar la presunción, ya que dicha conducta introduce a la

duda en cuanto al verdadero padre de la criatura, incerteza ésta que debe ser despejada por otros medios de convicción. Tener un amasio no es suficiente para excluir la autoría del marido en la procreación.

La presunción de la paternidad del marido es relativa y puede ser destruida por prueba en contrario; el carácter probable de la presunción surge de los supuestos fácticos en las cuales tiene su sostén, por lo que si no existiera incertidumbre de la cohabitación marital y de la fidelidad de la mujer, el marido sería con absoluta seguridad el padre del hijo concebido por su esposa, pero debido a que tales situaciones son reales, la presunción puede ser verdad, pero no absoluta.

No obstante, aunque la presunción de la paternidad del marido, tiene un carácter relativo es vulnerada por la Ley en el sentido de que atenta contra la misma la idea de que la concepción es indivisible, es decir, que no pueden destacarse momentos determinados, ya que todos tienen igual valor, por lo que si el marido ha mantenido relaciones sexuales con su mujer durante treinta días dentro del periodo de la concepción y se encuentra demostrado que en los otros noventa que completan el lapso ha existido imposibilidad de cohabitación, la presunción no opera, aunque se demuestre con el grado de madurez del nacido que éste ha sido engendrado en el tiempo en que el esposo de la madre se hallaba ausente, de tal modo que la presunción de la paternidad del marido es absoluta al restarse eficacia a la prueba del momento real de la concepción o bien cuando por determinadas limitaciones a los medios probatorios tendientes a desvirtuarla, se restringen las personas que pueden poner en funcionamiento y los plazos dentro de los cuales se puede promover la acción.

"El hijo concebido o nacido en el matrimonio conserva el privilegio de la filiación indivisiblemente constituida en consideración a su padre y a su madre por el simple juego de la presunción *pater is*. Sin embargo, al hijo nacido fuera del matrimonio no le queda más remedio que obrar por vía de reconocimiento (sus progenitores) o entablar una acción en búsqueda de su paternidad, pudiéndose determinar legalmente su filiación bien de forma exclusiva *-a matre, a patre-* o conjunta".<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> LLEDO YAGÜE, Francisco, Ob. cit. p. 270.

### 5.2. Presunciones *iuris tantum e iure et iure*.

En opinión de la sustentante, las presunciones *iuris et iure* significan de pleno y absoluto derecho, por lo tanto no admiten prueba en contrario, mientras que la presunción *iuris tantum* admite prueba en contrario.

Por lo que afirmamos que el hijo nacido en matrimonio está amparado por la presunción de paternidad, siendo esta presunción *iuris tantum* que admitirá prueba en contrario, la cual tendrá como objeto la demostración de la verdad biológica para probar que ésta no coincide con la jurídica.

El beneficio del principio *indubio pro filio* (la duda es a favor de la filiación) en el periodo de la concepción se tomaría como término inicial el momento de la celebración del matrimonio, y a partir de éste el periodo que seguiría a los trescientos días de la separación legal o de hecho de los cónyuges, por lo que colocaríamos el *omni meliorem momento* de la concepción indistintamente entre los términos citados, de tal modo que una fecha preestablecida o cómputos legales no constituyen más que una presunción *iuris tantum*, de veracidad, ya que no tienen en ningún momento valor absoluto.

La filiación matrimonial reposa en el supuesto de la presunción del *pater is est quem nuptiae demonstrant*, de tal manera que el marido nunca podrá presentar una prueba positiva concluyente de su paternidad; significando que la maternidad es susceptible de prueba directa, mientras que la paternidad -a salvo la prueba biológica positiva en la medida en que sea admisible- sólo puede probarse por las declaraciones o al comportamiento del presunto padre; el legislador debía entonces posibilitar otros medios de convicción, permitiendo la prueba libre, pero mientras tanto, se sigue presumiendo *iuris tantum* la indivisibilidad de la filiación matrimonial. Por lo tanto, la realidad del vínculo, el interés del hijo o la libre investigación de la paternidad implicarían que la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant* podría cambiarse por *pater in quem sanguinis demonstrat*, ya que la primera es la constatación de una verdad formal o legal y la segunda supedita la realidad a la verdad biológica y se determinaría que padre es aquél que científicamente se prueba como auténtico progenitor.

"La Ley no exige del padre la prueba de que no hubo unión o de que no pudo haberla concurriendo la separación de hecho con la legal, presume que no hubo unión. Presunción *iuris tantum* que desplaza la prueba contraria a cargo del demandado".<sup>59</sup>

En cuanto a la presunción *iuris et de iure* cuando se alude a la época de la concepción, no es factible recurrir a una interpretación restrictiva como lo marca nuestro Código, ya que señalar los 120 días como período de la concepción como prueba *iuris et de iure* se alejaría de la realidad biológica que ha puesto de manifiesto en los últimos tiempos, es muy probable que las variaciones a la legislación se refieran precisamente a la flexibilidad que esta presunción debe tener, ya que la presunción *pater is quem nuptiae demonstrant* ya no responde a la realidad biológica, sin embargo, la presunción *pater in quem sanguinis demonstrat* opera como un principio de indubitable fuerza.

### **5.3. Supuestos fácticos de la impugnación de la paternidad en la legislación mexicana.**

Como hemos analizado, nuestro Código Civil en su Título Séptimo, intitulado *De la paternidad y filiación* se ocupa de la presunción legal de los hijos nacidos de matrimonio, por lo que al tenor del numeral 324 de dicha Ley, se presumirán hijos de los cónyuges los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio, contándose el término en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

La fundamentación de esta hipótesis proviene del hecho biológico de que el hijo nacerá en forma muy temprana sólo ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio y sólo después de trescientos días de la separación de los cónyuges.

---

<sup>59</sup> CICU, Antonio, "*La Filiación*". Revista de Derecho Privado de la Biblioteca de la Universidad Central de Madrid, Serie B, Vol. XIV, 1a. ed., Madrid, España, 1930, p. 123.

Sin embargo, la influencia del avance científico contradice lo prescrito por el legislador, ya que "la Tabla de Guthman y Knoss determina los porcentajes de probabilidad de duración del embarazo según la talla del recién nacido".<sup>60</sup> La evolución de la ciencia médica ha puesto en tela de juicio el carácter absoluto de los plazos mínimo y máximo de gestación, como también se ha invadido el concepto de *época de la concepción* como un periodo global. Actualmente es posible discernir mediante pruebas biológicas referidas al grado de madurez del nacido, cuál ha sido la fecha aproximada de la fecundación; no resulta posible fijar aún un momento o día exactos, pero sí puede determinarse dentro de un breve plazo de una o dos semanas, también se ha comprobado que existe una correlación entre la duración del embarazo y el grado de desarrollo de ciertas medidas del recién nacido : talla, peso, diámetros y perímetros craneales, etc., con estos datos se elaboraron tablas que conectan tales variables con las distintas duraciones de la gestación.

También se han observado un cambio en los plazos mínimo y máximo de la duración del embarazo, puede ser viable un niño de menos de 180 días, o sea, existen recursos técnicos para su supervivencia fuera del seno materno, apreciándose igualmente un fenómeno de alargamiento en las gestaciones, esto quiere decir, que los confines marcados en la presunción legal contradicen ahora, en muchos casos lo que es la verdad biológica.

En el universo de normatividades aplicables, existen en cuanto a la presunción de concepción tres sistemas, el seguido por nuestro Código es imperativo, por lo que se refiere a la presunción, ya que no admite demostración que la contradiga; en otro, si bien la Ley supone igualmente plazos mínimo y máximo de concepción, y que la gestación ha tenido lugar en algún momento dentro del tiempo así limitado, sólo establece una presunción relativa, o sea, permite probar que en el caso concreto no se ha cumplido la previsión legal. Por último, una tercera modalidad determina la duración de la gestación frente al supuesto particular, acudiendo al uso de toda clase de pruebas.

---

60 LOPEZ GOMEZ y CISBERT CALEBUIG, "*Tratado de Medicina Legal*", Editorini Valencia, 2a. ed., España, 1930, p.123.

En nuestro criterio, consideramos prudente resaltar que siendo el Derecho creado para la regulación de la vida de los hombres en sociedad, resultaría de vital importancia ajustar la normatividad legal aplicable a los casos concretos, y ofreciéndonos la medicina, la biología y la genética, avances científico-técnicos con los que se podría tener una aproximación más exacta de la realidad, resulta urgente ajustar ésta con la evolución científica y a su vez con la legislación actual, ya que de otro modo, los fines del Derecho se verían seriamente vulnerados, ya que una mujer que imputa la paternidad a un hombre determinado con el que ha sostenido relaciones prenupciales, podría serle impugnada la paternidad del hijo por llegar, y en tal caso sería la misma legislación quien otorgaría a ese hombre determinado las armas suficientes para desvirtuar la paternidad, en razón de los plazos mínimo y máximo de gestación, y en el caso concreto de que el varón no desee asumir la paternidad, no obstante que la imputación coincidiera biológica y legamente, la legislación debe apearse a un sentido más humanitario y concreto, ya que el modelo legal impone a los individuos un determinado comportamiento social, examinándose un determinado conjunto de normas en conexión con sus causas y efectos de carácter social, siendo el avance científico y tecnológico muestra del progreso y de la evolución del hombre y éste constitución de la sociedad, se exige una conciliación entre sociedad, Derecho y tecnología.

En este orden de ideas, analizaremos el artículo 325 del Código Civil que señala la excepción a lo establecido en el artículo anteriormente detallado, prescribiendo:

*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".<sup>61</sup>*

---

61 Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit, nota 16.

Esta limitación a la excepción de la presunción de la paternidad que establece el artículo 325 del Código Sustantivo, nos demuestra una vez más que el legislador ha pretendido que la familia no sufra una lesión en sus fines, consecuentemente protege a los hijos nacidos dentro de matrimonio, empero, se aleja totalmente de la realidad, porque pudiera suceder que el hijo haya sido engendrado por otro hombre, que no sea el propio marido, no cesando la cohabitación marital de éste con su mujer, por lo que deberían contemplarse estos aspectos, de tal modo que el numeral descrito, debería tener una ampliación, en el sentido de que se demostrara que el hijo no proviene de la relación conyugal o bien del débito carnal con el cónyuge varón, autorizando al marido a interponer una demanda de impugnación de la paternidad con una gama de pruebas biológicas, genéticas o médicas, por lo que, siendo uno de los fines del matrimonio la procreación de la especie, justo es que esa proyección de su existencia que esperan los padres en relación a sus hijos, coincida en el ámbito jurídico así como en el biológico.

*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".<sup>62</sup>*

"El legislador mexicano desde el Código Civil de 1870, facilitó e hizo más clara la presunción al declarar que aunque la madre confiese el adulterio, no por esto el hijo deja de ser del marido, pues la confesión de adulterio podría ser el resultado de una actitud emotiva que perjudicara al hijo; se requiere o que el nacimiento del hijo se le haya ocultado o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su mujer. La prueba tiene que ser objetiva y evidente para que proceda el desconocimiento".<sup>63</sup>

La apreciación del legislador nos parece acertada, porque resultaría ilógico, que la madre confesara una conducta que sabe de antemano que constituye una agresión no sólo para su cónyuge, y para el hijo que espera, sino para la sociedad en general, ya que se colocaría en el supuesto que señala la causal I del artículo 267 de la Ley sustantiva de la materia, pudiéndole ser demandado el divorcio necesario con su confesión utilizada como prueba indirecta, lo que le auguraría una sentencia declarándola cónyuge culpable de la disolución del vínculo.

---

<sup>62</sup> Ibidem

<sup>63</sup> Comentario de José de Jesús López Monroy, "Código Civil comentado", Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2a. ed. México, D.F., 1989, p. 234.

El artículo 327 del Código citado, menciona el término a partir del cual el marido podrá desconocer al hijo nacido desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, pero la mujer, el hijo o tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre, siendo dicho término de 300 días; contrario a lo que sostiene el artículo 324 señalado, puede sostenerse que el hijo nacido después de los trescientos días resulta ser del marido, pues es común que aún cuando los cónyuges se encuentren separados provisionalmente perduren las relaciones, por lo que la madre, el hijo o el tutor de éste puede imputarle la paternidad al marido. No obstante, creemos que en este caso debería ser permisible al marido diversos medios de prueba a fin de que pueda objetar dicha paternidad, pues si bien es cierto que en muchos casos las relaciones entre los cónyuges continúan, también es cierto que en muchos otros casos, el motor de esa separación resulta ser la cohabitación de uno de los cónyuges con una tercera o tercero, o bien, cuando una separación conyugal sucede de hecho, pero no de Derecho, y transcurre un tiempo considerable, resulta lógico, que ambos cónyuges convivan con otra persona y que vivan en amasiato, con el fin de establecer su situación legal, decidan por fin entablar una demanda de divorcio, por lo que la separación provisional de los cónyuges no presupone que efectivamente van a separarse en modo reciente de su convivencia conyugal, así que allegarle de diversos medios de convicción al marido, resulta una situación que debe ser estudiada por el juzgador para el caso concreto.

*Artículo 329.- "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación".<sup>64</sup>*

La impugnación de la paternidad tiene entre otros fines desvirtuar el derecho a la sucesión del que se supone no es el hijo biológico, de tal manera que la filiación existente entre el padre y el hijo es uno de los supuestos para que el hijo pueda ser heredero de aquél, y en el caso de que se atribuyera una paternidad que no se considera cierta, cualquiera de los que si se consideran herederos legítimos del *de cuius* puede ejercitar la acción de impugnación aludida.

---

64 Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit, nota 16.

Ahora bien, el tiempo con el que cuenta el marido para deducir la acción de que el nacido no es hijo de su matrimonio, se encuentra prescrito por el Artículo 330, considerando el legislador un término de 60 días, en dos supuestos contados a partir del nacimiento si estuvo presente; y desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente o desde el día que descubrió el fraude si se le ocultó el nacimiento; el término que se le otorga al marido resulta demasiado corto, pues si la acción no se ejerce dentro de ese término el vínculo legal queda convalidado, agregar que la interposición de la demanda interrumpiría la prescripción de la acción, fortificaría el deseo del marido a deducir la acción ante los tribunales, ya que resulta muy limitante el término prescrito por el numeral 330, ya que se podría dar el caso de que la sospecha de que el hijo no es nacido del matrimonio del cónyuge podría darse tardíamente, y en este caso el marido se encontraría en completo estado de indefensión.

El supuesto del Artículo 331 de la Ley Sustantiva mencionada, enmarca los casos en que encontrándose el marido bajo tutela por algún motivo que lo prive de la inteligencia, su derecho de impugnar la paternidad puede ser ejercitado 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. Nuestro comentario a este supuesto, es el mismo al que antecede, ya que como lo mencionamos con anterioridad es un término en exceso corto.

*Artículo 332.- "Cuando el marido, teniendo o no tutor, ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre".\**

A la muerte del marido sin el pleno uso de sus facultades mentales, ¿podrán los herederos impugnar la paternidad? siempre y cuando sean legítimos herederos o testamentarios y el término para hacerlo resulta ser el mismo que preceptúan los numerales anteriores.

---

\* Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit. nota 16.

*"Artículo 333. Los herederos del marido, excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, cuando el esposo no haya, comenzado esta demanda. 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 aquél 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".\*\**

Al respecto, el Artículo 324, establece una presunción de que los hijos que nazcan antes de ciento ochenta días de celebrarse el matrimonio, no se imputan en paternidad al marido, pero de conformidad al Artículo 328, el cónyuge no podrá desconocer que es padre del hijo viable dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del enlace matrimonial, si se probare que tuvo conocimiento del embarazo de su mujer, o bien, si manifestó su voluntad al acudir al levantamiento del acta de nacimiento o con un reconocimiento en el mismo atestado, o por reconocimiento expreso de que el hijo de su mujer, es suyo.

Para la aplicación de la presunción de paternidad en el caso de matrimonios sucesivos se han establecido las siguientes reglas, "en los casos de segundas nupcias o matrimonios sucesivos puede haber confusión de paternidad entre el primer marido y el segundo (*confusio sanguinis*). Esta circunstancia puede darse en los casos de: a) viudez, b) nulidad del matrimonio, y c) divorcio, cuando no se respete el plazo de trescientos días que se fija a la mujer para contraer nuevo matrimonio después de disuelto el primero, y, como en estos casos los plazos de la presunción *is est se superponen*".<sup>65</sup>

La Ley fija las siguientes reglas en beneficio del hijo:

1. Si el hijo nace antes de los ciento ochenta días del segundo matrimonio y antes de trescientos días de disuelto el primero, el padre es el primer marido.

---

\*\* Ibidem

65 BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Ob. cit. p. 185.

2. Si el hijo nace después de ciento ochenta días del segundo matrimonio, el padre es el segundo marido, aunque no hayan transcurrido los trescientos días de la disolución del primero.

Ambas presunciones admiten prueba en contrario.

3. Si el hijo nace después de trescientos días de disuelto el primer matrimonio, pero antes de los ciento ochenta de celebrado el segundo, será hijo nacido fuera de matrimonio. En este caso deben observarse las excepciones a la facultad de desconocimiento de la paternidad por el segundo marido, que ya hemos mencionado: conocimiento del embarazo al celebrarse el matrimonio o comparecencia al Registro Civil para registro del nacimiento del hijo.

La Ley otorga al esposo la facultad de desconocimiento de la paternidad y a sus herederos en los casos de incapacidad o muerte. No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido; mientras éste viva, sólo a él compete tal facultad durante el término legal de sesenta días. Nadie más puede intentarlo si, siendo capaz, él no lo hace.

Al encontrarse la madre interesada en que el cónyuge pierda la patria potestad que ejerce sobre sus menores hijos, podría afirmar que éstos no han sido engendrados por éste sino por otro, es por eso que es únicamente potestad del marido el desconocer su paternidad en caso de duda, ya que de otro modo serían vulnerados sus derechos y también los de los hijos.

*"Artículo 335. El desconocimiento de un hijo, de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda en forma ante el Juez competente. Todo desconocimiento practicado en otra manera es nulo".<sup>66</sup>*

---

66 Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit. nota 16.

"El desconocimiento de la paternidad es una cuestión grave. No puede dejarse al arbitrio del marido, es un acto jurídico, solemne y requerirá una demanda, ante el juez competente y el trámite de un juicio que concluirá con sentencia firme."<sup>67</sup>.

El artículo que comentamos dice que se requiere demanda en forma, pero es lógico que abarcaría no sólo lo que los procesalistas denominan demanda en el sentido literal de la palabra, esto es, el libelo dirigido al juez con los requisitos que exige el artículo 255 de la Ley Adjetiva de la materia, lógicamente se entiende que la contienda judicial se inicia con un escrito pero será necesario que la controversia se ventile en todos sus términos.

Si el legislador señala que el desconocimiento debe hacerse en demanda, es porque según hemos visto podría suceder que el marido hubiese iniciado la acción de desconocimiento, y por lo tanto, los herederos del marido estarían legitimados para continuar la demanda. En la hipótesis del artículo que comentamos se concluye que todo desconocimiento de la paternidad hecho de otro modo, por ejemplo, por una simple carta o memorándum, implicaría tanto como que el marido se hiciera justicia por su propia mano. La civilización exige un orden jurídico: todo desconocimiento practicado de otra manera será nulo.

En el artículo 336 del Código en comento, se menciona quienes deben ser oídos en el juicio de impugnación de la paternidad, quienes serán en todo caso la madre y el hijo, y siendo éste menor se le nombrará un tutor interino, situación con el que estamos de acuerdo con el legislador, ya que puede darse el caso y de hecho se da, que la madre y el hijo tengan intereses contrapuestos, es decir, si la madre está interesada en que el padre ya no ejerza la patria potestad sobre el menor, puede no presentar defensa alguna o una defensa defectuosa, con el propósito de que el juicio falle en su contra y se convierta en el único tronco de filiación legal del hijo, situación que perjudicaría gravemente los derechos del menor, ya que indudablemente éste tiene derecho a que sus dos progenitores ejerzan sobre él la patria potestad, misma que engendrará derechos y deberes sobre el hijo.

---

67 Comentario de José de Jesús López Monroy. Ob. cit.p. 239.

En el Capítulo anterior, se ha señalado en el comentario al artículo 328 de nuestro Código Civil, que el concepto de nacimiento jurídico y el fisiológico responden a una naturaleza distinta, por lo que jurídicamente se tendrá por nacido al feto que desprendido enteramente del seno materno viva veinticuatro horas o si es presentado vivo al Registro Civil, faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podría entablar una demanda sobre la paternidad, situación completamente congruente con la realidad, pues al no nacer viable el feto, ¿qué caso tendría entablar un juicio de contradicción de paternidad? ¿quiénes resultarían afectados si el feto fallece?, consecuentemente con la muerte del feto, nunca se crearon sus derechos sucesorios, por lo que los herederos legítimos del padre no tendrían ningún problema en reclamar sus derechos, pues los derechos del feto no nacido jamás existieron.

"Sin embargo, creemos también con la doctrina dominante, que la impugnación sólo puede realizarse después del nacimiento. Y éste en virtud de argumentos basados en la Ley, que excluye la posibilidad de desconocer la paternidad relativamente al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, cuando el parto fue declarado no viable. Probamos que el fundamento de la disposición es la inexistencia de un sujeto de derecho".<sup>68</sup>

#### ***5.4. Criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.***

#### ***INVESTIGACION DE PATERNIDAD, PERSONAS A QUIEN DEBE OIRSE EN LOS JUICIOS DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).***

EN LOS JUICIOS DE CONTRADICCION DE LA PATERNIDAD SE DEBE OIR A TODAS LAS PERSONAS QUE DE ACUERDO CON EL TEXTO DEL ACTA PUEDAN RESULTAR PERJUDICADAS; ES LOGICO QUE LOS PRINCIPALES INTERESADOS EN SER OIDOS SON LOS MENORES Y A LOS CUALES SE LES IMPUGNA SU FILIACION, PUESTO QUE, EN CASO DE QUE SE LLEGARE A DECLARAR PROCEDENTE LA ACCION, PERDERIAN EL DERECHO A LLEVAR EL APELLIDO DEL PADRE,

<sup>68</sup> CICU, Antonio. Ob. cit. p. 255.

A SER ALIMENTADOS Y A PERCIBIR LA PENSION HEREDITARIA QUE LES CORRESPONDERIA.

**AMPARO DIRECTO 3751/75 GILBERTO ORTIZ AGUILAR, 7 DE ABRIL DE 1976 UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: J. RAMON PALACIOS VARGAS.**

***PATERNIDAD DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL, EN EL JUICIO EN QUE SE CONTROVIERTE ES NECESARIO DESIGNAR UN TUTOR INTERINO PARA QUE REPRESENTA AL MENOR. LEGISLACION DEL ESTADO DE TAMAULIPAS.***

SI BIEN ES CIERTO QUE EL ARTICULO 346 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE TAMAULIPAS SE HALLA DENTRO DEL CAPITULO RELATIVO A LA FILIACION MATRIMONIAL, TAMBIEN LO ES QUE DEBE APLICARSE AL CASO EN QUE SE CONTRADIGA LA PATERNIDAD DE UN HIJO EXTRAMATRIMONIAL. LA CONCLUSION ANTERIOR SE FUNDA EN LAS SIGUIENTES DOS RAZONES: A) EN UN PRINCIPIO DE HERMENEUTICA JURIDICA. LA DISPOSICION DEBE SER LA MISMA (*UBI CADEM RATIO, IDEM JUS*), AHORA BIEN, UNA DE LAS RAZONES JURIDICAS POR LAS QUE LA DISPOSICION EN CUESTION DEBE DESIGNARSE AL MENOR UN TUTOR INTERINO, ES LA DE EVITAR QUE LOS INTERESES DE AQUEL SE CONTRAPONGA A LOS DE SU MADRE. TRATANDOSE DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DE UN HIJO EXTRAMATRIMONIAL, PUEDE DARSE ESTA SITUACION, POR EJEMPLO, EN EL CASO EN QUE LA MADRE DEL MENOR TUVIERA INTERES EN QUE SE PRIVARA AL PADRE DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE EL MISMO. EN TAL HIPOTESIS, PARA EVITAR QUE AQUELLA SE ALLANE A LA DEMANDA O PLANTEE SU DEFENSA EN FORMA DEFECTUOSA, EN PERJUICIO DEL MENOR, LA LEY NO SOLO DISPONE QUE EN EL JUICIO CONTRADICTORIO DEBEN SER OIDOS TANTO LA MADRE COMO EL HIJO, SINO QUE ESTABLECE QUE DEBE PROVEERSE A ESTE DE UN TUTOR INTERINO. B) DEBE TAMBIEN CONSIDERARSE QUE CUANDO UN PRECEPTO NO LIMITA SU APLICACION A DETERMINADAS

SITUACIONES, SU HIPOTESIS NORMATIVA (DONDE LA LEY NO DISTINGUE EL INTERPRETE TAMPOCO DEBE DISTINGUIR). CONSEQUENTEMENTE, SI EL PRECEPTO EN CUESTION NO LIMITA SU APLICACION A LOS JUICIOS DE CONTRADICCION DE LA PATERNIDAD DE HIJOS MATRIMONIALES, ES INCONCUSO QUE TAMBIEN DEBE APLICARSE A HIJOS EXTRAMATRIMONIALES.

**AMPARO DIRECTO 1692/82. ALICIA CONTRERAS DE AVILA. 6 DE FEBRERO DE 1984. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: MARIANO AZUELA GÜITRON.**

***MENORES, REPRESENTACION DE LOS, CONTRADICCIÓN DE LA PATERNIDAD. LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO.***

SI BIEN ES CIERTO QUE CONFORME AL ARTICULO 391 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO, CUANDO SE CONTROVIERTE LA PATERNIDAD DE UN HIJO EXTRAMATRIMONIAL, DEBEN SER OIDOS LA MADRE Y EL HIJO A QUIEN, SI FUERE MENOR SE LE PROVEERA DE UN TUTOR INTERINO, SIENDO UNA DE LAS RAZONES JURIDICAS DE TAL DISPOSICION LA DE EVITAR QUE LOS INTERESES DE ESTE SE CONTRAPONGAN A LOS DE LA MADRE, PUES PODRIA DARSE LA SITUACION, POR EJEMPLO DE QUE LA MADRE TUVIERA INTERES EN QUE SE PRIVARA AL PADRE DE LA PATRIA POTESTAD Y QUE EN TAL HIPOTESIS AQUELLA SE ALLANARA A LA DEMANDA O PLANTEARA UNA DEFENSA DEFECTUOSA, EN FIN QUE EXISTIERA COLUSION , NO MENOS CIERTO ES QUE, CUANDO SEGUN LA CUESTION PLANTEADA EN EL JUICIO NATURAL SE ADVIERTA QUE ES LA MADRE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD Y QUE NO TIENE INTERES OPUESTO O ENCONTRADO, ES ESTA, LA PERSONA MAS IDONEA PARA REPRESENTAR AL MENOR EN ESE JUICIO, DADO QUE CONFORME AL DIVERSO 479 DE DICHO CUERPO DE LEYES, QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD TIENEN LA REPRESENTACION LEGITIMA DE LOS MENORES, EN CONSECUENCIA, SI LA MADRE FUE LLAMADA E INTERVINO EN EL JUICIO, Y NO TIENE INTERES OPUESTO O ENCONTRADO, ES OBVIO

QUE NO SE DEJO EN ESTADO DE INDEFENSION AL MENOR, Y POR TANTO ESTE NO QUEDA INAUDITO, A PESAR DE NO HABERSELE DESIGNADO POR EL JUEZ UN TUTOR INTERINO, PUESTO QUE TUVO OPORTUNIDAD DE CONTRADECIR LOS HECHOS DE LA DEMANDA Y APORTAR PRUEBAS AL HABER SIDO AMPLIAMENTE REPRESENTADO POR SU MADRE.

**AMPARO DIRECTO 7916/85. GLORIA VARELA SENSION Y MAYRA CLARISA HERNANDEZ VARELA. 20 DE AGOSTO DE 1986. UNANIMIDAD DE CUATRO VOTOS. PONENTE: JORGE OLIVERA TORO. SECRETARIO: WALDO GUERRERO LAZCAREZ.**

***FILIACION. LA SIMPLE NEGATIVA DE LA PATERNIDAD NO PUEDE DESTRUIR LA PRESUNCION DE QUE SON HIJOS DE LOS CONYUGES.***

LA PRESUNCION LEGAL ESTABLECIDA EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 324 DEL CODIGO CIVIL, QUE ESTABLECE QUE SE PRESUMEN HIJOS DE LOS CONYUGES LOS NACIDOS DESPUES DE CIENTO OCHENTA DIAS CONTADOS DESDE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO; DE NINGUNA MANERA PUEDE DESTRUIRSE CON LA SIMPLE NEGATIVA DE LA PATERNIDAD; TAN ES ASI, QUE EL PROPIO LEGISLADOR HA DISPUESTO, EN EL ARTICULO 325 DEL MISMO CUERPO DE LEYES, QUE CONTRA ESA PRESUNCION NO SE ADMITE OTRA PRUEBA QUE LA DE HABER SIDO FISICAMENTE IMPOSIBLE AL MARIDO TENER ACCESO CARNAL CON SU MUJER, EN LOS PRIMEROS CIENTO VEINTE DIAS DE LOS TRESIENTOS QUE HAN PRECEDIDO AL NACIMIENTO; PRUEBA QUE INDUDABLEMENTE, SOLO PODRA RENDIRSE DENTRO DEL JUICIO CONTRADICTORIO A QUE SE REFIEREN LOS ARTICULOS 335 Y 336.

**AMPARO DIRECTO 4301/73 ALFONSO UBALDO JIMENEZ, 23 DE ENERO DE 1975, UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: ERNESTO SOLIS LOPEZ.**

***PATERNIDAD, ES PRECISO PROMOVER JUICIO DE CONTRADICCION DE LA, CUANDO EL MARIDO PRETENDE DESCONOCER A UN HIJO, PUES SI EL DESCONOCIMIENTO LO HACE DE OTRA MANERA ES INEFICAZ. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).***

DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR LOS ARTICULOS 298, 303 Y 304 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, CUANDO EL MARIDO TENGA DERECHO DE CONTRADECIR QUE EL NACIDO ES HIJO DE SU MATRIMONIO, DEBE DEDUCIRSE SU ACCION, MEDIANTE DEMANDA EN FORMA ANTE EL JUEZ COMPETENTE, DENTRO DE SESENTA DIAS, CONTADOS DESDE EL NACIMIENTO; SI ESTA PRESENTE; DESDE EL DIA EN QUE LLEGO AL LUGAR, SI ESTUVO AUSENTE; O DESDE EL DIA EN QUE DESCUBRIO EL FRAUDE, SI SE LE OCULTO EL NACIMIENTO, DEBIENDO OIRSE EN EL JUICIO DE CONTRADICCION DE LA PATERNIDAD A LA MADRE Y AL HIJO, A QUIEN SI FUERE MENOR SE PROVEERA DE UN TUTOR INTERINO, Y SI NO SE SIGUE ESTE PROCEDIMIENTO, EL DESCONOCIMIENTO DEL HIJO POR PARTE DEL MARIDO, PRACTICADO DE OTRA MANERA, ES INEFICAZ; Y SI EL MARIDO NO SIGUIO EL PROCEDIMIENTO A QUE ALUDEN LOS PRECEPTOS INDICADOS, ES EVIDENTE QUE NO CUMPLIO CON LO DISPUESTO EN ELLOS, POR LO QUE LEGALMENTE NO PODIA RESOLVERSE EN EL JUICIO DEL DIVORCIO SI LA MENOR DEBIA O NO REPUTARSE COMO HIJA ILEGITIMA, DE OTRA MANERA, LA MENOR NO SERIA OIDA EN JUICIO Y ADEMAS DE LA VIOLACION AL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL, DEL DEBIDO PROCESO LEGAL, ESTE ALTO TRIBUNAL TENDRIA QUE INVOCAR OFICIOSAMENTE LA REFORMA A LA FRACCION II DEL ARTICULO 107 DE LA MISMA CARTA FUNDAMENTAL Y DECLARAR DE OFICIO LA INEFICACION O NULIDAD DE LA SECUELA IRREGULAR.

**AMPARO DIRECTO 4018/73 MOISES RINCON VASQUEZ. 11 DE AGOSTO DE 1975, UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: J. RAMON PALACIOS.**

**FILIACION LEGITIMA (LEGISLACION DEL ESTADO DE ZACATECAS).**

EL SOLO HECHO DE QUE EL HIJO HAYA NACIDO DESPUES DE CIENTO OCHENTA DIAS DE CONTRAIDO EL MATRIMONIO, HACE APLICABLE EL ARTICULO 413, FRACCION I, DEL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE ZACATECAS, MIENTRAS NO SE DESTRUYA LA PRESUNCION QUE DERIVA DE ESA FRACCION, CON LA PRUEBA QUE INDICA EL ARTICULO 414 DEL CITADO ORDENAMIENTO SUSTANTIVO, O SEA, LA DE HABER SIDO FISICAMENTE IMPOSIBLE AL MARIDO TENER ACCESO CARNAL CON SU MUJER, EN LOS PRIMEROS CIENTO VEINTE DIAS, DE LOS TRESCIENTOS QUE HAN PRECEDIDO AL NACIMIENTO.

**AMPARO DIRECTO 7287/68 MIGUEL SAUCEDO MARTINEZ. 25 DE SEPTIEMBRE DE 1969, 5 VOTOS PONENTE: MARIANO RAMIREZ VAZQUEZ.**

# **CAPITULO VI**

## **MEDIOS DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD**

**CAPITULO VI**  
**MEDIOS DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD.**

**6.1. Pruebas de la paternidad.**

En el Capítulo II del Título Séptimo de nuestro Código Civil, se mencionan las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, por lo que señala 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.

El Artículo es contundente en cuanto a la prueba de la filiación, sin embargo en los artículos que preceden veremos que la filiación también se prueba con la posesión de estado de hijo.

*Artículo 341. "A falta de actas o si éstas fueran 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 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".<sup>69</sup>*

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

La posesión es un hecho, posee un derecho el que goza de la posición social de hijo, la posesión de estado de hijo sería el goce público del lugar que ocupa en la sociedad y en la familia, no resulta de un hecho solo y aislado, sino de muchos hechos públicos encadenados y repetidos todos los días, viniendo de este modo a formar la más sólida y menos dudosa de las pruebas; en defecto de la posesión, se permiten todos los medios de prueba autorizados por la ley, a excepción de la testimonial si no hubiere un principio de prueba por escrito,<sup>69</sup> sin

<sup>69</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit. nota 16.

embargo, el legislador no es muy claro en este punto, pues no siempre puede haber un escrito o prueba material, empero puede demostrarse por el dicho de alguna persona o familiar, cual es la verdadera situación del menor que a falta de acta del registro civil relativa a su nacimiento pretende acreditar el entroncamiento con sus padres, quizá el legislador con el afán de evitar la usurpación en la filiación ha prohibido la prueba testimonial, previendo cualquier falsedad de declaración.

*Artículo 343.- "Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio si además concurre una de las circunstancias siguientes:*

*"I.- Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste;"*

*"II.- Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;"*

*"III.- Que el presunto padre tenga la edad exigida por el Artículo 361".<sup>70</sup>*

Tradicionalmente, la posesión de estado de hijo se configura con tres elementos: *el nombre, el trato y la fama.*

El primer elemento queda expuesto en el proemio del artículo, cuando se señala que si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado si además existe el nombre y el trato.

La fama significa que ante la familia y el grupo social la persona ha sido considerada como hijo de matrimonio.

---

70 Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit. nota 16.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

El segundo elemento es el nombre y consiste en que el hijo haya usado constantemente el apellido del padre del padre con el consentimiento de éste.

Por último se exige el trato, pues la posesión de estado de hijo es una ostentación constante de hijo, por lo que el si el padre ha cumplido con las obligaciones que debería tener un padre frente a su hijo, lógico es que lo considera como tal.

La doctrina pide para que exista posesión de estado de hijo de matrimonio que se prueben estos tres elementos, pues una hipótesis distinta sería la que se ha visto al comentar el artículo 341, cuando el legislador permite con toda amplitud cualquier otro medio de prueba; en consecuencia en la hipótesis del artículo que comentamos, si se tratara de probar la posesión de estado no se requiere de un principio de prueba por escrito.

Por lo que se refiere a la fracción tercera, resulta lógico solicitar que el presunto padre tenga capacidad de engendrar en la fecha en que se supondría que lo procreó.

### ***6.2. Medios de convicción clínicos y médicos para comprobar la filiación existente entre supuesto padre e hijo.***

El criterio que ha seguido nuestro Código al no admitir pruebas médicas para la comprobación de la paternidad, en nuestro punto de vista, tiene una explicación jurídica y social. La explicación jurídica actúa en razón a la subjetividad de los medios clínicos y médicos que servirían como medios de convicción en un proceso judicial y que finalmente tendrían que ser valorados por el juzgador para dictar una resolución, sin embargo, quizá en el momento en que el legislador consideró imprudente permitir el acceso de estas pruebas, éstas resultaban imprecisas o relativas, por lo que el juzgador precisa, al dictar la sentencia una convicción que no deje lugar a duda, de tal manera que no hubiera contado con los elementos probatorios lo suficientemente convincentes

para resolver. La razón social, como se ha mencionado, surge de la preocupación del legislador en preservar a la familia como base de la sociedad, asimismo existe una tendencia de protección hacia el menor que resultará afectado con un juicio de esta naturaleza.

En la actualidad, los avances científicos en cuanto a las pruebas biológicas y genéticas contienen una fuerza indubitable, por lo que al ser contundente la legislación mexicana en el sentido de no admitir dichas pruebas, denota la necesidad de modificar si no en todo, si en parte, a fin de ajustarlo a la realidad contemporánea.

"El avance de las ciencias biológicas y de la bioquímica han puesto a disposición de los juristas un sistema de pruebas que son mucho más seguras y eficaces que las presunciones y las pruebas testificales, por medio de la biología se puede saber con cierta exactitud el tiempo de gestación con el cual podemos saber si la concepción del hijo corresponde con el tiempo en que la madre cohabitó con el presunto padre, también a través de los adelantos de la técnica podemos conocer un porcentaje muy elevado que a veces llega hasta el 0,995 de exactitud que el niño no es hijo de tal hombre y, en algunos casos, aunque son los menos, se puede demostrar a través de la heredobiología que tal niño es de tal padre".<sup>71</sup>

Los métodos biológicos de investigación de la paternidad se basan:

A.- En los conocimientos que se tienen de los procesos de fecundación y de gestación en la especie humana; y

B.- En el resultado de estudios sobre herencia, es decir de la ciencia que se ocupa del esclarecimiento de la transmisión de caracteres morfológicos (anatómicos) y fisiológicos (de función y comportamiento), de ascendientes a descendientes.

Ambos caminos se relacionan íntimamente entre sí y se complementan en múltiples aspectos relacionados con la determinación práctica de la paternidad en el hombre.

---

<sup>71</sup> HERRERA CAMPOS, Ramón. *"La Investigación de la Paternidad y la Filiación No Matrimonial"*, Universidad de Granada, 1a. ed. España, 1987, p. 153.

Los progresos de la ciencia han suscitado múltiples discusiones sobre la prueba de la paternidad. Los procedimientos de prueba que ofrece la ciencia moderna son entre otros, los siguientes:

- 1.- PRUEBA DE MADURACION FETAL.
- 2.- PRUEBA ANTROPOLOGICA Y HEREDOBIOLOGICA.
- 3.- PRUEBA HEMATOLOGICA.
- 4.- METODO DE KÜHNE O PRUEBA MORFOLOGICA DE LA COLUMNA VERTEBRAL.
- 5.- EL SISTEMA TISULAR.

La prueba biológica de la paternidad se está admitiendo con carácter progresivo en un número siempre más creciente de países: en Alemania desde 1924, Austria desde 1926, Checoslovaquia desde 1936, Argentina desde 1937, Polonia la admite desde hace muchos años, pues el juez es libre para apreciar las pruebas rendidas en el proceso. Algunos estados de Estados Unidos de Norteamérica la admitieron por disposición legal expresa. En el Uruguay la prueba Hematológica se practica frecuentemente, tiene importancia decisiva cuando revela la imposibilidad de la filiación. Es interesante en los casos de cohabitación múltiple de la madre para robustecer la convicción de la paternidad reclamada por coincidencia de los grupos sanguíneos del presunto hijo y del presunto padre.

#### ***6.2.1.- Prueba de maduración fetal.***

El Código Civil establece unos parámetros fijos en la gestación del feto, y se ha hablado de 180 y 300 días, hoy está demostrado que la viabilidad del feto puede ser anterior a 180 o superior a los trescientos días.

El artículo 324 del Código Civil señala que se presumen hijos de los cónyuges los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días de la disolución del mismo, o de la separación legal o de hecho de los cónyuges, este método nos permitiría eludir los parámetros fijos en la concepción por imprecisos, ya que este sistema posibilita la investigación de la paternidad, permitiendo una mayor certidumbre en el campo de la filiación.

En torno a esta prueba la doctrina científica considera: la aplicación de los ultrasonidos al diagnóstico de la maduración fetal ha sido empleada como prueba de exclusión de paternidad. En estos casos se mide el diámetro biparietal del feto, que está estrechamente correlacionado con la edad de gestación. La ventaja de este método estriba en que se puede establecer desde el segundo mes de gestación. Nacido el feto, todos los parámetros que indican la madurez fetal (peso, talla, perímetros...) podrán fijar con precisión el tiempo que ha durado la gestación y, en consecuencia, la fecha más probable de la fecundación.

Lo primero que podríamos preguntarnos sería ¿qué ventajas tiene este método?, antes que nada, si se aplicara este método para la exclusión de la paternidad, podrían evitarse otros peritajes médicos más complicados, como examinar especificidades de los grupos eritrocitarios, tisulares, enzimáticos, proteicos, de los grupos de las gamma globulina, etc. Todos estos métodos, vendrían a corroborar la exclusión de la paternidad, sin embargo, entorpecerían el juicio prolongándolo, tal vez innecesariamente, por lo que el juzgador debe calificar la prueba y concluir si efectivamente resultan necesarios otros elementos de convicción a fin de dilucidar la filiación.

### ***6.2.2.- Prueba antropológica y heredobiológica.***

Desde un punto de vista jurídico, con esta prueba se trata de conjugar criterios decantados de la transmisión de caracteres morfológicos, es una prueba que depende de muchos factores de transmisión hereditaria, de tal modo que tenemos reparar en la circunstancia de que puede haber muchos factores o caracteres que no se presenten en el hijo, sino hasta pasado cierto tiempo.

También es cierto que los peritos expresen peritajes contradictorios, no olvidemos que el peligro de estas pruebas reside en la subjetividad pericial. En este sentido conviene remitirse a la Jurisprudencia Germánica, en concreto, la de la Corte de Apelación de Colonia, que encargo a cuatro profesores realizar una prueba antropológica y heredobiológica en la misma causa. Uno de ellos decía que el demandado podía ser el padre con verosimilitud contundente en la

certeza, otro de los peritos concluía en una fuerte probabilidad, mientras que los otros dos declararon la paternidad altamente improbable.

"El subjetivismo que se alega contra la prueba heredobiológica por la valoración personal del perito no es superior al que hay en toda prueba pericial o testifical declaración de un hombre, teñida de subjetivismo por muy objetiva que se crea".<sup>72</sup>

En tal circunstancia, se denota la problemática en la que se encuentra el juzgador cuando la prueba serológica o hematológica no hubiere excluido la paternidad con verosimilitud suficiente al momento de la valorización de las pruebas, sin embargo, la prueba antropobiológica concluye con los caracteres morfológicos en una certeza considerable para excluir en el caso el paternidad, concluyendo, ¿Qué prueba biológica tendrá entonces más valor ante el Juez que resolverá la controversia?

Creemos que el Juez no está en condiciones de emitir un juicio objetivo al respecto; por el contrario, deberá atender a la opinión pericial que pueda asesorarle acerca de las condiciones de una u otra prueba biológica.

Estimamos que no siempre habrá que otorgarle este valor preferencial. ¿Porqué...? porque todo irá en función de cómo, por quién, y en qué condiciones se ha llevado a cabo el análisis de los sistemas genéticos.

Supongamos que el laboratorio donde se habían realizado los peritajes sobre la paternidad no contaban más que con cinco o diez marcadores genéticos, que con toda certeza sólo podían evidenciar una exclusión de la paternidad en un 65 por 100 cuando lo requerible son por lo menos 25 marcadores genéticos; o sucede, por ejemplo, disponiendo de los sistemas genéticos exigibles, no se habían expresado en el informe pericial con una claridad meridiana las limitaciones con que contaba el laboratorio, por ejemplo, a nivel de reactivos, antisueros específicos, etc., de modo que con lo que se tenía o disponía no se podía materializar la presencia de cualquier alelo silencioso; resultará por ende insuficiente el dictamen pericial y errónea la discrecionalidad a posteriori del Juez.

---

72 RIVERO HERNANDEZ, "*La Presunción de la Paternidad Legítima*", Ed. Tecnos, 1a. ed., España, 1971, p. 537.

### **6.2.3. Prueba hematológica.**

En los primeros años del siglo que corre, el Biólogo *Landsteiner* descubrió que en distintos individuos, aún de la misma especie animal, existen sangres incompatibles en el sentido de que al juntarse los glóbulos se aglutinan; es decir, que en lugar de quedar igualmente repartidos por la sangre, se reúnen en glomérulos más o menos voluminosos. Las experiencias realizadas por Landsteiner llegaron a la conclusión: que en el suero sanguíneo existen sustancias o factores de dos clase, llamados *agentininas*, que pueden aglutinar los *hematíes*. Cada una de ellas aglutina de distinta manera. A su vez los *hematíes* poseen sustancias que los hacen aglutinables de una de las dos maneras, estas sustancias o factores se llaman *aglutinógenos*. Existen dos clases de *aglutinógenos*: A y B, y dos clases de *aglutinas*, a y b: Ahora bien, toda sangre es O aglutinable por una cualquiera de las dos maneras y, por tanto, contendrá A o a, y B o b, resultando por tanto cuatro combinaciones (AB, Ba, AB, ab) que se designan por los *agentinógenos* que contienen; según esto, los tres primeros grupos que se designan así: A, B, AB. El cuarto grupo (ab), que no contiene *aglutinógenos*, está formado sólo por *aglutinas*, se designa por O.

Estudios posteriores han demostrado que existen otros factores en la sangre asignados por letras M y N, que son importantes para la investigación de la paternidad.

Se ha demostrado que los *agentígenos* son hereditarios, que se transmiten de padres a hijos siguiendo las Leyes de Mendel.

La investigación de los factores M y N no es fácil. Las células reproductivas transportan todas o M o N; por tanto, son posibles tres tipos de individuos con relación a este factor MM, NN y MN; ninguno de estos factores es dominante con relación al otro. La ausencia de recesividad facilita grandemente el estudio de su herencia, ya que, aún sin tener en cuenta las Leyes mendelianas, basta con saber que el hijo no puede tener factores M o N, si no se hallan también en sus padres, en los cuales tienen que aparecer, porque no son recesivos.

Tratándose de los caracteres que determinan los otros cuatro grupos (A, B, AB, O) el problema es más complicado.

Los factores *A* y *B* son dominantes y no pueden estar en el hijo sin que se encuentren en sus padres; pero pueden estar en los padres y no en el hijo. Padres del grupo *O* no pueden tener hijos del grupo *AB*, ni padres del grupo *AB* pueden tener hijos del grupo *O*.

La paternidad por grupos sanguíneos sólo puede obtenerse por exclusión.

"En la acción de impugnación de la paternidad del marido, la prueba hematológica, resulta eficaz para negar la paternidad o aproximarse a resultado positivo, en los siguientes supuestos: 1.- El caso más frecuente se presenta cuando acciona el marido y la utiliza para demostrar su no paternidad por incompatibilidad sanguínea con el nacido; 2.- No descartada la paternidad cuestionada, la madre o el hijo pueden defenderla mediante la comprobación de su posibilidad; 3.- Si el marido acusa a su mujer de adulterio con un hombre determinado imputándole la paternidad del niño, la madre o el hijo podrán descartarla por exclusión sanguínea de la criatura con el tercero señalado; 4.- No pudiendo desecharse la paternidad del esposo de la madre, aquél conseguirá introducir un elemento de convicción a su favor si verifica la probabilidad de que otro hombre singularizado sea el padre del nacido".<sup>73</sup>

#### **6.2.4. Método de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral.**

Consiste en el estudio comparado de las variedades de columnas vertebrales, fundándose en las Leyes hereditarias de Mendel; las vértebras de la columna vertebral forman cinco regiones y son: 7 cervicales, 7 dorsales, 5 lumbares, 5 sacras y de 3 a 6 coxigeas, teniendo cada región unos caracteres semejantes, pero no se presentan puros casi en ninguna ocasión; ocurriendo a veces que la séptima vértebra cervical parece más bien dorsal; o la primera dorsal parece cervical; las vértebras suelen tener una inclinación a desviarse, bien hacia el cráneo; es decir, hacia arriba y se designan por *Cr*, teniendo una tendencia a reducirse, o bien pueden inclinarse bien hacia abajo, desviación causal (*Cr*), y tienen una tendencia al aumento. Kühne llegó a la conclusión de que las variaciones son hereditarias y que las craneales *Cr* son dominantes, sobre las de sentido caudal *Cr*. de esta forma pueden excluirse algunos casos de paternidad.

### **6.2.5 El sistema tisular.**

Una prueba definitiva en los peritajes biológicos es la prueba del Sistema Tisular (*HLA*). Se centra en el exámen o identificación de las marcas genéticas heredadas situadas en las células blancas y permite a los investigadores y técnicos de los laboratorios establecer la eventual relación de un hijo con su padre biológico virtualmente en todos los casos, así como la exclusión de la paternidad en aquellos padres acusados falsamente de serlo por una parte interesada.

Cuando a un individuo se le trasplantan tejidos de otro, éstos son sistemáticamente rechazados si hay incompatibilidad, este rechazo se debe a que el organismo elabora anticuerpos contra todos aquellos antígenos que no le sean propios; el éxito del trasplante depende de la similitud de sustancias antigénicas entre las células del donador y las del receptor, sustancias que también se heredan de acuerdo con las Leyes mendelianas, se estima que este sistema de histocompatibilidad es uno de los más importantes para la exclusión de la paternidad, ya que permite eliminar un número muy elevado de hombres a quienes se les hubiera atribuido falsamente la calidad paterna. Se ha calculado que sobre 100 hombres, 76 pueden ser descartados si no existe vínculo biológico, con solo utilizar 18 antígenos o factores; en cambio, en los otros sistemas sanguíneos (*ABO*, *M* y *N*, *RH*, etc), el alcance de la exclusión usando individualmente cada uno de ellos, únicamente alcanza a porcentajes del 12 al 30 %. El sistema *HLA* resulta también importante para la determinación de la paternidad, ya que la multiplicidad de genes que dan origen a los antígenos que lo conforman, la cantidad de combinaciones que es posible hallar (12,000) y la rareza de muchas de ellas, aporta una probabilidad seria de la existencia del nexo filial, si existe compatibilidad.

La utilización del *HLA*, su polimorfismo complejo, su alto costo, su detección por antiseros específicos, todo ello queda reservado a los laboratorios de alta competencia y por ende especializados en estas técnicas.

¿Cuándo es conveniente el *HLA*? ya hemos aludido que su elevado costo y problemas técnicos que obligan al perito a llevar a cabo su utilización cuando del exámen de los sistemas genéticos no se llegase a una exclusión concluyente, o cuando el juez solicita calcular la probabilidad de la paternidad, y un informe pericial completo debe ahondar en todas las limitaciones que comporta la práctica del *HLA*, lo que sin duda coadyuvará en algún grado a plantear reservas críticas en el juzgador.

### **6.3. Huella génica, la nueva ciencia de la identidad: Prueba de Jeffreys.**

La genética, estudio de la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos y funcionales, ha obtenido mediante métodos científicos pruebas genéticas muy avanzadas que alcanzan magnitudes nunca imaginadas por la humanidad, derivado del estudio de estas pruebas se llegó al conocimiento de la que sin duda será un auxiliar indispensable para el juzgador y prueba indubitable en un proceso de impugnación de paternidad, la huella génica o Prueba de Jeffreys.

"El método consiste en recabar la molécula de ácido desoxirribonucleico o *ADN* de cualquier célula, del cual se obtendrá el *DNI* molecular que permite la identificación personal del individuo. La posibilidad de que dos personas posean la misma huella génica es remota; una entre un billón, según los expertos. La huella génica por tanto, es tan exclusiva como la dactilar.

Sin duda alguna, la huella génica se ha convertido en una herramienta imprescindible para la policía y los jueces, la prueba del *ADN* se ha recabado en más de un millar de investigaciones criminales desde 1987.

Para resolver un caso de paternidad, hasta hace bien poco los especialistas comparaban los grupos sanguíneos y proteínas heredadas de las partes implicadas: el presunto padre, la madre y el hijo. A pesar de la fiabilidad de la prueba convencional, ésta se limitaba a excluir a un hombre de la responsabilidad de ser el padre de la criatura con cierta seguridad, aunque no de forma concluyente. Sin embargo, gracias a la huella génica, el analista es capaz de determinar con absoluta certeza si el acusado es o no en realidad el padre del niño".<sup>74</sup>

---

74 COPERIAS, Enrique M. "Huellas génicas, la nueva ciencia de la identidad", *Muy Interesante*, Pub. Mensual, México, D.F., 1993, p. 5-17., Año 5, Volúmen 65.

Estos diminutos detectives moleculares fueron descubiertos por Alec J. Jeffreys, del Departamento de Genética de la Universidad de Leicester, en Gran Bretaña. "Cuando descubrimos por primera vez la huella génica - comentó Jeffreys - pensamos que ésta podría convertirse en un infalible método para la identificación personal y el desarrollo de pruebas de paternidad. Añade el autor de esta prueba, que en un principio no creían que la aplicación práctica de su descubrimiento fuera con la celeridad que deseaban, sin embargo, en ese mismo año, el Ministerio del Interior británico solicitó la ayuda de Jeffreys para resolver un conflicto en el que inmigrantes procedentes de Paquistán y Bangladesh, pretendían entrar en Gran Bretaña argumentando que tenían sus familias establecidas en el país. En 1989, unos 2,000 inmigrantes pudieron reunirse con sus familiares, gracias a que el test de Jeffreys sacó a la luz el parentesco. Otros ante la contundencia de la prueba desistieron en su intento de colarse en la isla.

México no admite la prueba biológica para la determinación de la paternidad, sin embargo, en los contados casos en los que un marido impugna su paternidad, le resulta muy difícil llevar exitosamente a su término el juicio, sin embargo, el problema al que se enfrenta el juzgador al dictar un fallo de esta naturaleza, reviste cierta complejidad, ya que el juzgador sólo podrá dictar una sentencia condenatoria cuando la prueba que se le presente sea lo suficientemente contundente, por lo que, cuando admitan las pruebas biológicas en nuestro país, la única confiable, tal vez sería la expuesta anteriormente, claro, que en México, el legislador ha cuidado la familia situación con la que estamos de acuerdo, pero en ciertos caso debería existir más flexibilidad para la admisión de pruebas, aunque con limitaciones, es decir, sin descuidar el aspecto humano, ya que sería intolerable que este tipo de juicio se tomara a la ligera, ya que en tal circunstancia, muchos maridos querrían llevar a cabo la prueba de Jeffreys.

#### ***6.4. Prueba de la paternidad con eficiencia al 100 % único medio de convicción en un proceso judicial.***

Debemos hacer las siguientes consideraciones:

¿Debe el juez aceptar cualquier dictamen pericial biológico cuando su convencimiento no resulte suficientemente ilustrado con otros medios de prueba aportados al proceso?

¿A que pruebas biológicas podría darle el juez valor absoluto, o simplemente relativo discrecional? ¿Deberá el juez valorar las pruebas en su conjunto?, o por el contrario, ¿concederá más importancia a las conclusiones de los peritajes biológicos?, consideramos que ninguna prueba tiene valor absoluto, y que en este caso los jueces deben hacer acopio de la presunción humana y de la libre valoración de las pruebas, tal como lo dicta la lógica jurídica y la experiencia del juzgador; el dictamen biológico puede tener resultados tajantes, al tener una probabilidad científica del 100 %, y en tal caso, el juez deberá vincular esta prueba con su resolución final, pero, si la prueba no es contundente, el juez debe aplicar su libre albedrío al momento de la valoración de las pruebas.

¿Cuales son los principales problemas que el juez tendrá que resolver ante los resultados de la pericia biológica si la misma hubiera evidenciado una alta exclusión de la paternidad? ¿sería procedente recurrir a cualquier otro peritaje científico más complicado? Creemos que sólo cuando el juez tuviera pruebas fundadas debería recurrir a otras pruebas biológicas, no sin antes valorar, las que se le han puesto enfrente. Por ejemplo, si la prueba de la madurez del recién nacido no hubiera dado resultados concluyentes, entonces tal vez el mismo perito que realizó esta prueba, podría aconsejar otra que él considerara conveniente para llegar a la verdad.

"Tras un juicio crítico se ha venido a la conclusión de que para una total y segura certidumbre es necesaria una actuación adicional en la que se confie para desvanecer una duda, ampliar datos, conocer un extremo concreto o asegurar la ya conocida. Las llamadas "diligencias para mejor proveer" son el ejemplo más claro y único que el proceso civil ofrece para acordar la práctica de pruebas que no han sido propuestas. De ahí que sean interesadas por el juez cuando ya ha sido practicada toda la prueba."<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> ONECCHA SANTAMARIA, "Valoración de la prueba en el Derecho Civil", Pretor, Ed. Reus, 1a. ed., 1971, p. 36.

El valor absoluto o relativo de las pruebas dependerá de los medios materiales de los cuales se cuenta, a manera de ejemplo, el padre impugnante al proponer la prueba médica biológica, no se conforma con el peritaje, por lo que propone al juez una prueba genética compleja, como sería la prueba de Jeffreys, la cual no se lleva a cabo porque no se dispone de los antígenos del sistema genético que se pretende emplear, por lo que todo esto irá en detrimento de la seguridad o de la certeza de la prueba, el informe presumiblemente llevaría un margen de error, por lo que todo dependerá de la capacitada comprobación.

#### ***6.5. Aspectos Procesales del Juicio de Impugnación de la Paternidad, Jurisdicción y competencia.***

El juicio de paternidad y filiación ha sido poco tratado por la doctrina, sólo existe una fuente en el Código Civil, nos referimos a los artículos 335 y 336, preceptos que ordenan que el desconocimiento de paternidad se hará por demanda en forma ante Juez competente y las personas que serán oídas en el juicio de contradicción de la paternidad.

*"Las cuestiones relativas a la paternidad y filiación están sometidas a la jurisdicción ordinaria, es decir, la ejercida por los jueces y los tribunales ordinarios de justicia, constituidos con arreglo a la Ley Orgánica".<sup>76</sup>*

Competencia es, en relación con el órgano jurisdiccional, el derecho y a su vez el deber, de conocer de un asunto determinado y, en relación a las partes, el derecho de llevar ante ese órgano el asunto y el deber de sometimiento a la actividad del órgano.

Al existir distintos tribunales de primer grado, es necesario saber qué tipo de tribunal de primera instancia ha de conocer de un asunto determinado; esta competencia se llama objetiva, para determinar en materia civil tenemos que atender a la cuestión principal o de fondo, tendrá competencia objetiva en el juicio de filiación y paternidad los jueces de primera instancia, el Juez debe

<sup>76</sup> Ley Orgánica para la Administración Pública Federal, Ed. Porrúa, México, 1992.

examinar de oficio su competencia, debiendo inhibirse cuando estime que el conocimiento del asunto no le corresponde, como se desprende del artículo 145 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra dispone:... *"Ningún tribunal puede negarse a conocer de un asunto sino por considerarse incompetente. En este caso debe expresar su resolución los fundamentos legales en que se apoye..."*<sup>77</sup>

En cuanto a la competencia territorial, señalaremos que para que un pleito quede atribuido a un determinado tribunal, no es suficiente con que esté determinada la competencia objetiva, puesto que existen varios órganos del mismo tipo; una vez que sabemos que un tipo determinado de tribunal ha de conocer de un proceso, es necesario determinar a qué Juez en concreto de entre los del mismo tipo le corresponde actuar; esta correspondencia de actuación es la que determina la competencia territorial.

En los juicios de paternidad o filiación, la competencia estará determinada por los artículos 156 fracción IV y 159 del Código Adjetivo Civil que a letra señalan:

*Artículo 156.- Es juez competente:*

*"Fracción IV.- El del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o del estado civil".*

*Artículo 159.- De las cuestiones sobre estado o capacidad de las personas y en general de las cuestiones familiares que requieran intervención judicial, sea cual fuere el interés pecuniario que de ellas dimanare, conocerán los jueces de lo familiar".*<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México, 1992.

<sup>78</sup> Idem.

### **6.5.1 Capacidad y legitimación.**

La capacidad para ser parte de un proceso comienza con el nacimiento y termina con la muerte. El concebido, pero no nacido, puede ser parte en un proceso, en los casos en que llegue a nacer para aquello que le sea favorable.

El ordenamiento jurídico también protege a las personas antes de haber nacido, permitiendo que al nacer adquieran derechos que durante la gestación son puras expectativas.

Tales expectativas se caracterizan porque no se hayan referidas a una persona ya existente, sino por existir, por lo que es necesario que tengan una vinculación al sujeto que el orden jurídico crea, hasta que puedan convertirse en derechos y sean adquiridos por el nacido.

Sólo pueden comparecer en juicio lo que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, para aquellos que estén disminuidos en estos derechos, el Código Civil prevé como pueden suplir esta incapacidad y defender sus derechos en juicio indirectamente, por ejemplo, los artículos 336 y 331 del Código Civil, que a la letra dicen:

*Artículo 336.- "En el juicio de contradicción de paternidad serán oídos la madre y el hijo, a quien si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino".*

*Artículo 331.- "...Si el marido está bajo tutela por causa de demencia o imbecilidad u otro motivo que lo prive de la inteligencia, este derecho puede ser ejecutado por su tutor..."<sup>79</sup>*

---

79 Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit. nota 16.

La capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer en juicio condicionan la admisibilidad del proceso y la validez de los actos procesales; para poder exigir al Juez una sentencia sobre el fondo, es requisito previo que se interponga la demanda y que ésta vaya dirigida a quien tenga capacidad para ser parte. Es necesario que la capacidad procesal se mantenga durante todo el proceso, pues la sentencia dictada faltando personalidad en alguna de las partes es nula.

Ahora bien, la capacidad en el juicio de filiación y paternidad, reviste 3 aspectos:

A) La capacidad procesal no es la capacidad para llevar a cabo acciones procesales, y menos por representante; es la capacidad para ser sujeto activo del proceso y, en todo caso, para realizar con validez actos procesales.

B) Intervención de terceros: En el juicio de filiación y paternidad, el tercero puede intervenir en el proceso espontáneamente o bien en virtud de la llamada de una de las partes.

C) En el juicio que tratamos es necesaria la intervención del Ministerio Público, ya que como Representación Social tiene a su cargo cuidar y velar por los derechos de los menores, por lo que no interviene como parte, sino que interviene por razón de sus fines mismos, ya que existe un interés público, y es por ello que el Estado actúa por medio del Ministerio Público, protegiendo el interés público.

#### ***6.5.2 Ubicación del juicio de impugnación de la paternidad.***

Ahora bien, ¿de que clase es el juicio de impugnación de la paternidad?, dentro de la vía ordinaria civil, sin embargo, podría confundirse con la vía de controversia del orden familiar en virtud de los preceptos del Código de Procedimientos Civiles, que a continuación se señalan:

*Artículo 940.- "Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad."*

*Artículo 941.- "El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tienden a preservarla y a proteger a sus miembros. En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de Derecho."*

*En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a los alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento".<sup>80</sup>*

No obstante lo anterior recordemos lo preceptuado por el artículo 335 del Código Civil que a la letra prescribe:

*"El desconocimiento de un hijo, de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda formal ante juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera será nulo".*

En las controversias del orden familiar se podrá acudir ante el Juez de lo Familiar sin mediar formalidad alguna, mientras que el artículo al que nos referimos anteriormente señala expresamente que el desconocimiento de la paternidad se hará por demanda formal.

"Las acciones relativas a las actas del estado civil y a éste mismo, se ventilan en la vía ordinaria, y las relativas a la posesión de estado, en la sumaria".<sup>81</sup>

---

80 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México, 1992.

81 PALLARES, Eduardo, "Diccionario de Derecho Procesal Civil", 19a. ed., Ed. Porrúa, México, 1990, p. 41.

Por otro lado, recordemos que el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles en lo relativo a las controversias del orden familiar señala:

*"...el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento..."*

Mientras que en el artículo 338 del Código Civil preceptúa que:

*"No puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros".\**

Vistos los razonamientos expuestos, se llega a la conclusión de que la vía por la que ha de promoverse la impugnación de la paternidad resulta ser la ordinaria civil, ya que estamos no ante la violación de un Derecho, porque de ser así demandaríamos en la vía de controversia de orden familiar, sino ante la destrucción de una presunción legal y la extinción de una obligación.

### **6.5.3 La demanda.**

Es un acto procesal de parte que constituye la relación jurídico procesal, entre demanda y sentencia se desarrolla todo el proceso, y existe una relación conexas en el sentido de que la sentencia es la resolución que da el Juez al problema planteado por el actor en la demanda; el actor será obsequiado en sus pretensiones si éstas son fundadas.

En toda demanda existe un requisito fundamental, que es la petición de la sentencia en un sentido determinado, es decir, deducir una pretensión, para lo cual es necesario seguir la vía del proceso.

---

\* Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit. Nota 16.

En el juicio de paternidad y filiación, el juez no busca los hechos, ni tampoco el Ministerio Público, sino las partes proporcionan los hechos, es decir, el juez no puede investigar, sino que se limita a aplicar la norma abstracta al caso concreto, además de las peticiones, el actor debe solicitar una resolución definitiva.

La acción que se ejercita en el juicio de impugnación de la paternidad, es una acción encaminada a refutar la paternidad que por la presunción legal a que alude el artículo 324 del Código Civil le es atribuida, esta acción va dirigida a la madre y al hijo quien si fuere menor, como hemos dicho, le será nombrado un tutor interino, pues el menor se verá afectado en sus derechos.

#### ***6.5.4 Conductas posibles del demandado ante la demanda.***

En el juicio de impugnación de la paternidad, no puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros, tal como lo preceptúa el artículo 338 de la Ley sustantiva civil, ya que consistiendo ésta en un contrato por el que las partes haciéndose mutuas concesiones terminan una controversia presente o previenen una futura, no puede transigirse sobre el estado civil de las personas; el problema relativo a la filiación ataca al estado civil, consecuentemente no cabe que el padre y la madre en relación con sus hijos y los herederos de unos y otros haciéndose mutuas concesiones transijan respecto a la declaración de si una persona es o no hijo de su padre o madre o de ambos, por la misma razón no puede haber compromiso en árbitros sobre la filiación, ya que someter a la decisión de un juez privado, (aunque nadie está obligado a hacerlo pero si lo hace está constreñido a cumplir), si un hijo es matrimonial o extramatrimonial, conduciría a actuar inadecuadamente.

Si el Juez admite la demanda, dictara providencia ordenando que se de traslado de ella al demandado, quien puede oponer las excepciones y defensas, que desee al momento de contestar la demanda dentro del término de nueve días que le concede la Ley.

Si el emplazamiento se llevó a cabo con todas las formalidades legales y la parte demandada no comparece al juicio, el Juez dicta una resolución declarando la rebeldía en que se ha incurrido y se abrirá el juicio a prueba por el término común de diez días para ambas partes, cabe señalar, que no obstante el demandado no de contestación a la demanda, la actora deberá acreditar lo afirmado en los hechos constitutivos de su demanda, pues aun cuando el demandado sea declarado rebelde, si no se comprueba el dicho de la actora, el Juez deberá absolver al demandado.

En este tipo de juicios no es posible el allanamiento, ya que como se ha mencionado en capítulos anteriores, la madre puede tener un interés contrario al del hijo, es decir, puede estar interesada en que el padre del hijo pierda la patria potestad de éste, es por eso que al hijo deberá nombrársele un tutor interino para que defienda los intereses del menor.

En nuestra opinión, el Juez, pese al allanamiento de la parte demandada, tendría que dictar un auto ordenando la continuidad del procedimiento, nombrando de inmediato un tutor interino al menor, quien acudiría al juicio en defensa del menor, ya que con el allanamiento, podría presumirse un interés, como ya se ha dicho, contradictorio entre la madre y el hijo.

#### **6.5.5. La prueba.**

En el Proceso Civil, no se admite la averiguación o investigación de oficio, las partes tienen que probar necesariamente los hechos; si no se prueba, el Juez no puede aplicar la norma y consecuentemente no puede dictar la sentencia en el efecto pedido; las partes deben necesariamente proporcionar al Juez los hechos para que éste aplique la norma.

De sobra es conocido aquel aforismo que dice: "Dame los hechos que yo te daré el Derecho", y es completamente válido, el Juez puede fallar de acuerdo con lo alegado y lo probado, el juez no puede conceder, si los hechos no son probados, lo que se pide en la demanda, y de ahí la importancia de la prueba.

Consideramos que es injusto que haya hechos que sí pueden probarse y hechos que no pueden probarse, ya que esto es una gran arbitrariedad por parte de los Tribunales, lo ideal sería que la Ley reconociera que todos los hechos pueden acreditarse, pero nunca negarles la posibilidad de ser probados.

Estamos de acuerdo que es difícil de demostrar la paternidad, pero con el adelanto de las ciencias biológicas y la bioquímica se está llegando a unos resultados positivos, en torno al descubrimiento de la paternidad, como ya se ha analizado en el Capítulo VI de la presente investigación.

Pensamos que no debe existir *numerus clausus* en los medios de convicción y, por tanto, deberían ser admitidos todas aquellas probanzas sin embargo, nuestra Ley es excesivamente limitativa al momento de precisar los medios de prueba que serán permitidos al varón en caso de que quiera refutar su paternidad, ya que probar la imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer, nos hace pensar que el legislador, como se ha mencionado en otras ocasiones, se desapega de la realidad, ya que podría suceder y de hecho sucede, que la mujer tenga un amasio y en tal modo conviva carnalmente con éste y con su marido al mismo tiempo, e incluso podría tener relaciones sexuales separadamente, en un mismo día, con ambos varones.

Para refutar la paternidad, es necesario que se empleen todos los medios de prueba que estén al alcance del Derecho, es decir los medios ordinarios de prueba, como son testimoniales, confesión judicial, presuncionales legal y humana e instrumental de actuaciones, más consideramos que en un futuro, será necesario emplear en nuestro país los medios de convicción clínicos y médicos, ya que como se ha visto, estos medios de prueba son los más idóneos para ir al conocimiento de la verdad, y se evitarían acusaciones bochornosas y situaciones relativas con las que no se podría apreciar la verdad.

#### **6.5.6 La sentencia.**

Una vez desahogadas todas las pruebas, el Juez valorará todas y cada una de ellas, siguiendo un criterio uniforme para las del actor y las del demandado, y solamente será obsequiado en sus pretensiones en la sentencia,

aquél que demuestre los extremos de su escrito de interposición de demanda y contestación a la misma, creemos que el Juez debe absolver al no tener la certeza absoluta de la impugnación de la paternidad, tomando en cuenta que la resolución en sentido positivo para el actor, traerá consecuencias legales que afectarán a terceros, en este caso el menor nacido; por lo que no puede haber duda en el juzgador al dictar la sentencia correspondiente, y si efectivamente las pruebas conllevaran al Juez a la decisión de que no existe filiación entre el hijo y el padre, así debe asentarse en la resolución, misma que extinguirá todas las obligaciones del padre para con el supuesto hijo y los derechos de éste en relación con quien debía ser su padre.

**CAPITULO VII**

**CONSECUENCIAS  
FAMILIARES  
CON LA  
IMPUGNACION  
DE LA PATERNI-  
DAD DEL  
MARIDO**

## **CAPITULO VII**

### **CONSECUENCIAS FAMILIARES DE LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD.**

**7.1.- Enfoque de los problemas sociales que traería consigo una legislación que permitiera un medio de convicción con una eficacia al 100 % para probar la legitimación de un hijo.**

Nuestra legislación se muestra muy limitante al determinar expresamente los supuestos en los que ha de impugnarse la paternidad de un hijo nacido de matrimonio, pero justificamos la postura del legislador, ya que lo que ha pretendido es proteger la institución de la familia, con miras al bienestar común y a la armonía social.

Consideramos que la impugnación de la paternidad del marido es un tema que debe abordarse con extremo cuidado, ya que desvirtuar la presunción legal que establece el artículo 324 del Código Civil, pretendería destruir una práctica general y por lo demás común en la familia mexicana, ya que lo anterior se basa en los fines del matrimonio, como es la fidelidad y el respeto hacia la pareja.

Actualmente se cuenta con medios de convicción clínicos y médicos con una probabilidad 100 % cierta, en el campo de investigación de paternidad, y probablemente nuestra legislación permita en un futuro los medios probatorios antes mencionados, a fin de comprobar los extremos de una demanda de impugnación de paternidad promovida por un marido que quiere refutar su paternidad, sin embargo creemos que al momento de permitir el acceso de dichas pruebas a nuestra legislación, la valorización de las mismas por parte del Juez debe ser más estricta, es decir, el valor probatorio debe ser absoluto, sin que haya lugar a duda alguna, ya que están en juego los intereses del menor.

En muchos casos, el marido, aunque tuviera la certeza de que su mujer ha cometido adulterio e incluso que el hijo por nacer no es suyo, prefiere callar, para así evitar el escándalo, o para proteger a su familia, o bien porque pese al engaño, el marido no desea separarse de su consorte, situación que únicamente podrá decidir el marido ofendido, sin embargo, si el esposo opinara lo contrario y quisiera ejercitar la acción de contradicción o impugnación de la paternidad, pocas oportunidades tendría para salir victorioso en el proceso, pues el comprobar la no cohabitación entre los cónyuges, o que el niño no es producto de esa cohabitación sería prácticamente imposible.

Pero si el marido puede probar los hechos que afirma, resulta una transgresión a sus derechos el que la misma Ley le limite su actuación, ya que es preferible una prueba hematológica a un interrogatorio a testigos que nunca podrán decir lo que realmente ocurre con los cónyuges, pues sólo ellos lo saben, y su testimonio se prestaría más al escándalo y en cambio una prueba científica, no puede ser relativa o imprecisa, simplemente da un resultado y a partir de ese el Juez podría decidir sobre el fondo del asunto, que es descubrir si el padre legal lo es también el biológico.

Las consecuencias de la aceptación de un medio de convicción con una eficacia al 100 % para probar la legitimación de un hijo, tal vez en principio serían desaprobadas, sin embargo es inconcebible que el Derecho haya aceptado prácticas como la teleinseminación, y no acepte pruebas científicas reconocidas mundialmente, ya que la práctica de la inseminación artificial, podría romper de un modo tajante con el esquema tradicional de la filiación, como lo menciona Gutiérrez y González en el Capítulo II del presente trabajo, por lo que no resulta válido aceptar el avance de la ciencia en unos casos sí y en otros no.

### ***7.2.- Cómo afecta a la integración familiar la impugnación de la paternidad planteada.***

Indudablemente la impugnación de la paternidad de un ser, afecta la parsimonia del hogar, en el caso del nacido antes de los ciento ochenta días de

la celebración del matrimonio, la duda del fraude haría comprometedora la situación de los cónyuges en el futuro, en caso de que el marido aceptara como hijo al concebido por su mujer; el nacido después de los trescientos días de disuelto el matrimonio, aún menos podría creerse en que realmente el hijo sería un motivo de avenimiento, ya que no existía el matrimonio, sin ahondar en las causas de la separación, tal vez el avenimiento de ese hijo no sería más que una causa que se viniera agregar a la separación inicial.

En el caso del hijo nacido durante la vigencia del matrimonio, si el marido tiene la certeza del engaño, difícilmente perdonaría la falta de su cónyuge, y tratar de conservar esa familia en muy pocos casos funcionaría. La infidelidad de la mujer puede traer como consecuencia el embarazo y le está prohibido asentar el nombre del verdadero padre de su hijo (artículo 60, 62 y 63 del Código Civil).

### ***7.3. Responsabilidad civil de la madre del hijo legalmente desconocido por su cónyuge.***

¿Cuales serían las consecuencias de un juicio de impugnación de la paternidad en relación a la madre del presunto hijo?, en caso de que el juicio prosperara se configuraría una de las causales de divorcio ...el adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges..., la materia civil al hablar de "adulterio debidamente comprobado" no requiere como en la materia penal, la comprobación del adulterio mediante prueba directa, es decir, "el adulterio procedería si se llenaran los presupuestos marcados por el Código Penal, la cópula de uno de los esposos con persona distinta a su mismo cónyuge o con escándalo",<sup>82</sup> pero en materia civil la prueba directa del adulterio se refiere a hechos o circunstancias que presumen la conducta sin una comprobación directa, por lo que si un hijo es declarado fuera de matrimonio, luego entonces ha habido adulterio.

---

82 Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, México, 1992.

*"Análisis de las causas de divorcio necesarias contenidas en el Código Civil vigente.*

"a.4) Prueba. Debemos tomar en cuenta que tanto doctrinalmente como por su definición, el adulterio se castiga penalmente como acto consumado, y también es causa de divorcio cuando es acto consumado; de aquí que el intento, es decir, las relaciones amorosas que se sostengan sin llegar a la cópula carnal no pueden ser aducidas dentro de esta causal de divorcio, pero sí como injuria grave al cónyuge inocente u ofendido, que es otra causal posible de divorcio".<sup>83</sup>

En estos casos, la prueba directa de adulterio es casi imposible. Reconociendo lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan la prueba indirecta para demostrar la infidelidad de alguno de los cónyuges, en este sentido podemos encontrar la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice: ***"PARA LA COMPROBACION DEL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO, LA PRUEBA DIRECTA ES COMUNMENTE IMPOSIBLE, POR LO QUE DEBE ADMITIRSE LA PRUEBA INDIRECTA PARA LA DEMOSTRACION DEL CONYUGE CULPABLE"***

Es necesario por lo tanto, recurrir a las pruebas indirectas y a las presuncionales que pueden ser suficientes y fundamentales en este caso, por ejemplo, el hecho de que la esposa de a luz a un hijo durante la ausencia del marido, es procedente porque dicho alumbramiento obedeció a relaciones adúlteras y, por lo mismo, no debe exigirse como requisito de procebilidad que primero se obtenga sentencia en juicio autónomo, respecto al desconocimiento de la paternidad de dicho menor.

En esta materia el adulterio podría probarse también utilizando la investigación moderna relacionada con los grupos de sangre; es decir, si un hijo del que se sospecha proviene del adulterio, tiene tipos de sangre distintos a los anteriores nacidos del matrimonio, científicamente podría demostrarse que no pudo ser engendrado por los cónyuges.

Aún tratándose del delito de adulterio, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, señala que "para la comprobación de las relaciones

sexuales como elemento constitutivo del delito de adulterio, bastará prueba presuntiva.

Como lo manifiesta el maestro Chávez Ascencio, el adulterio como delito, resulta difícil de ser comprobado, ya que requiere prueba directa para que opere; sin embargo, el adulterio como causal de divorcio no necesita ser probado con prueba directa, de tal modo, que una prueba indirecta es suficiente para la configuración de la causal, y en tal caso, una sentencia que declare el desconocimiento del hijo adulterino por parte de su supuesto padre, podrá ser rendida como prueba indubitable en un juicio de divorcio; a contrario sensu, la sentencia de divorcio por haberse encuadrado cualquiera de las causales de divorcio previstas en las fracciones I y II del artículo 267, que textualmente prescriben:

*"Artículo 267.- Son causas de divorcio:*

*"I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.*

*"II.- El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo..."<sup>84</sup>*

La configuración de estas causales, se consideran como pruebas en un juicio de contradicción de la paternidad sin lugar a duda. Por lo que si es comprobable a una mujer cualquiera de estas causales, es muy probable que el marido al intentar la acción de divorcio y la acción de impugnación de la paternidad consiga una sentencia favorable a sus intereses.

---

83 CHAVEZ ASENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales*. Ed. Porrúa, 1a. ed., México 1985. p. 587

84 Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit. nota 16.

# CONCLUSIONES



## CONCLUSIONES

### ***A.- Desde el punto de vista legal.***

En opinión de la sustentante, en el juicio de impugnación de la paternidad del marido, se deben admitir en nuestro Código Civil, todos aquéllos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, con el propósito de llegar al esclarecimiento de la verdad, por lo que se sugiere se agregue al Artículo 325 de la Ley Sustantiva, además del supuesto fáctico que prescribe la imposibilidad física del marido de tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los 300 que han precedido al nacimiento, pruebas de índole científico, tales como las que se mencionan en el Capítulo VI del presente trabajo, así como todos aquellos medios de convicción que la ciencia vaya descubriendo en el futuro, con el propósito de que el juzgador tenga una visión más amplia, certera y concreta de la situación que va a resolver, coadyuvando con los medios probatorios ordinarios, ya que en el supuesto que nos ocupa éstos últimos resultan insuficientes.

Recomendamos, se haga una revalorización de los medios de convicción admitidos por el Código Civil, ya que para el supuesto de mérito, resulta absurda la no admisión de aquéllas probanzas que no limitarían la actuación del Juez al resolver el conflicto, como sucede con los medios de prueba admisibles hasta el momento en nuestro Código Civil, por lo que debería imponerse una regulación jurídica, como se menciona en el párrafo precedente, que admitiera medios probatorios modernos, así como el criterio que ha de seguir el juzgador al momento de su valoración, ya que, en virtud de que el conocimiento certero de las pruebas biogenéticas y médicas no están al alcance del entendimiento de la mayoría, surge como una necesidad jurídica y social el nacimiento de una normatividad especial que auxiliara al juez y a los litigantes respecto de cómo y hasta qué punto deben tomarse como ciertos los resultados obtenidos en las periciales ofrecidas en los juicios respectivos, ya que en los casos en que se refuta la paternidad de un hijo que se presume producto de un adulterio consideramos prudente la admisión de las pruebas referidas, ya que las pruebas ordinarias (tales como confesional, testimonial, presuncional legal y humana etc), podrían no dar un resultado objetivo para los conflictos de esta índole; sin embargo, el legislador debe proporcionar al juez una guía para

evitar excesos y tibiezas al momento de dictar la resolución definitiva, por lo que además de agregarse al Artículo 325 de la Ley Sustantiva Civil la admisión de las pruebas médicas, deben existir normas jurídicas en nuestro Código Civil, para que el Juez tome las medidas que considere convenientes, y como ya se mencionó los criterios a considerarse para la valorización de los medios de convicción, tales como:

I.- El porcentaje de eficacia a nivel científico de la prueba ofrecida.

II.- La eficacia de la prueba aplicada al caso concreto.

III.- Que la parte que ofrece la prueba proporcione al Tribunal los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de las pruebas, entendiéndose que para que tengan eficacia probatoria los medios de convicción científicos, quedan sujetos al criterio de cada juzgador.

IV.- En caso de que no fuera posible exhibir en el Tribunal los aparatos o elementos necesarios con los que se llegó al conocimiento del resultado de la prueba, sería obligación de la parte oferente dar un informe detallado y claro del modo en que opera el procedimiento, y la forma de obtención de dicho resultado, así como la estadística en la que se aprecie el grado de credibilidad de la misma y el éxito obtenido en la aplicación de otros casos análogos.

V.- La carga de la prueba en el juicio de impugnación de paternidad deberá corresponder al demandado.

Enumeraremos a continuación los resultados obtenidos con el presente estudio:

I.- La evolución de la filiación tiene como punto de partida el origen de la concepción; se consideraba a una persona dependiendo de la situación en que se encontraban sus progenitores, y específicamente de la conducta de la

madre, ya que si ésta se encontraba casada al momento de concebir al hijo, se le consideraba al producto hijo legítimo, y si no era producto de una unión matrimonial era ilegítimo, así sea de otros distintivos con los que se nombraba a los hijos nacidos de una mujer dependiendo el caso concreto en que ésta se encontraba.

Posteriormente la filiación fue tratada cada vez con menor severidad, llegando hasta el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 (vigente hasta nuestros días), en el que ya no se hace distinción alguna entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, omitiéndose cualquier tipo de mención denostante respecto del origen del nacimiento de los hijos.

2.- La filiación se entiende como el vínculo jurídico que une a una persona con sus ascendientes consanguíneos, hasta con el más lejano, sin embargo la filiación legal no siempre coincide con la biológica, la cual constituye la base de donde parte el tema de mérito.

3.- La doctrina nacional en cuanto al tema en cuestión, coincide con la legislación en que es prudente limitar los medios de convicción con los que cuenta el marido para refutar su paternidad, por los siguientes razonamientos:

a).- Fomentar la institución de la familia, vista ésta como base de la sociedad, por lo que su bienestar conlleva al bien común.

b).- Procurar no perjudicar a terceros, en concreto, al hijo nacido al que se le pretende refutar su paternidad, ya que al hacerlo se le causaría un daño irreparable de índole tanto moral, como social y legal.

Sin embargo, algunos autores consideran que al aplicarse la norma general al caso concreto pueden violarse los derechos del cónyuge que afirma un hecho y puede probarlo con medios de prueba idóneos y eficaces, como es el caso de las pruebas biológicas y genéticas, ya que la afirmación de un hecho debe ser probada por todos los medios de prueba legales, y que no vayan contra la moral y las buenas costumbres.

Ajustar la norma general a la realidad social, sería lo más conveniente en el caso de la impugnación de la paternidad del marido, aunque no creemos

que sea erróneo atribuir al marido los hijos nacidos dentro del matrimonio, ya que poner en duda esta presunción sería poner en peligro la integridad familiar y la armonía social; nuestra opinión gira en torno a que la legislación permita medios idóneos y exactos para la comprobación de los hechos constitutivos de la demanda por la que se interponga el juicio de impugnación de la paternidad.

4.- La legislación extranjera, en cuanto a los medios de impugnación, se ha apegado más a la realidad social y prueba de ello es que en innumerables países las pruebas biológicas, genéticas y médicas son admisibles, tales como Alemania, Austria, Checoslovaquia, Argentina, Polonia; algunas entidades de Estados Unidos de Norteamérica, en Uruguay; etc. ya que este tipo de pruebas es particularmente interesante en los casos de cohabitación múltiple de la madre para robustecer la convicción de la paternidad reclamada por coincidencia de los grupos sanguíneos del presunto hijo y del presunto padre.

Comparando la legislación nacional con la extranjera, advertimos las mismas presunciones legales en torno a quienes se consideran hijos de matrimonio; sin embargo, como se aprecia en el capítulo IV, nuestra legislación pertenece al sistema cerrado en cuanto a los medios probatorios aceptados por la legislación para refutar la paternidad de un hijo, por lo que en el caso concreto en el que la mujer conviva sexualmente con su marido y a la vez con otro varón, será legalmente imposible para el esposo refutar su paternidad, en razón de las limitaciones tajantes que preceptúa nuestro Código Civil.

5.- Por lo que se refiere al aspecto procesal de la acción planteada, llegamos a las siguientes conclusiones:

- La vía por la que ha de demandarse el juicio de impugnación de la paternidad resulta ser la ordinaria civil.

- Se admiten los medios de prueba ordinarios, pero tendientes a demostrar la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su mujer en los ciento veinte días que han precedido al nacimiento.

- El Juez al momento de valorar las pruebas debe tener la certeza indubitable para absolver a la parte demandada declarando la filiación inexistente entre su hijo y el supuesto padre.

- En el caso de que la esposa tenga un amasio y tenga relaciones sexuales con éste y con su marido, será legalmente imposible para el esposo, refutar la paternidad de virtud de las limitaciones a los medios de prueba aceptados por nuestro Código Civil.

- En caso de que el marido llegue a obtener una sentencia obsequiada en las pretensiones de su demanda, podrá con ella desconocer al hijo nacido de su esposa; y entablar una demanda de divorcio por las causales que prescriben las fracciones I y II del artículo 267 del Código Civil.

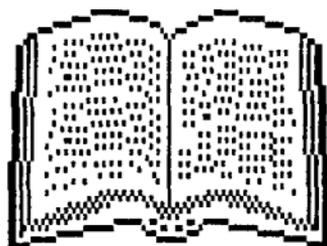
***B.- Desde el punto de vista humano.***

Observamos en las conclusiones señaladas, que la situación del hijo ante la sentencia que declara una filiación inexistente entre quien debería ser su padre y él, trae consecuencias desfavorables para éste, quien en todo caso resulta ser el más afectado y a quien no se le pueden imputar las causas de su estado civil, por lo que desde el punto de vista humano resulta injusto y cruel, para un ser humano que nada tuvo que ver en su situación real, la privación, ya no sólo del derecho que tiene a ser alimentado y a la sucesión hereditaria del supuesto padre, sino al fundamental derecho de tener una familia armoniosa, de saberse amado por sus progenitores y no despreciado, como resultado primordial de la acción de impugnación de la paternidad.

En cuanto a la situación de la mujer, cada caso concreto reviste sus peculiaridades y no se juzga de una manera inquisitiva, porque nadie puede hacerlo, pero podemos afirmar que la mujer actual, ya no vive los prejuicios y las limitaciones de la mujer de ayer, y puede ahora dialogar y elegir entre varias opciones.

Si la mujer pretende la libertad que durante muchos años se le ha robado, debe ser consciente, leal y sincera consigo misma, y solamente así alcanzará los objetivos que una generalidad anhela: triunfar como mujer profesionista, ser una madre digna y una ciudadana honrada y respetuosa con la Ley, y no tomar ésta para actos de resultados probablemente irremediables, ya que las consecuencias son graves para ella misma, pero cuenta con la alternativa de elegir su conducta, y son gravísimas para quien carece de dichas alternativa y espera como todas las personas, ser bien recibido en un lugar lleno de amor, armonía, atención y afecto.

# FUENTES CONSULTADAS



**BIBLIOGRAFIA**

BAQUEIRO ROJAS, Edgar, BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. 1a ed. México, 1990.

BELLUSSCIO Y ZANNONI, Código Civil de Argentina comentado. Art. 253, No. 4. Editorial Astrea, 1a. ed. Argentina, Buenos Aires, 1979.

CICU, Antonio, Traducción de Faustino Giménez Arnau y José Santa Cruz Teijeiro, La Filiación. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado de la Universidad Central de Madrid Serie B, Vol XIV, Madrid, 1a. ed. España, 1930.

CODIGO CIVIL COMENTADO. Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2a. Ed. México, Distrito Federal, 1989.

COPERIAS M. Enrique, "Huellas génicas, la nueva ciencia de la identidad", Muy Interesante. Pub. mensual, México, D.F., 1993, Año 5, Volumen 65.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel, "La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales". Ed. Porrúa. 1a. ed., México, 1985. p. 587.

DE BUEN, DEMOFILO "Introducción al Estudio del Derecho Civil". Editorial Porrúa, S.A., 1a. ed. México, 1977.

DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A., 2a. Ed. México, 1981.

FASSI, Santiago Carlos, Estudios de Derecho de Familia. Editorial Platense, 1a. ed. La Plata, Argentina, 1962.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil". Parte General, Personas-Familia. Tomo I. 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1976.

GROSMAN P. Cecilia, "Acción de impugnación de la paternidad del marido". Editorial A'baco de Rodolfo Depalma, 1a. ed., Buenos Aires Argentina, 1982.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, El Patrimonio. Editorial Porrúa S.A., 4a. Ed. México, 1993.

GESCHE MULLER, Bernardo, Investigación de la Paternidad Ilegítima. Editorial Depto. de Divulgación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1a. ed. Concepción, Chile, 1967.

GARCIA GOYENA, Florencio, Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil Español. Tomo III, Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, México, 1879.

GASTIGER, Sigmund, y GÜNTHER Oswald, Familienrecht. Verlag W. Kohlhamer, Stuttgart, 1a. ed. 1978.

HERRERA CAMPOS, Ramón, La Investigación de la Paternidad y la Filiación no Matrimonial. Universidad de Granada, España, 1a. ed. Granada España, 1987.

LEMUS GARCIA, Raúl, Sinopsis Histórica del Derecho Romano. 4a. ed. Editorial Limusa, S.A., México, 1979.

LOPEZ GOMEZ y CISBERT CALEBUIG, Tratado de Medicina Legal. 2a. Ed. Valencia, España, 1961.

LLEDO YAGÜE, Francisco, Acciones de Filiación. Editorial La Ley, Colección Jurídica Profesional, 2a. ed. Madrid, España, 1987.

MONTERO DUHALT, Sara, "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, S.A., 3a. ed., México 1990.

ONECCHA SANTAMARIA, "Valoración de la prueba en el Derecho Civil". Pretor, Editorial Reus, 1a. ed., 1971.

PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, México, 19a. ed. 1990.

RIVERO HERNANDEZ, "La Presunción de la Paternidad Legítima". Editorial Tecnos, 1a. ed. Madrid, España, 1971.

SANCHEZ ROMAN Rafael. "Estudios de Derecho Civil". Tomo I, 2a. Ed. Tipográfico. Madrid, 1899.

SIGUSH y SCHMIDT, *Lower class sexuality: some emotional and social aspects in West Germany*. La sexualidad de la clase baja: algunos aspectos sociales y emocionales en el oeste de Alemania, cit. por ROUSSEL, Luis, "*Le mariage dans la société française*". ("El matrimonio dentro de la sociedad francesa", Presses Universitaires de France, (Impresiones Universitarias de Francia) 1a. ed., Francia, 1975.

TREJOS Gerardo y ARGUEDAS Carlos M, Código de Familia de Costa Rica, anotado y concordado, Editorial Costa Rica, 1a. ed., Costa Rica, San José 1976.

**LEGISLACION**

Código Civil vigente para el Distrito Federal, Editorial PAC, S.A. de C.V., 1a ed. México, 1993.

Código de Familia del Estado de Hidalgo, Editorial Cajica, S.A. 1a. ed. Hidalgo, 1992.

Código Civil para el Estado de Puebla, Editorial Porrúa, 4a. ed. México, 1992.

Código Civil para el Estado de Tamaulipas Editorial Porrúa, 3a. ed. México, 1992.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Castillo Ruiz Editores, S.A de C.V., 6a. ed., México, 1991.

Ley Orgánica para la Administración Pública Federal, Editorial Porrúa, 23a. ed., México, 1992.

Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, 47a. ed., México, 1992.