

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JUAN CARLOS GARCÍA MARTÍNEZ

ASESOR: LIC. ALEJANDRO TORRES ESTRADA.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS.

A Dios por haberme ayudado y permitir terminar este trabajo.

A mis padres, Eleuterio García Neri y Victoria Martínez Alejandro, que siempre me han brindado su apoyo y su cariño.

A mis hermanos, Angélica, Jaqueline, Hugo y Verónica García Martínez, a quienes quiero profundamente.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberme aceptado, enseñado y formado para ser una mejor persona.

A mis maestros, que me instruyeron con sus conocimientos bastos y que me hicieron mejorar día con día.

Al Lic. Alejandro Torres Estrada, por brindarme su apoyo, su tiempo y sus enseñanzas tanto en la escuela, como para la elaboración de mi tesis.

A todas las personas que me han brindaron su más sincera amistad y que han alegrado mi vida, en especial a Carlos Rodríguez B. y Juan Carlos Villafaña.

“PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL SOBRE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD”

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES SOBRE LA PATERNIDAD.	Pág.
1.1 Roma.....	2
1.2 Código de Napoleón.....	11
1.3 Derecho novohispano.....	13
1.4 Derecho mexicano.....	16
1.4.1 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870... 18	18
1.4.2 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884... 22	22
1.4.3 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.....	23
1.4.4 Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.....	24
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL SOBRE LA PATERNIDAD.	
2.1 Filiación.....	28
2.2 Paternidad.....	39
2.3 Maternidad.....	46
2.4 Naturaleza jurídica de la presunción de paternidad.....	50
2.5 Teorías sobre la presunción de paternidad.....	55

2.6 Presupuestos sobre la presunción de paternidad.....	59
---	----

CAPÍTULO III. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN ALGUNAS LEGISLACIONES FAMILIARES DE MÉXICO.

3.1 Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.....	64
--	----

3.2 Código Familiar del Estado de Zacatecas.....	70
--	----

3.3 Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.....	78
---	----

CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.

4.1 Análisis al artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal vigente.....	87
---	----

4.2 Relevancia de la concepción en la presunción de paternidad.....	98
---	----

4.3 Propuesta para establecer requisitos de aplicación a la presunción de paternidad.....	106
---	-----

CONCLUSIONES.....	111
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	117
-------------------	-----

INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad las cuestiones de imputación de la paternidad del esposo han sido catalogadas por muchas personas como un hecho que no es susceptible de comprobarse fehacientemente, como si lo es la maternidad de la esposa, por lo cual la sociedad desde tiempos antiguos ha establecido algunos métodos para determinarla; desde la antigua Roma con el *“tollere liberum”* y posteriormente con la importante creación de la máxima Pauliana del *“Pater is est quem nuptiae demonstrant”*, disposición que como tal fue acogida por el Código de Napoleón estableciéndola como una presunción y que posteriormente por influencia del mismo fue acogida también por nuestro Derecho nacional para determinar la paternidad en un principio dentro del matrimonio.

Sin embargo, nuestros legisladores que tuvieron a bien reformar el Código Civil de 1928 en el año dos mil, y en especial el artículo 324 en la que se veía perfectamente reflejada la presunción de paternidad, en función de todos los elementos que la integraban y ayudaban a presumirla; dejándola posteriormente establecida después de la reforma solo como una imposición legal, que la paternidad es establecida, ni siquiera presumida aunque la redacción del propio artículo 324 vigente así lo señale, que por la sola celebración del matrimonio se imputa la paternidad.

Por lo cual la presente investigación tiene como objetivo dar las razones por las cuales se considera que se debe de reformar el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, por contemplar criterios para presumir la paternidad faltos de uniformidad y hasta cierto punto, contradictorios.

Es así que el primer capítulo de esta investigación comenzara por establecer los antecedentes históricos sobre la paternidad, tomando como referencia a las culturas antiguas de las cuales nuestro actual Derecho ha recibido influencia en el contenido e instituciones jurídicas consagradas por los anteriores Códigos Civiles. Así mismo para comprender como la institución de la paternidad desde sus inicios ha estado ligada a la presunción de paternidad, para lograr tener una mayor certeza jurídica sobre los hijos y su filiación.

En el segundo capítulo se establecerán las bases teóricas sobre la paternidad, partiendo de la filiación, y posteriormente dando un concepto etimológico, biológico y jurídico de lo que es la paternidad; la determinación de esta por medio de la presunción de paternidad derivada del matrimonio. Consecuentemente se analizara la naturaleza jurídica de la presunción de paternidad, las teorías que recaen sobre esta presunción, así como los presupuestos que se deben de reunir para que sea aplicada tal presunción de paternidad.

En el tercer capítulo se realizara un estudio de Derecho comparado con otras legislaciones familiares vigentes en las entidades federativas del territorio nacional en las cuales también se contempla para imputar la paternidad dentro del matrimonio a la presunción de paternidad, al igual que en el Código Civil para el Distrito Federal, y que nos servirá para establecer puntos de coincidencia o diferenciación entre la regulación de esta figura jurídica en otros ordenamientos jurídicos.

En el cuarto capítulo expondré la problemática del objeto de esta investigación y la posible solución; comenzando por el análisis que se realizara al artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, que contempla la presunción de paternidad dentro del matrimonio, análisis que será a partir de describir sus presupuestos o elementos así como determinar si el criterio que se contempla para determinar dicha paternidad es congruente y uniforme, se

expondrá la importancia que tiene el hecho la concepción dentro de la determinación de la paternidad en el matrimonio y de los plazos de gestación, por último desarrollare la propuesta para establecer los requisitos, que a consideración y con fundamento en lo que se expondrá, podrían constituir y aplicar a la presunción de paternidad, a partir de su modificación.

Para finalmente establecer en las conclusiones las razones por las cuales se debe de reformar la presunción de paternidad dentro del matrimonio contenido el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, la cual tiene como finalidad, a pesar de los avances científicos de la medicina, imputar la paternidad dentro del matrimonio y ahora hasta en el concubinato, ello, considero, para brindar seguridad jurídica a los hijos.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES SOBRE LA PATERNIDAD.

Comenzare por los inicios de la paternidad desde el Imperio Romano, debido como bien sabemos, a la influencia que hasta nuestros días tiene el Derecho Romano sobre nuestra legislación vigente, desde cómo se organizaba la familia en los comienzos de Roma, la condición que tenía el *pater familias* sobre los miembros de la familia, sus “poderes” o facultades sobre está en los inicios hasta llegar a las Tablas de Justiniano. Como consecuencia histórica de la caída del Imperio Romano y siguiente antecedente continuare con el Código de Napoleón, cuya influencia es muy relevante para el Derecho mexicano y en especial el Código Civil, en el cual la figura de la paternidad sufre algunos cambios diversos. Para concluir empezare describiendo algunas de las características que contemplaba el Derecho prehispánico, así como las particularidades de la paternidad durante el Derecho novohispano, y finalizando este primer capítulo con la legislación nacional dando breves referencias de la paternidad en los Códigos Civiles antecedentes al Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, así como de este mismo, prosiguiendo con el Código Civil de 1884 y con la Ley de Relaciones Familiares de 1917, ley que por sus múltiples aportaciones en materia familiar es de importancia mencionar, ya que fue la primera ley en regular cuestiones netamente de orden familiar; para culminar con el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928, que constituye el último antecedente de nuestro actual Código civil y que por otro lado su redacción, así como después de las cinco reformas que sufrió durante su vigencia, se logra constituir por decreto del 25 de mayo de año 2000 nuestro actual Código Civil del Distrito Federal.

1.1 ROMA.

Mucho antes de que la antigua civilización Romana que hoy conocemos llegara a su momento de esplendor, en un principio Roma como en las demás sociedades contemporáneas a ella, la paternidad no estaba relacionada con el hecho de la concepción, no existía como tal un vínculo que tuviera definido quien era el padre de cada miembro del grupo, si no lo más importante era el grupo como tal, el individuo debía de adherirse al grupo y como tal generar un vínculo de “parentesco” si se le podría llamar de esa manera con todo el grupo y respetando a una sola cabeza de familia, ese parentesco era de grupo a grupo.¹ La organización de la sociedad en este tipo de grupos prevaleció durante mucho tiempo llegando hasta Grecia y Roma, tal organización en grupo la podemos llegar a ver en la familia *agnaticia* romana, cuyos vínculos no eran determinados por los lazos de sangre, sino por la religión, por el culto que profesaban los líderes de esas familias, que recaían en la decisión del *paterfamilias*.

Como la organización de la familia estaba basada en gran medida en la religión, en el culto que era la responsable de determinar el modo y estilo de vida de las familias romanas, existía una figura muy antigua y practicada por varios pueblos de aquel entonces el “*tollere liberum*”, con la cual se decidía de cierta forma la entrada a la familia, por parte del marido o del jefe del grupo familiar, del recién nacido en calidad de hijo, y que representaba un reconocimiento de la propia paternidad que era la responsable de crear el poder paterno que detentaba el *paterfamilias*. Dicha ceremonia consistía en colocar al recién nacido en el piso, en la tierra de donde el *paterfamilias* tenía la decisión de recogerlo (*tollere*) o no, el contacto del recién nacido con la tierra se ha relacionado con la antigua creencia o mito de la maternidad de la Madre Tierra,

¹RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La presunción de paternidad legítima. Estudio de derecho comparado y Derecho Español*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1971, pág. 160.

lo que transmitía fuerza y otras virtudes.²Parte de la doctrina difiere del valor y significado del carácter jurídico que se tiene sobre el “*tollere liberum*” y si se trata de un verdadero antecedente de la paternidad; que sin embargo no cabe la menor duda que tenía un valor de carácter religioso, por otro lado se niega que tenga algún valor jurídico esta ceremonia, ya que se expone que el hecho de reconocer o no a un hijo por medio de esta figura pondría en la posición de que la familia estuviera integrada de reconocidos y no por hijos legítimos engendrados por el *pater*, o que por cuestiones de carácter diversos como la economía o el sexo del recién nacido no fueran reconocidos por el *pater*, además de otra situación que cambia el hecho de que el recién nacido no sea reconocido por parte del padre biológico y de quien lo engendro, ya que solo esta facultad de reconocer al recién nacido y por lo tanto de que ingresara y formara parte de la familia era del *paterfamilias*, lo cual no significa que sea necesariamente éste el padre biológico, por que los hijos engendrados por los hijos del *pater* también debían de ser reconocidos por el mismo *pater* al que estaban sometidos y no por sus padres biológicos por lo cual considera la doctrina que no debe de dársele un valor jurídico al “*tollere liberum*” porque no representaba un reconocimiento cierto de la paternidad. Por otro lado, la doctrina expone que esta figura del “*tollere*” era la equivalencia en esa época de una aceptación del hijo como propio por parte del *paterfamilias*, como asumiendo su propia paternidad, y como ceremonia tal que no debía prescindir en cualquier familia romana de esa época, podríamos decir que se trataba de una presunción de paternidad como tal, y como un desconocimiento de dicha paternidad y renuncia a la patria potestad del niño tenemos al “*non tollere*”.

Llega a la conclusión Rivero Hernández de que el “*tollere liberum* como reconocimiento o aceptación del hijo como propio en una época primitiva en la que el aspecto predominante de la paternidad era precisamente el del poder, por encima del biológico. En esa época el *pater* no distinguiría probablemente

²*Ibidem*, pág. 173.

aspectos, matices y momentos que hoy, como más tarde en la propia Roma, parecen sencillos y naturales, pero demasiado sutiles para una mentalidad tosca todavía por primitiva”,³ concuerdo con la opinión de Rivero Hernández, considero que si bien es cierto que el “*tollere liberum*” tenía más un carácter religioso en aquel momento que vivía la sociedad romana que jurídico en un principio, también es cierto que muchas de las normas que el ser humano va creando durante su paso por el tiempo y gran parte de la doctrina que se ha desarrollado en la mayoría de las sociedades del mundo proviene precisamente de las costumbres que tenían dichas sociedades, de actos reiterativos durante periodos largos de tiempo que para esa sociedad en particular conllevan cierto significado de obligatoriedad y valor dentro de la misma, costumbres que en variadas ocasiones tenían una carga religiosa, que se ven reflejadas después en leyes que son resguardadas por un órgano jurisdiccional y que son legitimadas por la misma sociedad, y apoyándome en el concepto establecido por el jurista Ulpiano de que “Las costumbres son el tácito acuerdo del pueblo, arraigado por el largo uso” (*Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*), y de que la costumbre jurídica solo existe cuando la comunidad realiza constantemente una serie de actos de modo uniforme y que adquieren carácter obligatorio en el grupo social que los practica, estableciendo de esta manera sus elementos; por un lado un elemento objetivo como lo es, la *inveterata consuetudo* que hace referencia a un uso prolongado y constante, y por otro un elemento subjetivo, la *opinio iuris seu necessitatis* o la convicción de que esa práctica es jurídicamente obligatoria; es evidente que la costumbre precedió al derecho escrito, de que los *mores* o *mores maiorum* referente a las costumbres de los antepasados, dan vida al primitivo ordenamiento y que la *interpretatio* jurisprudencial desenvuelve y adapta a las nuevas exigencias de la vida jurídica romana, y como ejemplo claro es que en la época monárquica la

³*Ibidem*, pág. 179.

principal fuente del Derecho fue la costumbre.⁴ Así mismo considero que mientras la civilización romana se acercaba a su momento de esplendor la ceremonia del “*tollere liberum*” también fue adquiriendo un valor jurídico como tal y hasta el momento en que fue remplazada por otra forma más eficaz de reconocer a los hijos como lo fue la máxima de Paulo “*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*”.

La figura de la paternidad en Roma es representada con la del *paterfamilias*, pero como hemos visto en los inicios de la cultura romana, el *paterfamilias* no representaba necesariamente un vínculo de filiación de tipo biológico con sus descendientes como lo conocemos hoy en día, sino una condición de independencia en todos los sentidos y no necesariamente debía de haber procreado hijos, sino que tal condición de *paterfamilias* se le concedía por no estar sujeto a la *potestas* de alguien más, tal y como lo menciona J. Arias Ramos “Con la expresión *pater familias* los romanos no aluden a la idea de generación, ni quieren referirse a alguien que tenga descendencia biológica, sino que indican una situación de independencia o autonomía económico-jurídica, de ausencia de subordinación. El *paterfamilias* puede no haber procreado hijos, e incluso ser un impúber; el caso es que no esté sometido a la *potestas* de nadie”.⁵

Como se muestra en la familia romana en su comienzo, la familia *agnaticia*, las personas que la integraban, aunque no fueran hijos biológicos del *paterfamilias*, estaban bajo el poder doméstico del *paterfamilias*, que se podría decir era un poder absoluto con relación a las personas que se encontraban bajo su potestad, un poder unitario que se denominaba *manus* y que con posterioridad se conforma también el vocablo *mancipium* que venía de *manum*

⁴VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado*, 13ª ed., Ed. Porrúa S. A., México, 1996, págs. 19 y 20.

⁵ARIAS RAMOS, J. y J.A., ARIAS BONET, *Derecho Romano II Obligaciones, Familia, Sucesiones*, 18º ed., 3º reimpresión, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1991, pág. 726.

capere que era tomar la *manus*, tomar el poder ya sobre personas o cosas; y que a su vez comprendía cuatro potestades: la *patria potestas*, que era la *potestas* que se ejerce sobre los hijos y las hijas que estaban sometidos a él por razón y parentesco de su familia agnaticia, que comprende a los *filii familiae* que sean hijos engendrados legítimamente por el *pater*, los nietos y nietas y aquellos ingresados a la familia por adopción, la *patria potestas* es vitalicia y mientras el *pater* viviera no cesaba sin importar la edad de los *filii*, con excepción de la emancipación. Además el *paterfamilias* contaba con otros derechos sobre los hijos que estaban sujetos a su poder y en ejercicio de su *patria potestas*, su estatus de *pater* le brindaba el derecho sobre la vida y la muerte el “*ius vitae necisque*”, esta *potestas* era el ejercicio del poder doméstico para imponer penas, incluso la capital a los miembros de la familia, sin estar obligado a ocurrir ante el magistrado; el derecho de exponer “*ius exponendi*”, el *pater* puede no admitir al recién nacido o no aceptar la atribución de su paternidad; de vender a los hijos “*ius vendendi*”, para otorgarle una cierta *potestas* por parte de un tercero sobre el *filius* mediando un precio en dinero, otras veces como forma para poder realizar la adopción y la emancipación; y de entregarlos en *noxae* “*ius noxae dandi*” a la víctima del delito cometido por ellos, como resarcimiento por los daños derivados de un hecho ilícito y para evitar la responsabilidad por el delito cometido por el hijo.⁶

La *manus maritalis*, era la *potestas* que ejercía el marido sobre la mujer casada, la mujer sale de su familia civil y entra en la de su marido, si el marido es *sui iuris* su condición es igual a la de una hija en potestad paterna y si el marido está sujeto a la potestad paterna su condición es igual a la de una nieta, si tiene un patrimonio se absorben en el de su marido e igual que los demás hijos no puede adquirir nada en propiedad.⁷

⁶ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 3ªed., 6ª reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 413.

⁷VENTURA SILVA, Sabino, op. cit., págs. 113 y 114.

La *dominica potestas* sobre los esclavos, en cuanto a la relación que sostenía el *pater* con sus esclavos, y que estos a su vez eran considerados como *homo y res Mancipi*, esto significaba que los esclavos eran considerados cosas pero nunca los tuvieron en el mismo tratamiento que a un animal; era al igual que como todos los miembros de la familia, el *pater* o dueño (*dominus*) tenía una potestad absoluta incluyendo la potestad de vida y muerte.⁸

El *mancipium* o cuasi servidumbre de personas libres vendidas al *paterfamilias*, el *pater* podía enajenar al hijo, podía venderlo como esclavo en el extranjero, pero si lo hacía en Roma, se entendía que lo estaba dando *in Mancipio*, y solo podía realizar tal acto tres veces.

El *dominium* o señorío absoluto sobre las cosas, sobre los bienes que se poseían en la familia, esta potestad es absoluta puede disponer de las cosas, utilizar y disfrutar de ellas, este *dominium* es exclusivo ya que hay un solo propietario y es perpetuo, ya que no es posible que se constituya un *dominio* por un tiempo determinado.

Existían varias formas por las cuales se podía ingresar a la familia romana *agnaticia* y estar bajo la figura de la *patria potestas* ejercida por el *paterfamilias* sobre sus descendientes y todas las personas que él admitiera en la *domus*. Una de ellas era el hecho de haber contraído matrimonio sin que alguno o ambos cónyuges tuvieran la aptitud legal "*ius connubii*" para hacerlo, la ley permitió que los hijos nacidos de estas uniones y con ciertos requisitos quedaran bajo la potestas del padre; también podía adquirirse el poder paterno sobre hijos nacidos de concubinato por medio de la figura de la "*legitimación*", así como por medio de la "*adopción*" de un *alieni iuris*, que por medio de un acto solemne se toma el lugar de hijo o de nieto por aquel que no lo es por naturaleza, que no ha sido engendrado por el *pater* adoptante; y la "*adrogación*" de un *sui iuris*, que ocurría cuando un *pater* adopta a otro *pater*, de tal manera

⁸DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Ed. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág. 83.

que todos sus descendientes, el *pater*, sus hijos y nietos ingresaban en la familia del adrogante.⁹

Pero la manera natural por la cual se creaba la patria potestad era el nacimiento o procreación *ex iustis nuptiis*¹⁰ o *iustae nuptiae*, sin importar que fuera *pater* o *filius*. Al hijo que nacía de una relación *iustae nuptiae* se le conocía con el nombre de *iustus*. Y se tenía por *iustus* al hijo nacido después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos de su disolución, sin embargo se admitía que el marido reconociera al hijo nacido antes del plazo de ciento ochenta días y que desconociera la paternidad del nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio; aunque existen pequeñas discrepancias en cuanto al plazo mínimo de gestación por ejemplo Juan Iglesia, nos menciona que “Se tiene por *iustus* al hijo nacido después de los 182 días de la celebración del matrimonio...”¹¹ o como lo maneja Alfredo Di Pietro “El plazo mínimo es de 180 días (6 meses cumplidos; o 181 o 182, si computamos el día de las nupcias y el del nacimiento)”,¹² discrepancias que no cambian la circunstancia de que el Derecho Romano reconocía o tenía alguna consideración en un principio con el hecho de reconocer y darle un valor jurídico a la procreación, a vincular a los progenitores con sus descendientes, principalmente crear las reglas para establecer un vínculo filial con el padre, como lo veremos más adelante en la época de Justiniano. Además para que un hijo se refutara y se le denominara legítimo debía de haber sido concebido en un *matrimonium iustum*, que sea una unión matrimonial reconocida por el *ius civile* (*iustae nuptiae*), así como que la concepción debe haber ocurrido una vez comenzadas éstas, ya que la única

⁹ARGÜELLO, Luis Rodolfo, op. cit., pág. 406.

¹⁰*Ibidem*, pág. 405.

¹¹IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 7° ed., Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, 1982, pág. 552.

¹²DI PIETRO, Alfredo, op. cit., pág. 297.

unión que permitía deducir con certeza acerca de la paternidad eran las *iustae nuptiae*.¹³

Como toda sociedad que se jacte de serlo debe de evolucionar y cambiar, así lo fue la sociedad romana y en cuanto a nuestro interés, que corresponde a los vínculos que sostenían los miembros de la familia, en especial los que sostenía el progenitor con sus descendientes, se empezó a considerar a todas aquellas personas ligadas por un nexo natural o de sangre que descendían unas de otras o de un autor común, y solo cuando las ideas religiosas fueron cambiando y se le dio mayor relevancia al parentesco de sangre, y por lo tanto también se le dio a la familia natural o *cognaticia* la misma. Y a pesar de que la organización de la familia perduro sin muchos cambios, fue hasta la legislación justiniana, en que estas reformas aprovecharon a la familia natural o *cognaticia*, que tuvo su primer reconocimiento legal, así como un lugar de relevancia dentro del Derecho familiar romano. Esta idea de la familia natural va ganándole terreno a la idea de la familia *agnaticia*, los legisladores van acogiendo una idea de familia basada en la consanguinidad, algunas instituciones romanas caen en desuso como la *manus*, las facultades del *paterfamilias* disminuyen y cambian.

Sin embargo, la contribución más importante que en lo particular considero, fue en cuanto al tema de la paternidad y de la filiación paterna del Derecho Romano, la vemos recogida en las compilaciones de Justiniano, dentro del Digesto, con el conocido pasaje pauliano “*quia semper certa est (mater), etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*”,¹⁴ que nos da a entender que son legítimos los hijos procreados por padre y madre unidos en matrimonio; como tal la maternidad es demostrada de manera fácil por el simple hecho del parto, pero la paternidad del marido, “*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*”, “padre es aquel a quien las nupcias muestran

¹³*Ibidem*, pág. 296.

¹⁴RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., pág. 178.

como tal”, que en un principio recaía en que éste reconociera o negara libremente su paternidad como se mostraba con el “*tollere liberum*” y que ahora con ésta regla que después funcionaría como presunción judicial durante la época clásica y que será considerada como una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario por parte del *pater*, se tienen como hijos procreados por el marido a los hijos dados a luz por la mujer después de los ciento ochenta días de contraído el matrimonio y antes de los trescientos de su disolución;¹⁵ así para determinar si la concepción ocurrió dentro de las *iustae nuptiae* se tomaron en cuenta los criterios y datos de la medicina de Hipócrates, plazos mínimo y máximo del embarazo para que el niño nazca vivo, y que se aplicaban para el caso dudoso del nacimiento cercano a las nupcias, por lo cual si se quería ser tomado por hijo legítimo éste debía nacer dentro de los plazos establecidos.

La regla Pauliana “*Pater is est quem nuptiae demostrant*” descansaba en tres fundamentos para que operara y se estimaba que era para evitar que personas extrañas y ajenas a la familia pudieran levantar sospechas que calumniaran a la mujer en cuanto a sus relaciones matrimoniales; ahora bien aquellos fundamentos eran en primer lugar la existencia de un matrimonio válido, la cohabitación entre los esposos, la fidelidad de la mujer y por último el nacimiento en el *tempus legitimum* o plazo legal de gestación.¹⁶

Así entonces la frase “*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*” es la que origina como tal una regla para determinar la paternidad, una presunción de paternidad que llega hasta nuestros días y sigue vigente contemplando los mismos requisitos, como son algunos de ellos la existencia de un matrimonio válido y los plazos de gestación mínima y máxima, que en nuestro código a sufrido algunas modificaciones en cuanto a estos lapsos de tiempo, y como tal sigue siendo utilizada en los códigos de varios países como el nuestro.

¹⁵ARIAS RAMOS, J.- Arias Bonet J.A., op. cit., págs. 730 y 731.

¹⁶RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., pág. 183.

1.2 CÓDIGO DE NAPOLEÓN.

Mucho antes de llegar a la época en que Napoleón crea su famoso e importante código, en la sociedad galesa contemporánea a Roma y dentro de las costumbres del pueblo francés referentes a reconocer la paternidad, se llevaba a cabo una prueba que consistía en que cuando un marido de alguna manera desconfiaba y tenía dudas sobre su propia paternidad arrojaba al hijo a las aguas del río Rin, y solo se tenían dos posibilidades, si el niño desaparecía en el agua se suponía que era adulterino y si por el contrario el niño flotaba se decía que era legítimo y por lo tanto engendrado por el marido, definitivamente una manera para determinar la paternidad que dependía totalmente de la suerte y en todo caso de las pocas o muchas habilidades acuáticas del recién nacido.¹⁷

Para estas alturas prácticamente el pensamiento europeo estaba basada en las ideas que profesaba la iglesia y el Derecho Canónico que también se ve en la necesidad de recoger la máxima de Paulo referente a la presunción de paternidad "*pater is est*" que al igual que lo aplicaban los romanos, dentro del Derecho canónico francés también se aplicó de la misma manera, también se trataba de una presunción *iuris tantum* y que aceptaba prueba en contrario y digo prueba en contrario ya que se limitaba solo a reconocer una sola hipótesis, que era la imposibilidad física de sostener relaciones carnales en el tiempo de la concepción, pero no solo sostenía esta variante la presunción si no que también contaba con la particularidad de que se aplicaría al hombre que había cohabitado con la mujer y que daba a luz en su casa, llegando a desvirtuarse de tal manera que llegado el momento solo se exigía que la mujer diera a luz en la casa del hombre para presumir que él era el padre y de esta manera se resolvía el conflicto referente a la paternidad, y por lo cual también estaba vinculado con un adagio francés "*tout se qui naît dans la cour est du coq*"¹⁸ que hace

¹⁷ *Ibidem*, pág. 189.

¹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., pág. 191.

referencia a la vigilancia que el marido ejerce sobre su esposa como una explicación del fundamento de la presunción de paternidad, además esta presunción se hizo extensiva al concubinato por lo cual los elementos referentes en cuanto a la existencia de un matrimonio y la obligación de fidelidad no tuvieron mayor valor, por lo cual la presunción de paternidad ya no derivaba de estos presupuestos.

Durante la época intermedia francesa solo una recopilación de costumbres denominada la "*Coutumes du Beauvaisis*" hacia pocas referencias sobre la presunción de paternidad que estableció Paulo, así en este compendio de costumbres la legitimidad de los hijos proviene de la concepción en matrimonio y en cuanto a los plazos para determinar el tiempo de la concepción se fija como plazo mínimo de gestación siete meses y como plazo máximo treinta y nueve semanas y un día, y todos aquellos que nacieran después de este plazo y antes de que se completara el plazo mínimo serían considerados bastardos.

Ya durante los siglos XV al XVIII el Parlamento francés tenía establecido los requerimientos para que operara la presunción de paternidad, que seguía funcionando de la misma manera con variantes en cuanto a los plazos de gestación y contemplando las mismas excepciones a favor del marido, pero tomando en consideración también una nueva excepción, la imposibilidad moral, aunque no existe algún documento que la describa en algún momento fue tomada en cuenta para determinar la paternidad.

Dentro del Código de Napoleón siguen tomando en cuenta la presunción de paternidad que estableció el Derecho Romano con las mismas características que sostenían los romanos y aplicando el mismo aforismo "*mater semper certa est*" (la madre siempre es cierta, es decir, conocida) y "*pater es quem nuptiae demonstrant*" (padre es aquel a quien las nupcias muestran o expresada de otra manera, el padre es el marido de la madre) y es así como se

llega a incorporar dentro del Código de Napoleón en su artículo 312 primer párrafo que establecía:

“312. El hijo concebido durante el matrimonio, tiene por padre al marido”

Y al igual sigue teniendo el mismo trato de una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario.¹⁹

1.3 DERECHO NOVOHISPANO.

Antes de comenzar respectivamente con lo referente al Derecho novohispano, me atreveré a mencionar algunas de las características que tenía la paternidad en el Derecho prehispánico, que a mi parecer son relevantes comentar, ya que forma parte de la amalgama que más tarde regiría los primeros años de la vida colonial de México. El Derecho prehispánico al parecer tenía en un alto concepto al matrimonio, ya que como otras civilizaciones también en ésta se consideraba la base de la familia y por lo tanto debía de celebrarse con todas las ceremonias y formalidades establecidas si no carecía de valdes, a pesar de que practicaban la poligamia la mujer legítima era aquella que se había casado cumpliendo con todas las formalidades (costumbres) requeridas para contraer matrimonio, como eran algunas de ellas el hecho de contratar intermediarias para ir a pedir a la esposa, encerrar en la cámara nupcial a los novios durante cuatro noches, sacudir el *petate* en que durmieron al cuarto día entre otras más costumbres que debían de seguir los que querían ser considerados como marido y mujer, y solo se podían casar las personas que no tuvieran ningún vínculo de parentesco, ya fuera por consanguinidad o por afinidad.

A pesar de que la familia estaba a cargo del hombre y que la familia era patriarcal, la responsabilidad de educar y castigar estaba dividida en cuanto al

¹⁹ SERRANO MIGALLÓN, Fernando (coord.) Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, *Código de Napoleón Bicentenario*, Ed. Porrúa, México, 2005, págs. 88-90.

género se refería, así los hombres se encargaban de los hombres y las mujeres estaban a cargo de las mujeres. En cuanto a la patria potestad el padre podía vender a sus hijos como esclavos cuando esté ya no podía mantenerlos o cuando el padre no podía educar a sus hijo, contando con autorización previa de las autoridades, tenía la facultad de casar a sus hijos y el matrimonio celebrado sin el permiso del padre se tenía como invalido, además el padre podía castigar a sus hijos con lujo de violencia usando espinas de maguey o cortándole el cabello o haciéndole aspirar vapores desagradables.²⁰ A pesar de todo el poder que sostenía el padre de familia no era un poder absoluto, ya que no podían disponer de la vida de sus hijos como los romanos.²¹

Todo este esquema de familia término en 1521, año de la caída de La Gran Tenochtitlán y con el comienzo de la colonización, la sociedad cambio y fue otra, una sociedad que mezclaba tanto elementos prehispánicos como elementos españoles, y con la creación de esta nueva sociedad empezaron los primeros años de vida de la colonia.

Después de la conquista, se dejo a un lado la práctica de la poligamia y se fue implantando la idea la monogamia, y con el cambio de vida que se estableció solo se permitían los matrimonios de españoles con españoles, los indios con los indios, negros con negros; matrimonios basados conforme al estatus que ocupaban en la sociedad, pero ya para finales de la época la población contaba con que una cuarta parte era producto del mestizaje.

La sociedad novohispana estaba basada en dos cosas, la religión y la familia que era la encargada de determinar el lugar que ocuparía cualquier individuo dentro de la comunidad, así mismo la lealtad que se tenía a la familia a los padres, hermanos, abuelos, tíos, primos y todos aquellos que la

²⁰MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio, *El Derecho Precolonial*, 6° ed., Ed. Porrúa S.A., México, 1992, págs. 91,96-99.

²¹LÓPEZ FAUGIER, Irene, *La Prueba Científica de la Filiación*, Ed. Porrúa, México, 2005, pág. 202.

conformaban en aquel entonces, era altamente reconocida y de importancia para la sociedad. Como mencione la iglesia era muy importante, ya que en ella recaía el sacramento del matrimonio, su papel principal era santificar a la familia nuclear padre, madre e hijos, por medio del matrimonio, y cuyo fin principal era que la descendencia derivada de esa unión sirviera para el progreso de la iglesia y la corona, así que los padre tenían la responsabilidad de educar y cuidar a sus hijos tanto en lo económico como en lo moral. El padre de familia era quien tenía la responsabilidad de dirigir a su prole por el camino del bien, era el depositario de ese derecho divino; sin embargo por la época era un camino cortó, ya que los hijos según las ideas canónicas podían contraer matrimonio los hombres a los catorce y las mujeres a los doce años, a esta edad podían elegir con quien casarse por que ya estaban facultados para crear una nueva familia. Y a pesar de que solo se ejercía la patria potestad por un lapso corto de tiempo, y que se adquiría su ejercicio también a temprana edad, los vínculos de parentesco no desaparecían y no se podían desvincular del tronco familiar de origen.²²

La patria potestad, por lo tanto, solo se creaba respecto de los padres unidos en matrimonio con los descendientes que nacían dentro de esta institución, y al igual que el Derecho prehispánico el padre no contaba con un poder absoluto sobre sus descendientes, ya que si el padre trataba con crueldad a sus hijos, los abandonaba, prostituía a la hija o cometía incesto el padre perdía la potestad; aunque el Derecho novohispano otorgaba una amplia facultad en cuanto a la administración de los bienes de sus hijos, permitiendo que el padre se pudiera constituir en administrador y usufructuario de los mismos, además no se le exigía que fuera autorizada por un juez, ni presentara inventario, solo que constara la autorización del hijo y del padre y de dos

²²SOLÍS PONTÓN, Leticia (coord.) *La Familia en la Ciudad de México. Presente, pasado y devenir*, Ed. ACPEINAC, Departamento del Distrito Federal Delegación Álvaro Obregón, Miguel Ángel Porrúa, México, 1997, págs. 39-44.

testigos ante un escribano, también el padre podía enajenar los bienes raíces cuando existía justa causa sin autorización previa del juez.²³

1.4 DERECHO MEXICANO.

Los códigos antecedentes de nuestra legislación actual contemplaban también la paternidad cuya principal fuente de poder y así como derecho era el ejercicio de la patria potestad, con características similares, pero también con matices que los hacían distintos de sus precedentes, cada uno a mí parecer aportando mejoras para su época. Así es como en el Código Civil de “Oajaca” de 1827, la patria potestad solo era ejercida por el padre hasta que los descendientes cumplieran los veintiún años de edad, que era la edad establecida para considerarlos adultos, o cuando se trataba de hijos extramatrimoniales solo podía ejercer la patria potestad el padre que los haya reconocido, y a la muerte o ausencia del padre la madre era quien ejercía este derecho; sin embargo ambos padres tenían el derecho de castigar a sus descendientes, con la limitante de que los castigos no podían ser crueles, solo cuando se cometiera una falta grave se permitía solicitar al alcalde del lugar el arresto de los descendientes por un término de uno a tres meses, la administración de los bienes de los hijos estaba a cargo también del padre y a falta de éste la responsabilidad era contraída, si no existía disposición que indicara lo contrario, por la madre.²⁴

Los siguientes códigos seguían la misma estructura que estableció el Código de “Oajaca” del 1827, por su parte en el proyecto de Código Civil Mexicano de Justo Sierra de 1859, la patria potestad solo era ejercida por el padre, quien era el único que tenía legalmente el derecho de educar y castigar a sus descendientes haciéndolos arrestar hasta por un término de un mes, y la madre solo podía gozar de la patria potestad de sus hijos cuando muriera el padre o se le suspendiera este derecho ó fuera declarado ausente, ambas

²³LÓPEZ FAUGIER, Irene, op. cit., págs. 202 y 203.

²⁴*Ibidem*, pág. 203.

circunstancias debían ser declaradas judicialmente. En cuanto a la administración de los bienes de los descendientes el padre fue también el administrador legal de ellos, y se indico que calidad tendría cada uno tomando en consideración la manera en que fueron adquiridos, si la calidad de propietario o usufructuario.²⁵

En el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866, el ejercicio de la patria potestad todavía se encontraba a cargo del padre y cuando faltase él, la madre; y como un avance de esta legislación se determina que a falta de los padres quienes adquirirían la patria potestad sobre los descendientes eran, en primer lugar el abuelo paterno, a falta de este el abuelo materno, si no la abuela paterna y por último la abuela materna. El padre como detentador de la patria potestad también era el único en imponer castigos, los cuales se asignaban dependiendo de la edad de los descendientes, y solo se podía hacer arrestar por un término de un mes a los hijos de entre once y dieciséis años, y por un término de hasta seis meses a los hijos mayores de dieciséis años, castigo que era cumplido recluso en un hospicio, casa de corrección o algún lugar semejante. Esta facultad de arrestar a los descendientes estaba regulada en el Código por el artículo 275 que establecía:

“...la facultad del padre es absoluta y el juez a quien pida la orden de arresto la expedirá sin dilación y sin investigar sus motivos.”

Y como facultad absoluta que era, el procedimiento para imponer estos arrestos regulado en el artículo 276 no otorgaba la oportunidad de defensa a los descendientes, ya que se llevaban a cabo de manera verbal, no existían las etapas de un juicio y no se dejaban constancias por escrito; solo consistía en la orden de arresto, sin dar mayor detalles del motivo que la originaba tal arresto.

En cuanto hace a la administración de los bienes de los descendientes, este código dio una clasificación más justa, por un lado si los bienes eran

²⁵*Ibidem*, pág. 204.

adquiridos con recursos de quien ejercía la patria potestad la propiedad, la administración y el usufructo era de quien ejercía la potestad; pero si los bienes que se adquirían eran resultado de una donación, sea está de parte de quien ejercía la patria potestad o de cualquier otra persona, la administración y usufructo estaba a cargo de quien ejercía la patria potestad y al descendiente le correspondía la propiedad; y los obtenidos por el esfuerzo de su trabajo que eran administrados en su totalidad por ellos. A demás en este Código se contemplaba que en el caso de que los intereses de quien ejercía la patria potestad se contrapusiera a los de su descendiente, este podía contar con un representante o un procurador.²⁶

Algunas de las mismas características se conservaron en los Códigos Civiles de Veracruz-Llave de 1868 y la del Estado de México de 1869, la patria potestad también estaba consagrada al padre, cuando faltara, la madre lo sustituía en el derecho y en caso de que ninguno pudiera, este derecho lo ejercitaban los ascendientes que señalaba el Código de 1866, con la salvedad de que si los descendientes extramatrimoniales no eran reconocidos por el padre antes de los siete años, los abuelos paternos no podían ejercer la patria potestad, dejando este derecho solo a los abuelos maternos. En cuanto a la administración de los bienes y la facultad de castigar a los descendientes sigue correspondiendo exclusivamente solo al padre.²⁷

1.4.1 CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870.

En este Código la patria potestad es regulada por el libro Primero denominado “De las Personas”, en su octavo Título “De la Patria Potestad” que comprende tres Capítulos, el primero “De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos” que estaba integrado por los artículos 389 a 399, el Capítulo II “De los efectos de la patria potestad respecto de los

²⁶*Ibidem*, págs. 204 y 205.

²⁷*Ibidem*, pág. 206.

bienes del hijo” correspondiente a los artículos 400 al 414 y por último el Capítulo III “De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad” que comprendía del artículo 415 al 429.²⁸

La patria potestad se ejercía sin importar que se tratara de descendientes nacidos dentro del matrimonio o fuera de este y que fueran reconocidos después, no existía el límite sobre la edad para poder reconocerlos; y quien ejercía la patria potestad en primer lugar era el padre, seguida de la madre y al no estar los padres seguían siendo los mismos parientes de manera ascendente el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna; por otro lado, se crea la figura del consultor que designaba el padre en su testamento, para que emitieran su opinión respecto de las decisiones que tomaba la madre o la abuela en ejercicio de la patria potestad y si por alguna razón dejaban de oír el dictamen que emitía el consultor se les podía privar de toda autoridad y derecho que tuvieran sobre sus hijos o nietos, mediante un juicio en el cual intervenían las partes y el ministerio Público. También la patria potestad es renunciable en todo momento y una vez que se renuncia a ella no se puede recobrar, la situación es un poco diferente respecto de la madre y la abuela, ya que son privadas de este derecho si llegan a contraer nuevas nupcias, con la excepción de que pueden recuperar este derecho si llegaran a enviudar nuevamente. Además los descendientes no podían comparecer a juicio, ni tampoco contraer obligaciones, sin el consentimiento expreso del padre.

En cuanto a la facultad de corrección de los hijos solo se contemplaba la posibilidad de castigarlos de una manera más moderada y ya no se le permitía al padre arrestar a sus descendientes, y solo las autoridades podían intervenir auxiliando a los padres, conforme lo establecían los artículos 396 y 397 que se transcriben:

²⁸JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, *Evolución de la patria potestad en el derecho mexicano a partir del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 a la actualidad*, pág. 3.

“Artículo 396. El padre tiene la facultad de corregir y castigar á sus hijos templada y mesuradamente.”

“Artículo 397. Las autoridades auxiliarán á los padres en el ejercicio de esta facultad de una manera prudente y moderada, cuando sean requeridas para ello.”

Respecto a los bienes que los descendientes adquirirían, esta legislación contemplo dividirlos en cinco categorías, la primera que hacía referencia a los bienes donados por el padre y cuya propiedad eran del descendiente a si como la mitad de los frutos si no existía otra disposición y la administración era ejercida por el padre; la segunda a los donados por la madre o los abuelos que estuvieran en ejercicio de la patria potestad, la tercera los donados por parientes colaterales o personas extrañas, la cuarta categoría, los adquiridos por el don de la fortuna, en todas estas categorías la propiedad era de los descendientes al igual que la mitad de los usufructos y la administración estaba a cargo del padre, quien podía ceder esta facultad a sus descendiente así como la mitad que le correspondía del usufructo; y por último los que el descendiente adquiere, por el desempeño de un trabajo honesto, sea cual fuere; la propiedad, la administración así como el usufructo correspondían en su totalidad al descendiente.²⁹

Todas estas facultades eran exclusivas en primer lugar del padre, quien era el único que podía ejercer la patria potestad, ya que este código retrataba una familia en la cual el padre era el único encargado de guiarla y dirigirla, sin ayuda de la madre como se expresaba en la exposición de motivos relacionada con la patria potestad de este código, que a grandes rasgos establecía que legislaciones como El Código de las Partidas y los posteriores de España que seguían literalmente las leyes romanas, le quitaron a la madre la patria potestad que alguna vez le fue concedida por el Fuero Juzgo, se le culpo de cierta manera a la moral religiosa de ir dulcificando las costumbres, ya que comenzaba a darle ciertos derechos a la mujer bajo un principio de fraternidad,

²⁹LÓPEZ FAUGIER, Irene, op. cit., págs. 206 y 207.

labrando el camino para llegar a equipararla con el hombre, pero que no era necesario ya que la mujer era concebida moralmente como una diosa, pero sin derechos. Posteriormente establece que la mujer dentro de la vida doméstica posee tanta o más inteligencia que el hombre y como, en fin, el cuidado de los hijos es tanto más eficaz, cuanto más vivo es el sentimiento, no era posible negarle a una madre el ejercicio del más sagrado de los derechos, refiriéndose al ejercicio de la patria potestad, sin embargo dejaban claro los legisladores que como la administración de los bienes puede exigir una instrucción superior, se autoriza al padre para que pueda nombrar uno o más consultores, cuyo dictamen ha de oír la madre, cuando este faltare. Por último establecía tajantemente que cada padre era el jefe de su familia, otorgándole toda la autoridad y dejando en la misma situación a la mujer.”³⁰

Como se di luce en la exposición de motivos, se manifiesta una gran admiración por la figura que representa la mujer, pero sin reconocerle derechos o limitándolos de una manera muy cortés; pensamiento heredado desde los principios del tiempo en algunas culturas y legislándolo en algunos cuerpos legales como en la Ley sobre el Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859, que fue expedida en Veracruz, por el ilustre Benito Juárez, y que establecía en su artículo 15 los valores y cualidades que debía poseer tanto el hombre como la mujer para contraer matrimonio, y por lo cual me atrevo a transcribir un fragmento a continuación:

“Artículo 15. ...Que el hombre cuyos dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar, y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y, cuando por la sociedad, se le ha confiado. Que la mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido, obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y

³⁰JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, op. cit., pág. 4.

defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo...”³¹

Están eran en consecuencia las características que se debían tener para poder casarse y comenzar una nueva familia, que desde luego no se podía evitar de ninguna manera que esta familia de reciente creación fuera totalmente patriarcal, con una preferencia por la figura paterna y hasta otorgándole la oportunidad de restringir los derechos de la madre después de la muerte, imponiéndole uno o más consultores.

1.4.2 CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884.

En este código civil, no hay grandes cambios de los que observamos en el Código Civil de 1870, su antecesor, se continúa con las mismas tendencias de beneficiar al padre dándole más derechos sobre los hijos que la madre, el padre sigue detentando los mismos derechos de educación, administración y cuidado que le otorgaba el anterior código respecto de sus hijos, así como sigue teniendo la prioridad en el ejercicio de la patria potestad de sus descendientes.

En cuanto a las diferencias que hay con respecto del código de 1870, que son pocas, podemos distinguir que en el apartado destinado a los bienes que son de los hijos, se agrego una clase más aparte de las cinco ya existentes, que comprendía los bienes que el descendiente adquiriría por herencia o legado del padre, ubicando dicha clasificación en la fracción segunda del artículo 315 de este código.

También se reducen las causales por las cuales se podía suspender la patria potestad, el código de 1870 contemplaba dentro de su artículo 418 cuatro casos para la suspensión, de las cuales la segunda hipótesis fue la que se derogo, que hacía referencia a el primer caso del artículo 432 en cuanto a la administración de los bienes y que establecía que el menor era en demasía

³¹ *Ibidem*, pág. 3.

capaz de administrar sus bienes; quedando como supuestos de suspensión solo tres casos y ahora regulados por el artículo 391 de este código en primer lugar la incapacidad declarada judicialmente en los casos segundo y tercero previstos por el artículo 404, por la ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponía como pena la suspensión de la patria potestad.³²

1.4.3 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Esta ley es de gran importancia ya que fue la primera ley en regular las cuestiones familiares aparte de los códigos civiles, y no solo es importante por esta razón si no por que trae consigo cambios significativos en cuanto a las relaciones familiares e incorpora nuevas instituciones al Derecho de familia.

La ley de relaciones familiares al regular la patria potestad iguala por primera vez al padre y a la madre en el ejercicio de este derecho, y no solo impone un trato de igualdad si no que debe de ser en conjunto, que a opinión de Eduardo Pallares esta exigencia de que en el hogar existieran dos autoridades iguales solo traería una rivalidad. Y al igual que los anteriores códigos, cuando faltaren los padres, los abuelos son los que tienen el derecho de ejercer la patria potestad de manera conjunta, en primer lugar los abuelos paternos y a falta de estos los abuelos maternos, en todo caso los abuelos siempre pueden renunciar al ejercicio de la patria potestad, sin la posibilidad de recuperarla, además establece que también se detentara la patria potestad en la persona y bienes de los hijos adoptados, regula por primera vez la adopción, y se elimina la figura del consultor.

En esta ley se determina que ambos progenitores son los legítimos representantes de sus descendientes, pero solo permite que el padre o el abuelo ya sea paterno o materno cuando corresponda, sean los que administren los bienes de sus hijos o nietos cuando sea el caso, pero con la condicionante de que todo negocio sea consultado con su cónyuge y solo para

³²*Ibidem*, págs. 7 y 8.

los actos más importantes de la administración se requería de su consentimiento expreso; además no existía una clasificación de los bienes que podían ingresar en el patrimonio de los descendientes, solo establece que son propietarios de estos, así como de la mitad del usufructo, dejando la otra mitad para aquel a quien correspondiera la administración; por otro lado se permite la injerencia del juez cuando los bienes hubieran sido administrados de mala manera, se derrochara o sufriera pérdidas de consideración; a petición de la madre o la abuela, cuando quien administrara fuera el padre o el abuelo, así como del abuelo, cuando la madre administrara los bienes; también podían pedir la intervención del juez los hermanos mayores, el Ministerio Público o el mismo menor si había cumplido catorce años de edad, ya que se le consideraba apto para vigilar la administración de sus bienes.³³

Además solo se permite enajenar o gravar los bienes muebles así como los inmuebles, cuando sea por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad y con autorización previa del juez, que tenía el deber de verificar que el producto de la venta de dichos bienes se dedicara al objeto por el cual habían sido enajenados o gravados, así como establecer las medidas necesarias para el aseguramiento de los bienes del menor.³⁴

1.4.4 CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1928.

Para este código la patria potestad se ejercita en primer lugar por el padre y la madre de manera conjunta sobre los hijos del matrimonio, sin que ninguno de ellos tenga el derecho exclusivo sobre la patria potestad, pero si llegara a faltar alguno de los progenitores, le corresponderá su ejercicio al otro; por lo que respecta al caso de que faltaren ambos padres, quienes ejercían la patria potestad eran los abuelos paternos y por último los abuelos maternos. Cuando los hijos hubieran nacido fuera del matrimonio, pero los padres vivan

³³*Ibidem*, págs. 9-12.

³⁴LÓPEZ FAUGIER, Irene, op. cit. pág. 207.

juntos y reconozcan a estos, ambos ejercerán la patria potestad, y en el supuesto de que llegaran a separarse, seguirán ejerciendo la patria potestad, pero en caso de desacuerdo el juez resolverá tal situación tomando siempre en consideración, por primera vez, los intereses del hijo; respecto de los hijos adoptados, solo podían ejercer la patria potestad las personas que lo hayan adoptado, además este código establece que el ejercicio de la patria potestad es un derecho que tiene el carácter de irrenunciable, con la excepción de que pueden excusarse de ejercer este derecho aquellas personas que hayan cumplido los sesenta años de edad, así como cuando por su mal estado de salud no estén en las posibilidades de desempeñar de manera debida este derecho.

En cuanto a las características de la patria potestad referentes a la guarda y educación de los hijos, estas facultades debían de regirse por las modalidades que se emitían en las resoluciones dictadas conforme a La Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, además por lo que se refiere a la educación del o los menores, se considera como una obligación por parte de quienes ejercen la patria potestad, y en caso de que esta obligación no se cumpliera, en cuanto se enteraran Los Consejos Locales de Tutela estos lo harían del conocimiento al Ministerio Público para que promoviera lo conducente; así también los que ejercían la patria potestad tenían la facultad de corregir y castigar a los hijos mesuradamente, auxiliándose, de ser necesario de las autoridades, haciendo uso de amonestaciones y correctivos; por otra parte quienes ejercen la patria potestad tienen el deber de observar una buena conducta que sirva de ejemplo a aquellos que están bajo su potestad.

Los bienes de los descendientes se clasifican en dos, en primer lugar están los bienes que son adquiridos por su trabajo, cuya propiedad, administración y usufructo son ejercidos por el propio descendiente; y en segundo lugar se encuentran los bienes que adquiere por cualquier otro título,

la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen a él, y la mitad restante así como la administración le corresponden a la persona o personas que ejercen la patria potestad.

Por lo que hace a la administración de los bienes, en primer lugar este código establece que la representación y la administración de los bienes corresponden a quienes ejercen la patria potestad, pero un artículo más adelante se establece que cuando ambos progenitores estén ejerciendo este derecho, será el varón quien se encargue de la administración de los bienes de sus descendientes, pero al igual que la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917,³⁵ debe de consultar a su consorte y contar con su autorización expresa para los actos más importantes de la administración, por último se le limita a quien administre los bienes prohibiéndole enajenar o gravar los muebles o inmuebles preciosos salvo que exista causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa autorización del juez, quien verificara que el producto de la venta se dedique al objeto por el cual se enajeno o gravo, debiendo invertir el resto en la adquisición de un inmueble, se imponga con segura hipoteca a favor del menor o se deposite en una institución de crédito a favor de este, en todo caso el juez tomara las medidas necesarias para el aseguramiento de los bienes del menor.

³⁵LÓPEZ FAUGIER, Irene, op. cit., pág. 208.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL SOBRE LA PATERNIDAD.

Como primer punto de este capítulo estableceré una definición de lo que es la filiación, sus características, su clasificación y demás particularidades que sea importante hacer referencia para su mejor exposición, ya que de ésta institución surgen otras que son de nuestro interés como la paternidad y la maternidad, que también estudiare en este mismo apartado, proporcionando una definición de ambas instituciones, describiendo sus características, el modo en cual se establece cada vínculo y de la posibilidad de contradecirlo; enfocándome con más particularidad en el vínculo jurídico denominado paternidad, porque de este vínculo surge la institución que expondré más adelante para culminar este apartado, me refiero a la presunción de paternidad, y como primer punto comenzare determinando su naturaleza jurídica, después mencionare las diversas teorías que sostienen cual o cuales serian los fundamentos de su existencia, finalmente me referiré a los presupuestos que hacen factible la aplicación de esta presunción, presupuestos que sin los cuales no podría existir ésta, o que mermarían su eficacia o su alcance, ya que a pesar de los avances científicos de la medicina molecular que aportan diversos métodos por los cuales se puede determinar la filiación dentro de un juicio, la maternidad y principalmente la paternidad con un mínimo de error; sin embargo en la actualidad se siguen utilizando las presunciones que se basan en la máxima de los romanos "*pater is est*" por diversas legislaciones civiles y familiares, nacionales e internacionales, para imputar la paternidad en el matrimonio, como ahora también en el concubinato.

2.1 FILIACIÓN.

Para el estudio de esta institución, empezaré dando una definición de la filiación tomando en consideración el enfoque que tiene Irene López Faugier en cuanto a los distintos significados que puede tener la palabra, un significado atendiendo al origen de la palabra o etimológico, uno gramatical, uno desde el punto de vista biológico y un concepto jurídico, derivado de la doctrina y la ley.

Etimológicamente la palabra filiación viene de la acepción latina *filiufilii* que significa hijo,³⁶ o como lo establecen otros autores que dicha palabra deriva del vocablo latín *filatio-onis*, que pertenece a su vez a la raíz *filius*³⁷ que también significa hijo; y por la cual se identifica la relación entre los progenitores y sus descendientes.

En cuanto al concepto gramatical, y para tener una noción de lo que significa la filiación recurriremos a como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que se transcribe a continuación:

“Procedencia de los hijos respecto a los padres”³⁸

El diccionario conceptúa a la filiación, como esa relación que se genera entre ascendentes y descendentes, definición que cumple su función en cuanto a dar una idea a las personas que no son estudiosas del Derecho.

Biológicamente la fecundación así como la procreación, son hechos indudables de la naturaleza, Manuel Albaladejo establece que “para la Biología la filiación es el vínculo que liga a generantes y generados”,³⁹ con lo cual estoy de acuerdo, ya que todos como seres humanos que somos tenemos de forma indiscutible aportaciones genéticas de quien es nuestra madre, y que aporta el

³⁶GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, Ed. Porrúa, México, 2005, pág. 1.

³⁷LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., pág. 92.

³⁸Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, T. I, ed. 21°, Ed. Espasa Calpe S.A. Madrid, España, 2000, pág. 968.

³⁹Citado por LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., pág. 93.

óvulo; y de quien es nuestro padre, y que aporta un espermatozoide, para poder engendrar otro individuo, como lo señala Jorge Adolfo Mazzinghi al decir que “La filiación es la relación que se establece entre el hijo y las personas que han ocurrido con sus propios aportes genéticos a engendrar su vida”.⁴⁰

Hecho biológico que a consideración de López Del Carril no es regulado por el Derecho, pues el orden jurídico solo se limita a regular los efectos y las consecuencias producidas por la procreación.⁴¹ Opinión que no comparto ya que tanto la procreación como la fecundación, aunque no con un criterio uniformado de su importancia por algunas legislaciones, son reguladas por el Derecho.

La filiación biológica siempre va existir sin importar que se llegue a conocer o no a los padres, “Como hecho natural la filiación existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre. No así jurídicamente. El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación.”⁴²

En este mismo sentido la opinión del antes citado López Del Carril, que establece que “El vínculo biológico es eterno e ilimitado, rebasa al jurídico y responde a la verdad y autenticidad de una relación natural, en cambio el vínculo jurídico es calificador solamente, responde a la verdad jurídica que puede no ser la verdad real y que reposa fundamentalmente en presunciones y experimenta los cambios y modificaciones que sufre el concepto moral medio en una sociedad determinada en una época histórica también determinada”.⁴³ Si bien es cierto que el nexo biológico existente entre descendientes y ascendientes es perenne, también lo es que el Derecho como tal tiene el fin último de adecuar la realidad social a la realidad jurídica, y regularla para que

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 95.

⁴¹ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Derecho de Familia*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1984, págs. 414-418.

⁴² CICU, Antonio, Trad. por Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Tejeiro, *La filiación*, Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1930, p.16.

⁴³ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, op. cit., págs. 417 y 418.

dicha realidad, en este caso de índole biológica, surta efectos jurídicos, creando derechos y obligaciones entre aquellos que están dentro de dicho nexo; sin contar que ya el nexo que se expone no es solamente de carácter biológico, sino que el Derecho va más allá regulando otras hipótesis que se dan respecto de la filiación, como la adopción y el uso de métodos de reproducción asistida.

En cuanto a la definición doctrinal de la filiación en ocasiones es definida de manera general, restringida o distinguiendo los diferentes tipos de filiación que se encuentran regulados por el Derecho y contempladas en los diferentes códigos civiles, pero solo hare referencia a los que a mi parecer son de relevancia mencionar, ya que son varios los autores que tratan sobre este tema, que sería necesario crear todo un libro tan solo para transcribir sus valiosas opiniones y conceptos sobre la filiación.

Para De Pina, la filiación es equivalente a la “procedencia de los hijos respecto de sus padres. Significa, pues, una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física”⁴⁴. Definición de carácter general, que no contempla la filiación que se podría dar por causa de una ficción jurídica como lo es la adopción o los métodos de reproducción asistida.

Para Ernesto Gutiérrez y González, este hecho biológico solo tiene importancia jurídica, cuando el Derecho lo sanciona como tal y es por eso que establece que la, “Filiación es 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”.⁴⁵

Por otra parte Julián Güitrón Fuentesvilla, también da una definición amplia de lo que es la filiación, y por eso señala que la filiación: “Es el vínculo que se establece entre el padre y el hijo, entre éste y la madre. De ahí surge la

⁴⁴DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción-Personas-Familia*, V.I, 23° ed., Ed. Porrúa, México, 2004, pág. 349.

⁴⁵GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, Ed. Porrúa, México, 2004, págs. 414 y 415.

filiación consanguínea o adoptiva.”⁴⁶También señala que jurídicamente la filiación crea más deberes y obligaciones de los que deben de hacerse cargo y cumplir los progenitores, que los derechos que son otorgados respecto del descendiente a ellos; lo cual me parece que no debería de ser de importancia señalar, ya que al final de cuentas no es el hijo el que tiene en sus manos la decisión de nacer, si no sus padres, por lo cual considero justo que estos tengan que hacerse responsables de sus actos, asumiendo sus obligaciones como tal.

Otros autores dan una definición en sentido amplio, así como en sentido restringido, tal es el caso de Rafael Rojina Villegas que señala que el término filiación en el Derecho tiene dos connotaciones. “Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de ésta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc.”⁴⁷Definición que engloba a todos los miembros que tengan una relación sea descendente o ascendente entre sí, haciendo referencia tal vez al parentesco que un individuo tiene con respecto de un tronco común, como el caso del abuelo y el nieto, y no atendiendo a la filiación en sí.

Y una connotación estricta, que establece que la filiación es: “la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo”.⁴⁸ En este concepto como en otros que he ocupado se destaca la relación jurídica que establece el Derecho, entre ascendiente y descendiente, sin embargo se deja a un lado el concepto

⁴⁶GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana, ROIG CANAL, *Nuevo Derecho Familiar, en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. (correlacionado, comparado y comentado artículo 1° al 746 Bis)*, Ed. Porrúa, México, 2003, pág. 229.

⁴⁷ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*, T. II, 11° ed., Ed. Porrúa, México, 2006, pág. 629.

⁴⁸*Ídem.*

de paternidad y maternidad, englobándolos en la sola palabra de progenitor y que por supuesto tienen sus propias diferencias entre sí, pero que forman parte también de la filiación.

Hay autores que le dan una importancia superior al nexo biológico que al jurídico, como Raúl Chávez Castillo, y que establece que la filiación: “Es la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo. De donde se deriva un diverso tratamiento según se trate de hijos habidos en matrimonio o de hijos habidos fuera de él.”⁴⁹ Para este autor como lo mencione es de mayor relevancia el vínculo biológico que el jurídico, pero reconoce que existen formas distintas de establecer la filiación, y utiliza al matrimonio como ese elemento jurídico que forma la distinción entre hijos habidos o no dentro de esta institución.

Por último nos menciona Aníbal Guzmán Ávalos, que no existe duda de que la filiación es un hecho natural que es regulado por el ordenamiento jurídico que tiene como fin la protección del interés del hijo y la hija, y que para el Derecho se trata de algo más que una relación biológica, que en esencia es una relación jurídica entre dos personas, padre o madre e hijo o hija. Y que el Derecho eleva a categoría jurídica la relación que se crea con el nacimiento, ya que para que produzca efectos jurídicos dicha relación debe ser reconocida por el Derecho, por lo cual se deben de cumplir con ciertos presupuestos o requisitos.⁵⁰

Y tomando en consideración todos estos elementos, Aníbal Guzmán nos proporciona el siguiente concepto de filiación que me permito transcribir a continuación:

“En tal virtud se puede definir como la relación existente entre dos personas; una de las cuales generalmente desciende sobre la otra; es una

⁴⁹CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, *Derecho de Familia y Sucesorio. Curso de Derecho Civil IV*, Ed. Porrúa, México, 2009, pág. 75.

⁵⁰GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, op, cit., pág. 1.

relación que existe entre padre, madre e hijos; y se establece por los lazos de sangre o voluntad declarada, entre el hijo o hija y la madre y entre el hijo o hija y el padre, considerándose como la fuente principal de la familia. Comprende un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo o la hija y constituye también un estado jurídico, es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo; el *estatus filii* o condición de hijo o hija.”⁵¹

Después de plasmar todas estas definiciones que nos proporciona la doctrina, debemos de recurrir a la definición jurídica, que nos es otorgada por la ley, y en el caso del Distrito Federal dicha definición está plasmada en el Código Civil para el Distrito Federal, que establece en su artículo 338 lo siguiente:

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

Como se puede apreciar el Código Civil para el Distrito Federal regula ese nexo biológico que se da entre padre o madre e hijo, proveniente de la procreación, y en tal definición contempla también la hipótesis de aquellas personas que por el hecho de una ficción jurídica llegan a ser padre o madre por medio de la adopción, así como por el uso de métodos de reproducción asistida, por otra parte comparto la idea de Gutiérrez y González, referente a que el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo antes citado, establece como regla general que por el vínculo de la filiación se crea el núcleo social primario de la familia, circunstancia que de ninguna manera puede ser corroborado al cien por ciento, ya que como él dice, no por el hecho de que un hombre engendre ó por que haya una mujer que conciba a un descendiente ó exista un progenitor y un descendiente, necesariamente se formara una

⁵¹ *Ibidem*, pág. 2.

familia,⁵² y aunque algunos podrían decir que la concepción actual de la familia dista mucho de lo que se conceptuaba en el pasado, y que existen nuevas formas de crear la familia en la actualidad, y como el Código Civil cuando hace referencia a la familia no la define, o por lo menos no hace referencia a los miembros que deben de integrarla para poder considerarse como una familia, así que todas aquellas concepciones actuales de familia, mientras exista un vínculo de filiación encajan en la hipótesis del artículo 338, circunstancia que no es cierta, ya que en el caso del hijo de padre y madre desconocidos, existe un vínculo de filiación entre ellos, pero no constituyen una familia.

Definiremos a la filiación como la relación jurídica permanente que se crea entre padre ó madre e hijos, como resultado de un hecho biológico o por manifestación expresa de la voluntad de crear un vínculo de filiación, que implica la creación de derechos y obligaciones establecidos por la ley.

En cuanto a la naturaleza jurídica podemos establecer que la filiación es un hecho jurídico en estricto sentido pero también un acto jurídico. Hecho jurídico en sentido estricto en cuanto se refiere a la filiación matrimonial y extramatrimonial, ya que estas tienen su origen en la procreación, un hecho fisiológico que es resultado del comportamiento humano, y que a pesar de la voluntad de los progenitores, este hecho produce efectos jurídicos contemplados en la ley. Y acto jurídico cuando se trata de la adopción o se llega a utilizar algún método de reproducción asistida, en ambos casos existe una manifestación de la voluntad, sea esta de parte de una sola o más personas, para crear consecuencias de derecho, y que dicha manifestación de voluntad así como sus consecuencias jurídicas serán sancionadas por la ley.⁵³

⁵²GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, op. cit., págs. 412, 413 y 414.

⁵³LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., págs. 104 y 105.

La filiación cuenta con las siguientes características; en primer lugar constituye un estado de derecho, que a diferencia de la procreación, la concepción así como el embarazo y el nacimiento que son considerados hechos jurídicos, el estado de derecho consiste en crear múltiples consecuencias jurídicas que se ven reflejadas en derechos, obligaciones o sanciones que se renuevan continuamente, a partir de una situación permanente originada por la naturaleza o por el hombre, y mientras se mantenga tal situación, se continuaran produciendo las mismas consecuencias. En la filiación se encuentra esa situación de permanencia que regula el Derecho, que es originada por el hecho de la procreación, y que esa relación jurídica entre los progenitores y los hijos sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y obligaciones que permanezcan durante toda la vida, tanto de los progenitores como de los hijos, y que no va a desaparecer por cambios en los sujetos de esta relación.⁵⁴

También la filiación constituye un estado civil, ya que es uno de los atributos de la personalidad que tiene toda persona física, la cual ayuda a determinar la nacionalidad, a establecer facultades, deberes, incompatibilidades y prohibiciones en relación con los demás miembros de la familia, y como lo señala Ignacio Galindo Garfias “Es la filiación el presupuesto jurídico necesario, la *conditio sine qua non* para conocer la situación jurídica en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es también el elemento previo indispensable para determinar el estado civil o de la familia de esa persona.”⁵⁵

La filiación es considerada una institución jurídica, porque con base a una unidad de reglas sistematizadas de Derecho, que tienen como características la misma naturaleza y finalidad, establece un vínculo jurídico

⁵⁴ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia*, 39ª ed., Ed. Porrúa, México, 2008, págs. 460 y 461.

⁵⁵GARCÍA SIMERMAN, Josefina, *Derecho Familiar. Antología*, Ed. UNAM, Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, División Universidad Abierta, México, 1996, pág. 161.

entre padre o madre e hijos, de la cual se van a crear diversas relaciones jurídicas, resultado de la interacción con la comunidad que los rodea.

Es por eso que también como una característica de la filiación se le considera como fuente de relaciones jurídicas, tales como la creación de la patria potestad, el parentesco, los alimentos, la sucesión hereditaria y la nacionalidad.⁵⁶

Por otra parte la doctrina clasifica a la filiación en tres rubros: la matrimonial, la extramatrimonial y la adoptiva, a esta última considero que se le debe de agregar la filiación proveniente del uso de métodos de reproducción asistida, ya que a mi parecer tienen bases similares.

En primer lugar la filiación matrimonial, que es aquella que tiene su origen en el matrimonio, y que corresponde a los hijos de las personas que están unidas bajo esta institución, y por lo cual se debe de considerar los siguientes elementos dentro de la filiación matrimonial; la existencia de un matrimonio válido o putativo de los progenitores, el nacimiento del descendiente durante el matrimonio, el haber sido concebido por su madre y por su padre, es decir, por el marido de su madre y que el descendiente haya nacido de aquél padre y aquella madre.

La filiación extramatrimonial es considerada, como aquella en la cual los padres o ascendientes engendran a sus hijos o descendientes fuera de matrimonio, sin que exista entre los progenitores un vínculo matrimonial y que deriva principalmente del concubinato. De este tipo de filiación se considera que puede existir, ó una relación jurídica lícita que producía determinadas consecuencias, si los progenitores al no tener ningún impedimento, pudieron contraer nupcias, haciendo referencia al concubinato; ó una relación ilícita, que por causas de un impedimento, que tenga su origen en la existencia de un

⁵⁶LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., págs. 106 y 107.

matrimonio anterior respecto de alguno de ellos o de ambos, del parentesco, u otra causa igual de grave, por lo cual no puedan contraer matrimonio.⁵⁷

En cuanto a la filiación adoptiva así como la proveniente del uso de métodos de reproducción asistida, ambas provienen de la manifestación de la voluntad, sea esta de parte de una sola o más personas, para crear consecuencias de Derecho, y ambas relaciones filiales son creadas a partir de una ficción jurídica, claro está que con sus respectivas características cada una.

Por una parte la filiación que deriva de la adopción, en esencia es de carácter jurídico, ya que no cuenta con un elemento biológico, y que constituye el vínculo paternofilial o maternofilial entre dos personas a partir de la voluntad de una de ellas, vínculo que se establece después de haber cumplido con todos los requisitos para adoptar; y cuyo principal objetivo de este tipo de filiación, es la de brindar la posibilidad a las personas que se encuentran en la hipótesis de no poder engendrar descendencia, por diversas causas biológicas, lograr a instancia de la ley tenerla. Se trata de una filiación de equivalencia jurídica con la filiación biológica, pues la situación de los descendientes adoptivos se asimila a la de los descendientes biológicos que nacen dentro o fuera del matrimonio.⁵⁸

La filiación proveniente del uso de los métodos de reproducción asistida, también tiene como la adopción su origen en un acuerdo de voluntades entre quienes optan por el uso de este tipo de procedimientos para poder tener descendencia. Este acuerdo puede ser entre un hombre y una mujer como en el caso de la inseminación artificial homóloga y fecundación extrauterina homóloga en las cuales los aportes genéticos provienen de ambas personas; ó entre más personas dependiendo de las aportaciones genéticas extrañas de quienes hacen uso de estos métodos de reproducción, como la inseminación artificial heteróloga o tercería biológica y la fecundación extrauterina o

⁵⁷ *Ibidem*, págs. 123-125.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 157.

fecundación in vitro heteróloga en las cuales como se menciona existen aportaciones genéticas ajenas a las personas que utilizan estos métodos, verbigracia el aporte de un espermatozoide de un tercero, o de un óvulo por una tercera persona, o de ambos, espermatozoide y óvulo para crear un embrión que será implantado en el útero de la mujer que se sometió a ese método, ó en el útero de otra mujer.⁵⁹

Finalmente la filiación cualquiera que sea su origen, otorga al descendiente los mismos derechos, como lo establece el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 338 Bis “La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.”

Los derechos que establece la ley son los siguientes:

1.- A un apellido, el niño o la niña tienen el derecho de sustentar el apellido de su padre y de su madre, o ambos apellidos de aquella persona que lo reconozca. Aunque como dato histórico, en diciembre del dos mil diez, el diputado de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Juan Pablo Pérez Mejía presento una iniciativa de ley para brindar la posibilidad a los padres de decidir el orden de los apellidos, si primero el apellido de la mujer o del hombre.⁶⁰

2.- De alimentos, los hijos tiene el derecho de que sus padres les proporcionen alimentos mientras los necesiten, pero a falta de estos tienen la obligación de proporcionarlos los ascendientes y hasta los colaterales; y al igual que los hijos los padres también tienen el mismo derecho respecto de sus descendientes.

3.- Derechos sucesorios, a ser considerado heredero en el caso del juicio sucesorio a bienes del que fue su padre o madre y a recibir la proporción que establezca la ley.

⁵⁹ *Ibidem*, págs. 170-173

⁶⁰ ALDAZ, Phenélope y Geovana, ROYACELLI, *Proponen cambiar el orden de los apellidos*, El Universal, México, 3 de diciembre de 2010.

4.-De parentesco, la filiación produce un vínculo inicial de parentesco entre los padres y sus hijos, vínculo que se extiende a un amplio conjunto de relaciones jurídicas diversas, como los impedimentos para contraer matrimonio, revocación de las donaciones por superveniencia de hijos, la patria potestad, etcétera.⁶¹

2.2 PATERNIDAD.

En el punto anterior se estableció lo que era la filiación, definida como la “relación que existe entre el padre o la madre y su hijo”, de esta definición se puede deducir que tanto como la paternidad como la maternidad forman parte de la filiación indiscutiblemente.

Por lo tanto en lo que se refiere a la palabra paternidad, esta deriva del latín *paternites-atis* que hacía referencia a la condición de padre⁶² o también del latín *pater/patris*, que a su vez procede del griego *patér/patrós* y que significa padre, que en un principio no hacía referencia a la idea de paternidad, ya que existía una palabra más antigua para designar al padre, que era *ganitar* o *genitor*, y que se utilizaba para designar al engendrador, dicha palabra formaba parte de los idiomas de los griegos, romanos e indios.

Pero en Roma *pater*, como se expuso en el primer capítulo de este trabajo, no hacía referencia en un principio a quien engendraba a los hijos, sino se utilizó para denominar a las personas que no dependían de otro y ejercían autoridad y dominio sobre una familia, pero también podían ser *pater* las personas que no estaban casadas o no tenían descendencia, incluso lo podían ser personas que no tenían la edad para contraer matrimonio, además de que los poetas de ese tiempo se referían a la palabra *pater* con otra connotación en

⁶¹GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, op, cit., págs. 23-25.

⁶²CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, op, cit., pág. 75.

sus obras, utilizándola para honrar a alguien, por ello *pater*, no significaba paternidad sino traía consigo la idea de poder, autoridad y dignidad majestuosa; y cuya idea no se encontraba tan alejada de la realidad, ya que el *pater* detentaba un poder indiscutible sobre la familia.⁶³

Gramaticalmente paternidad significa, “Calidad de padre”, y a su vez padre quiere decir; “Varón o macho que ha engendrado”, “Varón o macho respecto de sus hijos”, “Cabeza de una descendencia, familia o pueblo”; según lo definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.⁶⁴

Biológicamente, la calidad de padre deviene del aporte que este hace a su descendiente, es decir del espermatozoide que fecundo el óvulo de quien es la madre de tal descendiente, ya que de una manera biológica normal todos somos, el origen de un padre y una madre.

Pero al igual que la forma en que se determina la paternidad jurídicamente, por medio de las presunciones, partiendo de una maternidad cierta; la determinación biológica de la paternidad también se establece con fundamento en una maternidad cierta, ya que la maternidad, por razón del parto, antecede a la paternidad que se origina de la relación que hay entre madre y descendiente.⁶⁵

Jurídicamente la paternidad está contemplada dentro de la institución de la filiación, aunque algunos autores manifiestan que ambos términos filiación y paternidad podrían ser sinónimos, o por el contrario, se trata de cuestiones que tienen su propia esencia distintas entre sí. A lo cual Puig Peña señala que no se trata de una cuestión de palabras y concluye que “se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, pues la una supone y lleva consigo la otra, ya que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin su padre. Son, pues, dos términos jurídicos de una misma relación. Los dos nombres de las

⁶³LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., págs. 196 y 197.

⁶⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, op. cit., págs. 1499 y 1547.

⁶⁵LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., pág. 198.

puntas del eje paternofilial; en una están los padres y, por ello se llama *paternidad*, y en la otra están los hijos y, por ello, se llama *filiación*.”⁶⁶ Es cierto que como tal la institución de la filiación lleva implícitas las figuras de la paternidad y la maternidad, pero cada figura tiene distintas formas de ser tratado.

El Código Civil para el Distrito Federal no define que se debe de entender por paternidad, la única entidad de la República Mexicana que define la paternidad es el la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, que establece en su artículo 163 que, “La relación entre el padre e hijo se llama paternidad...”

Entonces podemos definir que la paternidad es la relación jurídica permanente que se crea entre padre e hijos, como resultado de un hecho biológico o por manifestación expresa de la voluntad de crear un vínculo de filiación.

En cuanto a la imputación de la paternidad, se presenta un problema que no se presenta como con la de la madre, ya que a diferencia de la maternidad, la cual es un hecho notorio y susceptible de prueba directa, la paternidad en cambio se decía, que era imposible de probar de forma directa la vinculación biológica de los hijos con el padre, dadas sus características y en donde resalta el misterio que la rodea y así como su dificultad de prueba, y por esta razón es que los romanos impusieron una determinación jurídica presunta, reflejada en una máxima que llega hasta nuestros días, “*pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*” y que quiere decir “padre es quien demuestra las justas nupcias”.⁶⁷

En nuestra legislación la paternidad es el resultado de un sistema de presunciones que en un principio estaba vinculado a la institución del matrimonio, porque se establecía que los hijos que procreaba la madre eran

⁶⁶DE PINA, Rafael, op. cit., pág. 350.

⁶⁷DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, T.II, Ed. Civitas S. A., Madrid, 1988, pág. 461.

engendrados por su esposo, y por lo tanto este era el padre; pero ya no solo estas presunciones atañen a la figura del matrimonio, ya que en nuestra legislación local y un tanto más en el mismo sentido de otras legislaciones del territorio, estas presunciones también aplican para determinar la paternidad de los hijos habidos en concubinato, en cuanto a la filiación paterna que se genera por conducto de una ficción jurídica como la adopción no existe mayor inconveniente.

Por un lado como se menciona tenemos la imputación de paternidad que se hace a través de la institución del matrimonio, por medio del establecimiento de presunciones contenidas en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal y que determina lo siguiente:

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

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

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

Dentro de estas presunciones que se mencionan en este artículo, existen presupuestos que sin los cuales no se podrían aplicar dichas presunciones y de los cuales me ocupare de su estudio en un punto más adelante.

En cuanto al establecimiento de la filiación paterna en el concubinato, en un principio no estaba regulada, porque desde Roma al concubinato se le consideraba como una relación inferior al matrimonio, pero que era estable y duradera y que no era deshonrosa, pero con la influencia que después tuvo la iglesia se le considero como un estado de vida pecaminoso e ilícito, hasta que el Código Civil de 1928 la reconoció como una forma peculiar de formar la familia y como tal le reconoció derechos y obligaciones equiparándola al matrimonio, por lo cual también le fueron establecidas las presunciones que

regulaban al matrimonio para determinar la paternidad de los descendientes habidos dentro del concubinato.⁶⁸

Dicha presunción para determinar la paternidad en el concubinato, son las mismas para determinarla dentro del matrimonio, y que esta establecida en el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 383.

“Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos dentro del concubinato; y

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

Y aunque se trate de presunciones iguales para determinar la paternidad, no es posible en la práctica demostrar tal vínculo de la misma manera, porque lo que se refiere al matrimonio, se puede demostrar tanto su inicio como la conclusión de éste por medio de las actas del Registro Civil, situación distinta que no sucede con el concubinato ya que no se puede probar de manera directa el inicio, terminación o la existencia de este.⁶⁹

Pero dado el hecho de que el concubinato existe en nuestro Derecho, como una forma de establecer la familia en la sociedad, las autoridades comienzan a establecer mecanismos por los cuales pretenden reconocer formalmente su existencia, al expedir documentos en los cuales consta este tipo de relación; la cual se denomina constancia de concubinato, y que para ser expedida se deben de reunir diversos requisitos, de no muy difícil cumplimiento.⁷⁰

Por otro lado la ley permite en limitadas ocasiones contradecir o refutar la paternidad, mediante acciones de impugnación de estado, que tienen por objeto modificar, excluir o extinguir; los presupuestos para determinar la relación

⁶⁸LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., págs. 219 y 220.

⁶⁹*Ibidem*, págs. 227 y 228.

⁷⁰Delegación Miguel Hidalgo.

paternofilial, porque se trate de una relación que no concuerda con la realidad biológica. Como lo señala Colín Ambrosio, “Mediante estas acciones, se pretende establecer que un descendiente no tiene derecho al estado de filiación que en apariencia posee”⁷¹

Estas acciones de impugnación de paternidad son las siguientes:

- Acción de negación de la paternidad legítima o de impugnación de la legitimidad, por medio de la cual se pretenden destruir las presunciones legales de paternidad que se establecen en nuestro Derecho, y cuyo fin es contradecir que el descendiente fue concebido durante el matrimonio, y solo se trata de negar la legitimidad del descendiente, pero no de excluir que como marido de la madre, es el padre natural del mismo. Dicha acción no tiene relevancia ahora en nuestra legislación vigente, y solo es un dato histórico de cuando todavía se regulaba la legitimación en nuestro Derecho, toda vez que la paternidad aceptada no puede ser controvertida.

- Acción de desconocimiento de la paternidad ó de denegación de la paternidad, esta acción tiende a excluir que la paternidad sea atribuida al marido de la madre del descendiente, y de forma indirecta su legitimidad. Y solo puede ser invocada por el marido en las situaciones que marca la ley, ya sea cuando ha 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; en caso de adulterio de la cónyuge, cuando el nacimiento se le ha ocultado, así como cuando demuestre que durante los diez primeros meses que procedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. Se reitera que si el marido reconoció al hijo, no lo puede desconocer ni por las razones señaladas.

- Acción para impugnar el reconocimiento, a través de la cual se pretende como dice Eduardo Zannoni, atacar el contenido del acta del Registro Civil, en la cual se declaró la paternidad o maternidad de un individuo, es decir,

⁷¹Citado por LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., págs. 229.

controvierte el presupuesto biológico implicado en la misma; el nexo biológico determinado por la procreación entre quien reconoce y es reconocido.⁷² Esta acción corresponde a quien se dice el padre, para demostrar en juicio que él es el padre legítimo, por lo que controvierte la paternidad del que la tiene.

- Acción para impugnar la legitimación, que hacía referencia a la acción que se usaba para desvirtuar el vínculo biológico, mediante la actualización de circunstancias que excluyan la paternidad, ya que si se deja sin efecto el reconocimiento de la paternidad biológica, como consecuencia se dejara sin efectos cualquier estado de filiación. Esta acción no se ejerce, ya que la institución de la legitimación esta derogada en nuestro código civil vigente.

No solo la legislación civil permite ejercer acciones de impugnación de estado, también considera que se pueden llevar a cabo acciones de reclamación de estado, que tienen como objetivo establecer la filiación del descendiente, sea matrimonial o extramatrimonial.

Para terminar con este punto, también permite la legislación civil la investigación de la paternidad, a la cual tienen derecho los descendientes que fueron procreados fuera del matrimonio. La cual ejercerán acudiendo a los tribunales correspondientes y aportando las pruebas que sean necesarias para comprobar su filiación paterna, con el fin de que tales tribunales mediante sentencia declaren ésta, y como consecuencia lógica se obligue al padre demandado a que cumpla con las obligaciones y derechos que trae consigo la relación paternofilial.

⁷² ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil, Derecho de Familia*, T. II, 2° ed., 2° reimpresión, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, pág. 446.

2.3 MATERNIDAD.

El significado de la palabra madre proviene del latín “*mater/matris*”, que deriva del griego “*matér/matrós*”, y que significa madre. Como con la palabra *pater*, en Roma *mater* no tenía la connotación de maternidad, y solo hacía referencia a las deidades de la época y por lo cual sirvió para designar a todas las mujeres que vivían honestamente y conforme a las buenas costumbres, fuera soltera, casada o viuda.

Después también se le denominó como *materfamilias* a la esposa del *paterfamilias*, y solo como un indicativo de ser considerada como su cónyuge, ya que como se sabe a la mujer no se le reconocían derechos y estaba supeditada a la autoridad del *paterfamilias*. Por lo cual se decía que “La mujer, durante su infancia, depende de su padre; durante su juventud, de su marido; muerto el marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los parientes próximos de su marido, pues una mujer nunca debe de gobernarse a su guisa”⁷³

Gramaticalmente maternidad tiene el siguiente significado de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua:

“Estado o cualidad de madre”, y madre significa a su vez “Hembra que ha parido”, “Hembra respecto de su hijo o hijos”, “Mujer casada o viuda, cabeza de su caza”.⁷⁴ Lo cual solo nos da una idea general de lo que es la maternidad.

La maternidad tanto biológica como jurídicamente, se produce antes que la relación filial de la paternidad, también se le considera un vínculo dogmático, ya que la maternidad es un principio innegable en toda relación de filiación, que no solo se basa en la certeza del hecho del embarazo y el parto, sino también en la relación espiritual, emotiva y biológica entre madre y descendiente, que se genera durante el mismo embarazo y posteriormente en la lactancia, y que

⁷³Citado por LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., págs. 276 y 277.

⁷⁴Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, op. cit., págs. 1288 y 1337.

dicha relación entre ambos continua durante los primeros años de cuidados maternos.⁷⁵

Jurídicamente la maternidad está incluida en la filiación así como la paternidad, y la doctrina establece que la maternidad es el estado civil de la madre respecto de los descendientes que ha dado a luz, o ha incorporado a su familia por un acto de voluntad. En el Código Civil para el Distrito Federal no se define la maternidad, caso contrario de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo que en su artículo 163 establece que:

“La relación entre padre e hijo se llama paternidad; y entre madre e hijo, maternidad”

Ahora podemos definir que la maternidad es la relación jurídica permanente que se crea entre la madre y los hijos, como resultado de un hecho biológico o por manifestación expresa de la voluntad de crear un vínculo de filiación.

En cuanto a la imputación de la maternidad, esta puede ser matrimonial o extramatrimonial, y ambas comparten el hecho que establece la máxima romana de “*mater semper certa est*”. Así la maternidad se basa en dos hechos que son susceptibles de prueba directa; como lo son, en primer lugar el hecho del parto de la madre y en segundo la identidad del descendiente, es decir, la determinación de que el hijo es realmente el que la mujer dio a luz; además se trata de acontecimientos que son del conocimiento público, y que en muchas ocasiones el nacimiento de un hijo es motivo de alegría y no un hecho que se deba ocultar.

El parto es el primer elemento que se debe probar para hacer una imputación de maternidad, hecho que no es difícil de comprobar, ya que antes del nacimiento le precede un largo tiempo que se refiere al embarazo, y que por

⁷⁵LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., págs. 277 y 278.

sus características es difícil disimular, además de que intervienen otras personas y de que deja huellas en la propia mujer.⁷⁶ Por consecuencia el parto se prueba con el certificado que es expedido por el médico que atendió tal; ya que en este documento consta el hecho biológico del nacimiento al igual que otros datos como el sexo del nacido, su peso, el tamaño, la hora y el lugar donde ocurrió tal acontecimiento. El Código Civil para el Distrito Federal hace referencia a este certificado de nacimiento en su artículo 54 que dispone lo siguiente;

“Las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquel hubiera nacido, acompañando el certificado de nacimiento. El certificado de nacimiento deberá ser suscrito por médico autorizado para el ejercicio de su profesión, o persona que haya asistido el parto, en el formato expedido para tal efecto por la Secretaria de Salud del Distrito Federal, el cual contendrá los datos que establezca el Reglamento del Registro Civil. Dicho certificado hace prueba del día, hora y lugar del nacimiento, sexo del nacido y de la maternidad.”

El segundo elemento que se debe probar es la identidad del descendiente, que tampoco representa dificultad alguna de probar, ya que puede probarse por varios medios, en primera por el acta de nacimiento, que es la prueba idónea y más frecuente para demostrar la maternidad, porque recoge los datos aportados por el certificado de nacimiento, empero no por presentar el acta de nacimiento quiere significar que quien la ostenta sea quien fue registrado por esa acta, porque existe la posibilidad de que no haya identidad entre quien ostenta el acta y quien verdaderamente fue registrado en ella; pero para las autoridades administrativas y judiciales es suficiente la exhibición del acta de nacimiento para probar la maternidad. Y en los casos que existan duda sobre la identidad de los descendientes, la prueba sobre la filiación materna que consta en el acta de nacimiento del hijo, ésta se deberá complementar con la posesión de estado de hijo, y que debe de reunir las características siguientes:

⁷⁶GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, op, cit., pág. 57.

El *nomen*, que al hijo se le permita usar constantemente el apellido o apellidos de la supuesta madre contando con el consentimiento de ésta; el *tractatus*, que sea tratado como hijo por la supuesta madre, proporcionándole los medios suficientes para subsistir; y la *fama*, que haya sido reconocido como descendiente públicamente por la familia de la supuesta madre.⁷⁷

La ley permite en limitadas circunstancias a la madre combatir el vínculo de la maternidad a través de la acción de impugnación de estado y que tiene por objeto modificar, excluir o extinguir los presupuestos para determinar la relación maternofilial, porque no concuerde con la realidad biológica, y con la cual se pretende establecer que un hijo no tiene derecho al estado filial que ostenta. Esta impugnación versara sobre los puntos que constituyan las pruebas de la maternidad, que son el parto y la identidad.

En lo que se refiere al parto, este puede tratarse de una suposición de parto, en el supuesto de que a pesar de contar con el acta de nacimiento respectiva, no haya existido el parto, y que los datos del certificado médico sean falsos, así como los testimonios para obtener el acta de nacimiento ante el oficial del Registro Civil.

En cuanto al supuesto de impugnación por sustitución del descendiente, solo se permite cuando aun existiendo el parto y el acta de nacimiento respectiva, esta es ostentada por quien no es el hijo al que se dio a luz, si no otro; esta circunstancia puede actualizarse a razón de las siguientes hipótesis; cuando por un error de parte de las personas que intervinieron en el parto, como las enfermeras o el médico, se le haga entrega a la madre de un hijo que no es el suyo y ésta lo registre erróneamente ante el oficial del Registro Civil; y cuando deliberadamente al nacer el descendiente muerto, sea sustituido por

⁷⁷LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., pág. 280.

otra criatura, a quien se le registra ante el Oficial del Registro Civil, como descendiente propio.⁷⁸

Y a lo que se refiere a la investigación de la maternidad, esta es permitida solo a los descendientes habidos fuera de matrimonio, quienes deben de aportar las pruebas necesarias de su filiación materna, para que por conducto de la autoridad correspondiente sea declarada ésta, y se obligue a la madre demandada a cumplir sus deberes y obligaciones que resultaren de dicha relación filial. Tal derecho se establece en el artículo 385 del Código Civil para el Distrito Federal.

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

2.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.

Respecto a la naturaleza jurídica de la presunción de paternidad, dependía en un principio de la legislación del país que se tratara, y a causa de esto, a lo largo de la historia del Derecho se crearon diversas posiciones acerca de la naturaleza jurídica de esta presunción, de las cuales se pueden citar las siguientes:

- Aquellas que establecen que la presunción de paternidad como una simple presunción, como regla de prueba.
- Las que consideran que la presunción de paternidad tiene una naturaleza jurídico-sustantiva, una regla de fondo.
- Los que sostienen una postura intermedia o de doble naturaleza, tanto procesal como sustantiva, que podría ser superpuesta para algunos, o alternativa para otros, dependiendo del punto de vista.
- Para quienes la presunción de paternidad tiene la función de integrar el acta de nacimiento, para que esta tenga el título de estado.

⁷⁸ZANNONI, Eduardo A., op. cit., pág. 439.

- Para quien es de naturaleza como una presunción-regla de derecho material.⁷⁹

Expondré brevemente a que se referían estos supuestos, e inmediatamente después expondré lo que la doctrina actual ostenta respecto de la naturaleza jurídica de la presunción de paternidad.

En primer lugar están quienes establecían que la presunción de paternidad tenía la naturaleza jurídica de una regla de prueba, ya que ante la imposibilidad de probar la paternidad de una forma directa, se pensaba que el legislador establecía la presunción de paternidad como un medio de prueba por el cual se pretendía probar la relación paternofilial, por lo cual esta presunción adquiría un carácter probatorio, y como en todo medio de prueba se genera un indicio, y como tal la presunción de paternidad genera también un indicio, se le asignaba tal carácter de regla de prueba. Se trata de una idea ya sobrepasada, pero que a mi consideración solo se le daba tal calidad jurídica en razón de una confusión, respecto de lo que era el indicio y la presunción.

En segundo lugar, los que consideran que es una regla de fondo, y rechazan que sea su naturaleza la de una regla de prueba; y exponen que se trata de una regla de fondo, imperativa, de naturaleza jurídico sustantiva, porque si bien se trata de una presunción basada en la idea de la probabilidad, que de un hecho conocido permite inducir un hecho desconocido, elementos intelectuales y constructivos que podemos observar en todas las presunciones; como regla de fondo, actúa sin que las partes tengan la necesidad de invocarla, su aplicación es automática, aun en contra de la voluntad del hijo, que no tiene la posibilidad de contradecir la filiación que la ley le determina. Al final establece que la presunción como regla de fondo es una consecuencia que deriva de las obligaciones y deberes que se deben quienes están vinculados por la institución del matrimonio.⁸⁰

⁷⁹RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., pág. 298.

⁸⁰Citado por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., págs. 301-305.

Por otra parte hay quienes consideran que la naturaleza de la presunción de paternidad no se debe de clasificar tajantemente como un regla de prueba o como una regla de fondo, ya que al final se complementan y depende del punto de vista del que se observe, es así como se establecía, que como regla de prueba, no era otra cosa que la consagración por la ley de hechos que resultaban verdaderos a consecuencia de las propias reglas del matrimonio, de cohabitación y fidelidad; en cuanto a que es una regla de fondo, su fundamento se encontraba en el hecho de que era una regla de organización de la familia fundada en el matrimonio.

En cuanto hace a quienes consideran a la presunción de paternidad solo como un elemento integrador del acta de nacimiento, exponía Cicu que el acta de nacimiento por su importancia para la sociedad, y por medio de la cual toda persona acredita su situación civil; y que en principio solo recoge como tal quien es la madre y quien es el hijo ya que por su naturaleza son hechos que por su naturaleza se pueden probar fácilmente, así como también el hecho del matrimonio, pero que para establecer el hecho de la concepción dentro del matrimonio así como la paternidad, no se cuenta con la posibilidad de una prueba directa, por lo tanto la ley dispone de las presunciones de paternidad para finalmente integrar el acta de nacimiento y ésta adquiera el valor de título de estado de hijo. Para este autor la presunción de paternidad solo ayuda a completar los elementos integrantes del acta de nacimiento, y en esencia solo actúa la presunción como prueba para establecer quién debe de ostentarse en la calidad de padre.⁸¹

Finalmente la postura que establece Rivero Hernández, que considera que la presunción de paternidad como presunción legal, tiene tanto, una naturaleza en sentido material como en sentido formal; pues establece que la

⁸¹RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., págs. 312-315.

norma que decreta la paternidad del marido de la madre, presunción legal por reunir los requisitos que la definen como tal, y producir efectos jurídicos fuera y antes de actuar en el proceso, sin necesidad de que esa regla sea invocada ante los tribunales. Si formalmente la regla *pater is est* es una presunción legal, tampoco puede desconocerse su proximidad, su parentesco con el Derecho procesal; pero en un sentido más profundo, en cuanto a su contenido, por su operatividad, por su alcance, se considera regla de fondo, una norma e institución sustantiva, de Derecho material. Ubicada entre el límite del Derecho procesal y Derecho material, y la dificultad de colocarla en alguno de estos, deriva del propio problema que sugiere separar ambas ramas del Derecho.⁸²

Por otra parte la doctrina moderna considera que la presunción de paternidad tiene la naturaleza de una presunción de carácter *iuris tantum*. Por lo tanto debemos en un principio definir qué se debe de entender por el término presunción, para no confundirla con otro término que conlleva similar sentido como lo es el indicio.

El indicio puede ser anterior, contemporáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga; el indicio es la indicación y no un medio de prueba, por ello no debe de hablarse de la prueba de indicios, sino del valor indiciario que cada prueba arroja.

El indicio es el hecho conocido, del cual se obtiene, mediante una operación lógica crítica, un argumento probatorio que permite concluir de aquél, otro hecho conocido pero no probado.⁸³

En cambio la presunción surge necesariamente del hecho impreso en la prueba o medio probatorio.⁸⁴ Es un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados (que suministran

⁸²GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, op. cit., págs. 39 y 40.

⁸³GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, op. cit., pág. 422.

⁸⁴GONZÁLEZ, Raúl y Campos, SALAS, *La presunción en la valoración de las pruebas*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, TSJDF. México, 2003, págs. 148 y 149.

los peritos), que le sirven al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de otra prueba cualquiera.

Por otra parte la presunción surge necesariamente, después de que el hecho investigado ha ocurrido y de que se haya producido la prueba con la cual se pretende verificarlo, también la presunción judicial es consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla, por lo que no es prueba, ni objeto de prueba, es argumentación de la prueba.

Finalmente la ley nos brinda una definición de lo que debe de entenderse por presunción en su artículo 379 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que establece lo siguiente:

“Artículo 379.- Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana.”

Por consiguiente como menciona Alejandro Torres Estrada “las presunciones pueden ser legales o humanas; las legales, a su vez, pueden ser de pleno derecho o absolutas *–iuris et de iure–* o relativas, que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*).”⁸⁵ Y establece más adelante que las presunciones legales absolutas son reglas de valoración tasada, no admiten prueba en contrario y el juzgador sólo debe de aplicarlas; las presunciones legales relativas admiten prueba en contrario, por lo que opera la inversión de la carga de la prueba, y las presunciones humanas, indudablemente, por ser juicios de valoración de actos humanos que aplica el juzgador para inclinar su ánimo al resolver el litigio, constituyen un medio de convicción.⁸⁶

En otras palabras, la presunción es el juicio que se forma el juez, apoyándose en un razonamiento inductivo o deductivo, para afirmar la existencia de hechos desconocidos fundándose en los conocidos, así la presunción de paternidad parte del hecho conocido, de la concepción o

⁸⁵TORRES ESTRADA, Alejandro, *El Proceso Ordinario Civil*, 3ª reimpresión, Ed. Oxford, México, 2006, págs.145 y 146.

⁸⁶*Ibidem*, pág. 146.

nacimiento dentro del matrimonio o dentro de un determinado plazo posterior a su disolución, y establece la presunción de que el marido es el padre.

En consecuencia de todo lo establecido con anterioridad, la presunción de paternidad es una presunción de naturaleza *iuris tantum* por admitir prueba en contrario, que desvirtúa la presunción, por medio de la comprobación de los hechos específicamente contemplados por la ley para ello.

2.5 TEORÍAS SOBRE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.

En este punto me referiré a las teorías que tratan de fundamentar la existencia de la presunción de paternidad, sobre qué bases descansa tal presunción dentro de determinado ordenamiento jurídico.

Atenderé a la clasificación que de estas teorías hace Rivero Hernández, y que las clasifica de la siguiente manera:

- Teoría “dominical” o por derecho de accesión
- Teorías sociológicas
- Teoría voluntarista, de *Colin*
- Teoría formalista, de *Cicu*
- Teorías basadas en el matrimonio, deberes matrimoniales y comunidad de vida.

La Teoría por accesión, propone que la atribución que se hace del hijo con respecto del marido de la madre, es a través del derecho que ostenta el marido sobre su esposa, de la cual el hijo es visto como un “fruto” o algo accesorio. El hijo le pertenece al marido por derecho de accesión; porque le pertenece la madre, le pertenece el hijo.⁸⁷Idea por supuesto superada totalmente, ya que esta solo estaba fundada en una idea de carácter machista que regia en aquella época, y que en la actualidad con los avances en derecho

⁸⁷RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., págs. 206-210.

sobre igualdad de género y sus correlativos, tal teoría no tendría valor alguno, solo histórico y anecdótico.

Por su parte las teorías sociológicas, establecen que la presunción de paternidad que dicta el Derecho, están para hacer la vida social posible y segura, para reforzar la solidez de la familia, que a su vez ayuda a la solidez de la sociedad, sin importar que a veces se sacrifique la verdad individual para alcanzar la seguridad social, es decir que no importa incluso que la paternidad no corresponda ni a la verdad ni a la voluntad del marido.⁸⁸ No se puede solo fundar la presunción de paternidad a las cuestiones sociales, pero como esta teoría en la época que fue concebida predominaba los ideales de la sociedad sobre los del ser individual se comprende su fin; fin que ya no va de acuerdo a la realidad que sostiene la sociedad hoy día, que gracias a los avances de la ciencia, a las prerrogativas que la ley otorga en cuanto a derecho de los menores y al cambio en la precepción del concepto de familia; ahora la sociedad prepondera la búsqueda de la verdad, de lo justo y de lo injusto, de la seguridad jurídica del menor.

La Teoría voluntarista de Colin, explica que la presunción de paternidad como tal no es sino un reconocimiento anticipado; ya que la paternidad es un hecho de imposible comprobación, por ello, solo puede resultar legalmente de un reconocimiento, de un acto de la voluntad del padre, y tal acto de voluntad se verifica con el acto de contraer matrimonio, ya que al aceptar el matrimonio acepta también anticipadamente la paternidad de los hijos que nazcan de su mujer.⁸⁹ Teoría también sobrepasada por nuestra legislación actual, por que como tal esta teoría no puede ser aplicada a los presupuestos que sostienen a la presunción de paternidad referente al concubinato, por no existir todavía documento alguno por el cual se acredite de manera irrefutable la relación de concubinato, como en el matrimonio; además hoy día se puede comprobar en juicio con un margen de error mínimo la paternidad.

⁸⁸ *Ibidem*, págs. 225-229.

⁸⁹ *Ibidem*, págs. 230, 235 y 236.

En cuanto a la teoría formalista de Cicu, ésta sostenía que la presunción de paternidad tenía su base en el acta de nacimiento del hijo, que ésta presunción solo es factible y adquiere valor jurídico, cuando en el acta de nacimiento se establezca que el hijo nacido es de mujer casada, también establecía que como la concepción en matrimonio y la paternidad del marido no pueden ser acreditados de forma fehaciente, la ley suple esta deficiencia con dos presunciones, la de concepción en matrimonio y la de paternidad, y éstas a su vez tienen la finalidad de integrar al acta de nacimiento, pero con la salvedad de que solo se permite para el caso de que la mujer sea casada.⁹⁰ De esta teoría podemos rescatar que como tal reconoce que existe una presunción de concepción que ayuda a determinar la paternidad de los hijos nacidos en matrimonio, presunción de concepción que no uniformemente contempla nuestra actual legislación civil, y que además se hace extensiva a los hijos nacidos en concubinato.

Por último, las teorías que encuentran el fundamento de la presunción en el matrimonio, los deberes matrimoniales y la comunidad de vida, son las siguientes:

La primera se basa en el deber de fidelidad que la esposa debe al marido, como principal obligación que se deriva del matrimonio, y en la presunción de inocencia que goza la esposa en caso de adulterio, esta teoría fue adoptada por el Código de Napoleón, que a su vez influenció nuestro código civil.

La segunda teoría justifica la presunción de paternidad como una consecuencia que se deriva de las relaciones sexuales entre los cónyuges, que son de carácter exclusivas y excluyentes. Así esta expone que “la comunidad de vida que el matrimonio supone, y las obligaciones morales y jurídicas que lleva consigo, permiten presumir que los cónyuges consumaron el matrimonio y continuaron cohabitando y cumpliendo con tales deberes, y que la esposa ha

⁹⁰ *Ibidem*, págs. 237-253.

guardado fielmente la fe jurada; de lo cual deducen, como consecuencia, la paternidad del marido”.⁹¹

Fundamentos que como podemos observar recoge de alguna manera nuestro Código Civil, claro está con algunos matices propios de nuestro Derecho, a causa también de los cambios que ha sufrido la sociedad.

En cuanto a la tercera teoría, está basada en la autoridad y la vigilancia que el marido ejerce sobre la mujer y su casa, como consecuencia del matrimonio y apoyándose también en los presupuestos que ostenta la anterior teoría, en las obligaciones de cohabitación y de fidelidad, y principalmente que si el marido no puede demostrar que no tuvo relaciones sexuales con su esposa en los primeros ciento veinte días del embarazo, su falta de vigilancia sobre la mujer, le obliga a soportar los hijos que no son suyos.⁹² Esta idea no puede ser aplicada ya en nuestro tiempo, ya que si dos personas que deciden contraer matrimonio, lo hacen porque quieren realizar una vida en común, con derechos y obligaciones recíprocos entre ambos (o eso es lo ideal), y no precisamente para que alguno de los dos cónyuges tenga poder sobre el otro, como en épocas pasadas; además como se explica, resultaría incluso ofensivo hoy día para la mujer, porque nuestra sociedad impone que todos seamos tratados de manera igual.

Así mismo Lanfranchi, inspirado en estas teorías, al final sostiene que la presunción de paternidad tiene como base o fundamento, la cohabitación entre los esposos, la fidelidad de la mujer y el nacimiento en el *tempus legitimum* o plazo legal de gestación;⁹³ criterio que desde mi punto de vista recoge nuestra legislación civil y que en parte sigue vigente en la actualidad, con algunos cambios o puntos de vista diferentes que me permitiré explicar en el último capítulo de esta investigación.

⁹¹ *Ibidem*, págs. 214 y 215.

⁹² *Ibidem*, págs. 223-225.

⁹³ *Ídem*.

2.6 PRESUPUESTOS SOBRE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.

Finalmente en este último apartado del segundo capítulo hare referencia a los presupuestos que son exigidos por la ley para que opere la presunción de paternidad, que como menciona Aníbal Guzmán son presupuestos “que a simple vista parecen ser sencillos y fácilmente comprobables, sin embargo son complejos y no siempre susceptibles de pruebas. La falta de alguno de ellos determina la posibilidad de impugnar la paternidad y si por el contrario concurren todos los presupuestos, legitima al niño o niña, para hacer valer su estado, mediante la acción de reclamación del mismo”.⁹⁴

Idea con la cual estoy de acuerdo, ya que sin la concurrencia de estos presupuestos no se lograría configurar la presunción de paternidad. Sin embargo tales presupuestos pueden variar un poco dependiendo de la legislación.

Los presupuestos de la presunción de paternidad son los siguientes:

- El matrimonio de los padres
- La determinación de la maternidad de la esposa
- La concepción y nacimiento del descendiente durante el matrimonio
- La paternidad del esposo

Como primer punto el matrimonio de los padres, que hace referencia a la existencia de ese vínculo jurídico que se establece entre dos personas de distinto sexo, con el fin de crear y establecer entre ellas una comunidad de vida permanente y que la ley denomina matrimonio. Así como también crear derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges; dentro de los cuales figuran los de fidelidad, cohabitación, y débito carnal, que resultan esenciales para presumir la filiación de los descendientes que nacen dentro del matrimonio, y

⁹⁴GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, op, cit., pág. 43.

principalmente para imputar la paternidad, como lo expresa la máxima romana *“pater is est quem justae nuptiae desmostrant”*.

Por otra parte, algunos autores señalan que se debe de tratar de un matrimonio válido, pero la ley permite que pueda tratarse de un matrimonio putativo, ya que le interesa más proteger sobre todo el interés del hijo o hija y el interés social, que las circunstancias de desvirtúan a la institución del matrimonio, es así por ejemplo que en diversas legislaciones existe un artículo en el cual se establece que no importa que el matrimonio sea declarado nulo judicialmente o que se haya celebrado de buena o mala fe por parte de los cónyuges, estas circunstancias no afectaran la filiación de los hijos.

Tal supuesto se prueba con el acta respectiva de matrimonio, la cual deberá contener todos los elementos que establezca la ley para poder surtir todos sus efectos jurídicos.

Como segundo punto la determinación de la maternidad de la esposa, es considerado como el elemento básico y más palpable de la relación de filiación, ya que el hecho del embarazo es comprobable a simple vista, al igual que el momento del nacimiento en el cual intervienen diversas personas por lo cual también es de fácil comprobación. Se trata de un elemento fundamental al que se añaden y se apoyan los demás, porque todos en cierta medida directa o indirectamente tiene que ver con este elemento; así la paternidad es presumida por la ley en función de la maternidad y del matrimonio.

Respecto de este precepto sobre la maternidad, esta se prueba como ya mencione al demostrar dos hechos distintos, y meramente de índole biológicos, como lo son primeramente el parto de la mujer, que es de difícil ocultación, ya que naturalmente le precede el largo tiempo del embarazo, además que son testigos de tal acontecimiento diversas personas, y además que deja rastros fisiológicos en la propia mujer; en segundo lugar la identidad del hijo, que hace referencia a que ese hijo que nació de ese parto, sea aquel que pretende tal

carácter, o explicado de otra forma, que ese hijo que pasa por suyo sea el que dio a luz, tal circunstancia a su vez se prueba con el acta de nacimiento, ya que ésta recoge datos individualizadores.⁹⁵

El tercer presupuesto, la concepción y nacimiento del descendiente durante el matrimonio; este presupuesto hace referencia a que el descendiente debe haber nacido después de ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio y en los trescientos días siguientes en caso de disolución, nulidad de este o muerte del marido. Toma como su principal fundamento los períodos mínimo y máximo de la gestación, ya que desde la antigüedad y después de ser corroborados a través de estudios científicos, no resulta factible que el producto del embarazo nazca vivo y viable antes de seis meses, ni tampoco que permanezca dentro del vientre de la madre más de diez meses, ya que si ocurriera tal circunstancia sería necesario intervenir a la madre a través de un método quirúrgico para extraerlo y brindarle la posibilidad de sobrevivir. A su vez también este presupuesto recoge el hecho de que la concepción de los descendientes deba ser dentro del matrimonio, tal y como lo justifica Irene López Faugier, “El hecho de que el nacimiento del descendiente deba verificarse dentro de los términos mínimo y máximo de la gestación, se encuentra vinculado a otro aspecto relevante, como es la concepción del mismo, es decir, el momento en el cual el espermatozoide fecunda al óvulo, pues este tiene un papel relevante en las presunciones de paternidad matrimonial y en la subsistencia de los periodos del embarazo, al contribuir en principio a evitar imputaciones falsas de paternidad, ya que, la mujer antes del matrimonio no tiene el deber de cohabitación y fidelidad respecto de un hombre cierto.”⁹⁶ Como se observa la concepción también juega un papel importante dentro de la presunción de paternidad, aunque la legislación del Distrito Federal difiere un poco en cuanto a este criterio.

⁹⁵RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., págs. 63 y 64.

⁹⁶LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., págs. 211 y 212.

Finalmente la paternidad del esposo, este presupuesto en conjunto con la de maternidad de la esposa constituyen los elementos verdaderos de la filiación, ya que establece que en razón de la institución del matrimonio, actúa en cuanto hace a la mujer esposa y al progenitor esposo. Así se vuelven tanto la concepción *a marito*, como la paternidad del marido en el centro de gravedad de la filiación de los hijos de los cónyuges. Y como lo señala Tamburrino que no basta que el hijo sea de la madre sino que es necesario que el padre sea el marido de la madre y haya sido concebido durante el matrimonio.⁹⁷ Este autor también destaca la importancia de que los hijos sean concebidos dentro de la institución del matrimonio, y no simplemente por la celebración del matrimonio se imputen hijos a quien tal vez no lo sea.

Estos son los presupuestos que deben concurrir para poder darle vida a la presunción de paternidad, los cuales también son acogidos por nuestra legislación vigente, con algunas diferencias pero que en esencia están presentes, inmersas en nuestra propia presunción de paternidad mexicana. Y como mencione al principio de este capítulo a pesar de los avances científicos de la medicina molecular que aportan diversos métodos por los cuales se puede determinar la paternidad con un mínimo de error, en la actualidad la sociedad a través de sus representantes legislativos siguen estableciendo presunciones para determinar la paternidad dentro del matrimonio o en el concubinato, ello, se considera, para brindar seguridad jurídica a los hijos.

⁹⁷Citado por GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, op, cit., pág. 45.

CAPÍTULO III

LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN ALGUNAS LEGISLACIONES FAMILIARES DE MÉXICO.

En el presente capítulo se podrían analizar todas aquellas legislaciones de las entidades federativas de la República Mexicana que contemplan dentro de su respectivo Código Civil o Código Familiar la presunción de paternidad, cada una con sus respectivas particularidades, pero que sostienen la misma estructura tanto en cuanto a los criterios de sustento, de aplicación, de los presupuestos que se deben de observar para que opere la presunción, así como de los medios de prueba que se van a utilizar en los juicios respectivos sobre paternidad, dichas particularidades que derivan en atención a la facultad otorgada a las legislaciones de cada Entidad Federativa de la República y el Distrito Federal para legislar en materia común. Pero resultaría tal vez innecesario, desde un punto de vista riguroso el analizar como las legislaciones en todas las Entidades Federativas y el Distrito Federal regulan la presunción de paternidad, ya que ésta tiene en muchas o en la mayoría de legislaciones la misma estructura, los mismos lineamientos y hasta la misma redacción. Pero en esta ocasión y para este trabajo de investigación haremos uso de la forma de clasificación que propone Carina Gómez Fröde,⁹⁸ respecto de los Códigos de Procedimientos Familiares, y el cual considero aplicable para el caso de los Códigos Familiares, porque los primeros prevén regular los procedimientos que se originen por ejercitar las acciones derivadas de los derechos y obligaciones contenidas en los segundos, y en atención a esa clasificación que se hace, estudiaremos la presunción de paternidad establecida por la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, el Código Familiar del Estado de Zacatecas y finalmente el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

⁹⁸GÓMEZ FRÖDE, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, 2° ed., Ed. Porrúa, México, 2010, págs. 135-169.

3.1 LEY PARA LA FAMILIA DEL ESTADO DE HIDALGO.

La entidad federativa de Hidalgo es uno de las pocas entidades que contemplan dentro su legislación y su compendio de leyes, una ley destinada solamente a la regulación, función, resguardo y cuidado de la familia y de los miembros que la integran, también considerada por varios autores como una legislación que ha hecho varias aportaciones en cuanto a la materia familiar se refiere, por lo cual es de nuestro interés exponer, además de las razones que expuse en la introducción de este capítulo.

Para empezar la facultad de la Legislatura Local de la Entidad Federativa de Hidalgo, para legislar en materia familiar, tiene su fundamento en la Constitución Política Federal, en su artículo 124 que consagra las facultades reservadas a los Estados, e inmediatamente después en su ordenamiento local, en la Constitución Política para el Estado de Hidalgo concretamente en el artículo 1, que hace referencia a la libertad y soberanía del Estado de Hidalgo en cuanto a su régimen interior; artículo 5 párrafos primero, segundo, tercero, sexto y séptimo, los cuales consagran los derechos y obligaciones de sus habitantes, el derecho de igualdad del varón y la mujer ante la ley, así como la protección y desarrollo de la familia, el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos, y el deber de preservar, con la coadyuvancia del estado, el derecho de los menores a satisfacer sus necesidades y a la salud física y mental que se impone a los padres; artículo 6, referente a la protección del patrimonio de familia; finalmente el artículo 56 fracción uno, dos y tres que contemplan las facultades del congreso para legislar en todo lo que concierne a su régimen interior, iniciar y expedir leyes. También dentro de esta Constitución en su artículo 99.- A, se regulan las facultades del Tribunal Superior de Justicia, específicamente en la fracción dos que faculta al Tribunal Superior del Estado para resolver las controversias que se susciten en materia civil, familiar, penal, mercantil y en justicia para adolescentes.

Después de establecer los lineamientos que facultan a las autoridades a crear leyes y dirimir conflictos en materia familiar, expondremos lo referente a la presunción de paternidad dentro de la legislación hidalguense.

Como se mencionó el estado de Hidalgo es una de las pocas entidades federativas que cuentan con una legislación familiar, y que otorgan autonomía al Derecho de Familia -tema de ya una larga discusión entre los catedráticos e inspiradora de tesis de algunos otros compañeros- ya que a partir del ocho de noviembre del año de mil novecientos ochenta y tres, se derogaron del Código Civil para el Estado de Hidalgo, del Libro Primero denominado de las Personas, los siguientes Títulos y Capítulos; Título Cuarto Del Registro Civil y sus once capítulos que regulaban todo lo relacionado a las actas del estado civil nacimiento, matrimonio, defunción, reconocimiento de hijos, adopción, etcétera; Título Quinto Del Matrimonio y sus trece capítulos que regulaban todo lo relacionado a los requisitos para contraer matrimonio, el régimen patrimonial y el divorcio, con excepción del Capítulo X, referente a las donaciones antenuptiales que sigue estando vigente dentro del Código Civil de la entidad; Título Sexto Del Parentesco y De los Alimentos y sus respectivos dos capítulos, el primero regulaba el parentesco y el segundo los alimentos; Título Séptimo De la Paternidad y Filiación, y sus cinco capítulos que regulaban lo concerniente a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, la legitimación, el reconocimiento y la adopción; Título Octavo De la Patria Potestad y sus tres capítulos que contenían lo relativo a los efectos, modos de acabarse y suspenderse tal derecho; Título Noveno De la Tutela y sus dieciséis capítulos que regulaban todo lo referente a esta institución; Título Decimo De la Emancipación y De la Mayor Edad y sus respectivos dos capítulos; y así como el capítulo uno y dos del Título Undécimo De los Ausentes e Ignorados referentes a las medidas provisionales en caso de ausencia y la declaración de ausencia; todos estos títulos, capítulos y artículos que fueron derogados integraron el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, y que después fue

sustituido por la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo publicada en el Periódico Oficial el nueve de abril del dos mil siete y que entro en vigor sesenta días después, y que es la ley que rige hoy día la materia familiar de Hidalgo.

La entidad federativa de Hidalgo regula las cuestiones familiares a través de dos leyes principalmente, la primera como ya se menciona es la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo y la segunda el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo, que también fue publicada en la misma fecha.

La presunción de paternidad en esta entidad es regulada por Ley para la Familia del Estado de Hidalgo en su Título Séptimo Del Parentesco y la Filiación, en su Capítulo II De la Filiación, artículo 176 que dispone lo siguiente:

“Artículo 176.- Si un hijo nace después de 180 días de celebrado el matrimonio, o dentro de los 300 días siguientes a la disolución o anulación del mismo, se presume que sus padres son los cónyuges.”

Con base en lo que se estableció en el capítulo anterior, la presunción de paternidad prevista en esta legislación encuentra su fundamento en la antigua máxima que sigue vigente, y que propusieron los romanos, la de *“pater is est”*; y como parte de la presunción, y para que sea efectiva está se debe de contemplar también la presunción de concepción, que es donde en primer lugar se apoya la presunción de paternidad,⁹⁹ pero que finalmente se complementan, y que claramente se ve reflejada en cuanto, a que en este artículo se establece tanto el periodo mínimo de gestación de 180 días y un periodo máximo de gestación de 300 días, pero sin perder de vista que dicha presunción parte del hecho de que existe un presupuesto anterior y que es el hecho de la existencia de un matrimonio, y que también estos términos de gestación están sujetos al momento y época de la concepción, que para el caso de Hidalgo se establece que se presume que la realización de tal hecho es posterior a la celebración del

⁹⁹RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., pág. 93.

matrimonio, ya que determina que el periodo mínimo de gestación es de 180 días, periodo que sea comprobado científicamente, se requiere para que una persona nazca viva; y que comienza a contarse después de la celebración del matrimonio, presuponiendo la ley que el momento en que sostuvieron relaciones sexuales los cónyuges y en la que probablemente ocurrió la concepción, tuvo lugar en los primeros días que siguieron a la celebración del matrimonio.

Y al igual, que con la determinación de la paternidad que se da al inicio del matrimonio estableciendo un plazo mínimo de gestación, también establece que en la actualización del supuesto de disolución o anulación del matrimonio se presumirá que el padre del hijo de la madre, es el cónyuge con el que estuvo casada en atención al plazo máximo del embarazo o gestación que impone la ley, que es de 300 días, y que además es respaldado por diversos estudios científicos, por lo cual también para este caso el hecho de la concepción debe tener lugar dentro del matrimonio o en vigencia de éste.

Por lo anterior considero que para la legislación de Hidalgo el momento o el hecho de la concepción es de gran importancia, no solo como lo vemos reflejado en el artículo que contiene la presunción de paternidad, sino que también es importante la concepción en otros artículos, como lo establecido por el siguiente:

“Artículo 129.- La obligación de dar alimentos, de los padres y de las personas señaladas en los Artículos anteriores, surge desde la concepción de los hijos, hasta su mayoría de edad...”.

El artículo anterior toma en consideración el hecho de la concepción, como el momento en el que se inicia la obligación de otorgar alimentos a los hijos.

O cuando se trate de investigar sobre la paternidad, como se estipula en el artículo 170;

“La investigación de la paternidad o maternidad 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;

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...”

Así también en el artículo 185 se hace uso de los lapsos mínimo y máximo de gestación para determinar la paternidad en los casos que el propio artículo señalado considera y que transcribo a continuación.

“Artículo 185.- Si la viuda, divorciada o aquella cuyo matrimonio sea declarado nulo, contrae nupcias, la filiación del hijo nacido después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá de la siguiente forma:

I.- Se presume ser hijo del primer matrimonio, el nacido dentro de los 300 días siguientes a su disolución, y antes de 180 días de la celebración del segundo;

II.- Se presume ser del segundo matrimonio, si nace después de 180 días a la celebración del mismo, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primero; y

III.- Se presume nacido fuera de matrimonio, si nace antes de 180 días de la celebración del segundo matrimonio; y después de 300 días de la disolución del primero.”

Y como expusimos en el capítulo anterior, la presunción de paternidad es *iuris tamtum*, que admite prueba en contrario, por lo cual la legislación de Hidalgo admite como prueba en contrario, respecto de la presunción de paternidad del artículo 176, la contenida en el artículo 177, que establece lo siguiente:

“Artículo 177.- Contra la presunción del Artículo anterior se admite 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.”

Podemos desprender de este artículo que la prueba en contrario, hace referencia a que el probable padre no haya tenido relaciones sexuales con su mujer en el lapso señalado, tomando como base de tal prueba la probable fecha de concepción, además de considerar nuevamente los lapsos mínimo y máximo de la gestación, ya que al realizar una resta de los ciento veinte días que señala como límite para que haya acontecido la concepción, al lapso máximo de gestación que señala la ley de trescientos días, da como resultado el periodo mínimo de gestación que es de ciento ochenta días; pero la legislación de la entidad de Hidalgo no restringe solo como prueba en contrario a la establecida por este artículo, sino también considera la posibilidad de que se aporten pruebas que encuentren su fundamento en los avances científicos, como lo señala el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo, en su Título Tercero De la Prueba, Capítulo III De las Pruebas en Particular, Sección VI De los Elementos de Convicción Producidos o Descubiertos por la Ciencia o la Tecnología, en su artículo 201 y que establece lo siguiente:

“Artículo 201.- Para que se admitan como medios de prueba los elementos a que se refiere el artículo anterior, es necesario que tengan relación con el negocio que se ventila.

Tratándose del desahogo de la prueba relativa a la comprobación del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), bastará con un solo dictamen científico; siempre y cuando no se pueda integrar en forma colegiada esta prueba.”

Los legisladores de esta entidad determinan que la prueba relativa al ADN, bastara con la elaboración de un solo dictamen para causar convicción en el ánimo del juzgador.

Por otra parte la presunción de paternidad consagrada en esta ley, considera un elemento más para aumentar las probabilidades de eficacia de tal presunción, y que se presupone a partir de la existencia del matrimonio, los deberes que se deben los cónyuges, tal y como se establece en el Título Segundo Del Matrimonio, Capítulo V De los Deberes, Derechos y Obligaciones de los Cónyuges, en los artículos 40 y 41, que establecen lo siguiente:

“Artículo 40.- El matrimonio crea a la familia, y establece entre los esposos igualdad de deberes, derechos y obligaciones.”

“Artículo 41.- El matrimonio supone la fidelidad recíproca, la vida y asistencia comunes y la relación sexual a menos que exista causa justificada que impida la realización de esta última.”

De la obligación y deber de la fidelidad recíproca que se deriva de la celebración del matrimonio, surge la presunción de que solo los cónyuges sostienen relaciones sexuales entre ellos, por lo cual la ley establece una presunción de paternidad en atención a esta obligación de fidelidad que se deben los cónyuges entre sí.

Para finalizar con esta ley considero que la legislación hidalguense, dentro de sus leyes familiares existe una cohesión, una uniformidad de criterios al considerar importante los lapsos mínimo y máximo de la gestación, así como el hecho de la concepción y utilizarlos en diversos artículos de su ley familiar, y en especial en la presunción de paternidad; también dentro de su legislación procesal familiar contempla la realización de la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) para determinar la paternidad en caso de juicio, con lo cual podemos considerar que dicha legislación esta a la vanguardia en cuanto a pruebas de filiación se refiere.

3.2 CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE ZACATECAS.

Para la entidad federativa de Zacatecas también fue importante hacer dentro de su legislación la división del Derecho de Familia respecto del Derecho Civil, tal y como lo señala en el primer considerando del decreto que dio origen a su Código Familiar que me permito transcribir a continuación.

“Considerando primero.- Que el derecho de familia es el conjunto de normas que tiene por objeto estructurar la organización, funcionamiento y disolución de esa sociedad primera, y que su regulación ha estado tradicionalmente comprendida en nuestros códigos civiles no obstante que para ello se carece de una verdadera fundamentación científica, de modo que no se separan adecuadamente las cuestiones relativas a

personas de las que corresponden a bienes y obligaciones, ha llegado el momento de integrar lo que en justicia ha de ser un derecho autónomo de familia.”¹⁰⁰

Y no solo la entidad zacatecana aspiraba a dar autonomía al Derecho de Familia, creando un Código Familiar dentro de su territorio, sino consideraba la posibilidad de que en un futuro, que no ha llegado, existiera la posibilidad de que se creara un solo Código Federal de Derechos de Familia.

De igual manera la facultad para legislar en materia familiar de la legislatura de Zacatecas, en primera instancia es otorgada por la Constitución Política Federal, de conformidad con su artículo 124 que consagra las facultades que se reservan a los estados; posteriormente encuentra su fundamento en las facultades que le otorga la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Zacatecas, en el artículo 2 establece que el Estado de Zacatecas es libre y soberano en cuanto a su régimen interior se refiere y hace mención de la facultad de reserva que se hace a los estados, artículo 65 fracción I que consagra las facultades y obligaciones de la legislatura para expedir leyes, decretos y acuerdos que no sean competencia de la federación y fracción XXIII, que le confiere la facultad de legislar en materias penal, civil y familiar; por otra parte también dentro de la constitución de Zacatecas se hace referencia a la institución de la familia, como lo establece el artículo 25, referente a que el Estado dictara las normas para regularla, así como la colaboración de las autoridades para propiciar el desarrollo físico y mental de la población infantil, y en su fracción I se asegura el desarrollo equilibrado y armónico de todas sus facultades y su desenvolvimiento en un ambiente de libertad y dignidad, por lo cual las autoridades e instituciones públicas les proporcionarán un trato especial e incluye incorpora como derechos de los menores los que se consagran en la Declaración de los Derechos del Niño.

¹⁰⁰Decreto número 237. Publicado el 10 de Mayo de 1986 en el Suplemento al Periódico Oficial número 38, que contiene el Código Familiar del Estado de Zacatecas.

La entidad de Zacatecas regula las cuestiones familiares a través de su Código Familiar, vigente desde el año de mil novecientos ochenta y seis, el cual deroga del Código Civil del Estado de Zacatecas los Títulos Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo, Noveno, Décimo, Décimo Primero y Decimo Segundo del Libro Segundo, que comprendía de los artículos doscientos veintinueve al ochocientos treinta y tres; sin embargo ya desde el año de mil novecientos ochenta y dos se comenzó con la división del Código Civil de las instituciones del Derecho Familiar, tal como lo referente al registro civil, la cual origino la Ley del Registro Civil para el Estado de Zacatecas; posteriormente entra en vigor el actual Código Familiar, que es el que regula todo lo referente a esta materia; pero en cuanto al procedimiento a diferencia de la entidad de Hidalgo que cuenta con un Código de Procedimientos Familiares, Zacatecas sigue regulando los juicios del orden familiar por medio de su Código de Procedimientos Civiles, pero asignando un título que regula los juicios sobre cuestiones familiares, estado y condiciones de las personas.

En cuanto a la presunción de paternidad es regula por el Código Familiar del Estado de Zacatecas, en su Libro Segundo, Título Tercero, Capítulo Segundo De las Presunciones de Paternidad; Zacatecas dedica todo un capitulo a las presunciones de paternidad, en cuanto a determinar sus alcances, pruebas, términos, plazos y demás particularidades de esta figura jurídica.

Y refiriéndonos en específico a la presunción de paternidad establecida por los romanos del *"pater is est"*, la vemos reflejada dentro del artículo 287, que establece:

“Artículo 287.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:
I. Los hijos nacidos en cualquier momento después de la celebración del matrimonio;
II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la terminación del matrimonio, ya provenga ésta de la muerte del cónyuge, de la nulidad o de divorcio, siempre y cuando no hubiere contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, después que de hecho quedaren separados los cónyuges.”

Para la legislación zacatecana se presume que son hijos de los cónyuges los nacidos en cualquier momento después de celebrado el matrimonio, impone de tajo y presupone que todos los hijos, aun los que nazcan antes de que transcurran los ciento ochenta días (contemplado por la mayoría de las legislaciones y diversos estudios médicos como el plazo mínimo de la gestación) de haberse contraído el matrimonio; se imputa como padre del hijo de la mujer casada, a su cónyuge, dando cabida a la posibilidad de que la mujer antes de que contrajera matrimonio ya estuviera embarazada, por lo cual no podemos asegurar que el hijo que se le imputa al marido de la madre y que fue concebido antes del matrimonio, es en verdad su hijo.

Como podemos observar al establecer el legislador la presunción de paternidad con respecto al inicio del matrimonio en su código familiar, no tomo en consideración por una parte el acontecimiento de la concepción y tampoco el plazo mínimo de gestación, sin embargo para determinar la paternidad en los casos en que el matrimonio se termine por el divorcio, sea declarado nulo o por muerte del cónyuge varón, el legislador contemplo dentro de la estructura lógica jurídica que le dio a la ley, el establecimiento del plazo máximo de gestación, que es de trescientos días, y además presupone también que el momento de la concepción ocurrió necesariamente cuando aun estaban casados y tenia vigencia el matrimonio de los cónyuges. Con lo cual podemos establecer que el legislador no contemplo, ni tampoco estableció un criterio uniforme para determinar la paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio; en primer lugar el legislador no considera importante incorporar dentro de su fracción primera el hecho de la concepción para determinar la paternidad, ni tampoco contemplar el plazo mínimo de la gestación, sin embargo cuando redacto la fracción segunda incorporo dentro de ésta el plazo de los trescientos días, plazo máximo de la gestación, además dicho termino se comenzara a contar a partir de que quedaron separados los cónyuges, por lo cual podemos interpretar que el legislador presupone que antes de la separación se llevo a cabo la concepción, y entonces por un ejercicio de lógica presuponemos que el

legislador contemplo dentro de esta fracción segunda, para establecer la presunción de paternidad, el momento en el cual se lleva a cabo la concepción.

Y en segundo lugar establece que se aplicara esta presunción siempre y cuando no hubiere contraído nuevo matrimonio la excónyuge, porque a consecuencia de que la excónyuge contraiga nuevas nupcias y se encuentre embarazada de su excónyuge, se estará a lo dispuesto por Libro Segundo, Título Primero Generalidades del Matrimonio, Capítulo III De los Impedimentos Para Contraer Matrimonio, artículo 116 de este código, que dispone lo siguiente:

“Artículo 116.- La mujer que quiera contraer nuevo matrimonio, dentro de los trescientos días después de la disolución del anterior, deberá presentar un certificado médico de no embarazo, o dentro de ese lapso dar a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio se contará ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.”

Y en el hipotético caso de que la mujer llegara a falsificar dicho certificado médico, el padre de su hijo seria su nuevo y actual cónyuge, en atención a lo establecido por la presunción de paternidad de la fracción primera del artículo 287, en todo caso de que el nuevo cónyuge no contradiga la paternidad que se le está imputando.

Como sabemos la presunción de paternidad es una presunción que admite prueba en contrario, se trata de una presunción de naturaleza “*uris tantum*”, por lo cual la legislación de zacatecas establece los términos de dicha prueba que admite en contrario, la cual está consagrada en el artículo 288, y que establece lo siguiente:

“Artículo 288.- Contra esta presunción se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge tener relaciones sexuales con su cónyuge, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas derivadas de las pruebas científicas.”

La legislación de zacatecas admite como pruebas para contradecir la presunción de paternidad; en primera la de ser físicamente imposible al cónyuge varón tener relaciones sexuales con su cónyuge, en los primeros

ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, de nueva cuenta el legislador hace uso de los plazos mínimo y máximo de la gestación; el plazo máximo de gestación, que se ve reflejado en cuanto a que el legislador establece un plazo de trescientos días que deben preceder al nacimiento del hijo, y contempla el plazo mínimo de gestación, no expresamente claro está, ya que si realizamos una operación matemática, en la cual restemos los ciento veinte días que establece la ley a los trescientos días que se contemplan antes del nacimiento, nos da como resultado ciento ochenta días, lo cual constituye el periodo mínimo de gestación; y se refiere también de cierta manera al hecho de la concepción, ya que determina que debió de ser imposible para los cónyuges tener relaciones sexuales en los primero ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento, periodo en que se presume pudo tener lugar el hecho de la concepción, ya que si el hecho de la concepción se hubiere realizado después de estos ciento veinte días, sería poco probable que el producto de esa concepción naciera vivo o viviera después, a causa del corto periodo del embarazo que sería menor a los seis meses que se establece como el periodo mínimo para que un niño nazca vivo y viable.

Como segunda prueba que se admite para contradecir a la presunción de paternidad, se contemplan los aportados por los avances de la ciencia, en específico hace referencia a la prueba en genética, y que se realiza a través del estudio comparativo del Ácido Desoxirribonucleico o ADN, que para el caso específico de Zacatecas, es regulado por el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Zacatecas, en su Libro Segundo Del Juicio en General, Título Segundo De las Pruebas, Capítulo VII Fotografías, Experimentos y Demás Elementos Científicos, en el artículo 309 y que establece lo siguiente:

“Artículo 309.- Para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el negocio que se ventile pueden las partes presentar fotografías, cintas cinematográficas, discos u otros medios de reproducción o de experimentos; así como registros dactiloscópicos y, en general, cualquiera otros elementos proporcionados por la ciencia que puedan producir convicción en el ánimo del juez. También podrán presentarse

notas taquigráficas, acompañándolas de traducción y haciendo especificación exacta del sistema empleado.
Al ofrecer las pruebas se indicarán los hechos o circunstancias que deseen probarse.”

A diferencia del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo, en el cual si se hace una referencia específica sobre la prueba del ADN, Zacatecas en su Código de Procedimientos Civiles es más general, ya que solo establece que se deben de tratar de “cualquier otros elementos proporcionados por la ciencia que puedan producir convicción en el ánimo del juez”, lo cual si interpretamos tal precepto, y con base en la práctica jurídica sabemos que el legislador se refiere al examen comparativo del ADN.

Retomando una vez más el punto sobre los plazos mínimo y máximo de la gestación, existen dentro del Código Familiar de Zacatecas otros artículos, diferentes de los ya mencionados, que también toman en consideración dichos plazos, por ejemplo lo establecido por los siguientes artículos:

“Artículo 291.- El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.”

Que contempla el plazo máximo de gestación establecido por la ley para que ocurra el nacimiento, y transcurrido este plazo el padre puede desconocer al hijo.

“Artículo 293.- 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.”

También en este artículo referente al ejercicio de la acción de contradecir la filiación paterna, se contempla el plazo máximo de la gestación.

“Artículo 297.- 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...”

Para el caso de este artículo, en el cual se estipula la legitimación de los herederos para contradecir la paternidad, se considera importante contemplar el plazo mínimo de la gestación.

Para terminar con el análisis de esta ley, y en atención a uno de los elementos que configuran la presunción de paternidad, como lo es la existencia del matrimonio, del cual a su vez se derivan derechos y obligaciones que se deben recíprocamente y de manera igualitaria los cónyuges, tal y como lo establecen los artículos siguientes:

“Artículo 120.- El matrimonio establece entre los cónyuges igualdad de derechos y obligaciones.”

“Artículo 121.- El matrimonio impone a los cónyuges deberes recíprocos de cohabitación, de fidelidad, asistencia y comunidad de vida.”

Ya que de la existencia de los deberes de cohabitación y fidelidad que se deben los cónyuges, se presupone que solo ellos sostienen entre sí relaciones sexuales, que dan la pauta a pensar que el presunto padre de los hijos habidos dentro del matrimonio, no es más que otro que el marido de la madre de estos.

Considero que la legislación de Zacatecas es novedosa en cuanto a la materia familiar se refiere, ya que regula figuras que recientemente han surgido en la sociedad a causa de los avances de la ciencia médica como lo son los métodos de reproducción asistida, la prueba del ADN; pero en cuanto a la presunción de paternidad se refiere no establece un criterio uniforme, porque utiliza de manera indistinta, tanto dentro del propio artículo sobre la presunción como en otros artículos, los plazos mínimo y máximo de gestación, al igual que se le hace importante en algunos artículos tomar en consideración como elemento el hecho de la concepción y en otros no.

3.3 CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS.

Al igual que las entidades federativas que mencionamos anteriormente, Morelos realiza la división del Derecho de Familia respecto del Derecho Civil, por considerar que se trata de un conjunto de normas imprescindibles en la sociedad, que deben de crear derechos y obligaciones propios del Derecho Familiar, y en consecuencia la necesidad de instrumentar un compendio legal efectivo para lograr su vigencia y regular sus instituciones.

Se fundamenta la creación de su legislación familiar en la facultad que le es otorgada a la Legislación Local de Morelos, por la Constitución Federal en su artículo 124, que contempla las facultades reservadas a los Estados, y en su Constitución Local, en el artículo 1, en el que se consagra la libertad, soberanía e independencia del Estado en cuanto a su régimen interior, artículo 40 fracción II, la facultad del congreso de expedir, aclarar, reformar, derogar o abrogar leyes, y fracción VI, para legislar sobre todo aquello que la Constitución General de la República no encomiende expresamente al Congreso de la Unión; por otra parte también considera derechos referentes a la familia, como el que contiene el artículo 19, que dispone que se protegerá la organización y desarrollo de la familia, sin importar sus miembros, y en su fracción II establece que entre los derechos del menor de edad, está el de conocer a sus padres y ser respetado en su integridad física y psíquica por parte de ellos y de la sociedad; además también faculta al congreso en su artículo 40 fracción XVII para organizar el patrimonio de familia determinando las bases que deban constituirlo.

Morelos también cuenta con una legislación familiar conformada en primer lugar, por el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, y como se establece en los considerandos del propio código, contiene normas jurídicas destinadas única y exclusivamente a reglamentar situaciones de familia, vigente desde el primero de octubre del año dos mil seis y el cual

derogo del Código Civil del artículo 59 al artículo 934; y por su Código Procesal Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, que también entro en vigor el primero de octubre del dos mil seis, y que regula todo lo referente a los procesos familiares de Morelos.

El Código Familiar de Morelos regula, en su Libro Cuarto De las Relaciones Paterno Filiales, Título Primero De la Relación de los Ascendientes con los Hijos, Capítulo Segundo De los Hijos de Matrimonio, artículo 182 la presunción de paternidad, y que establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 182.- PRESUNCIÓN FILIAL EN EL MATRIMONIO. Se presumen hijos de los cónyuges:

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

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de su nulidad, de muerte del marido o de divorcio. Este plazo se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

Como la mayoría de las legislaciones familiares y las que todavía contemplan la presunción de paternidad dentro de la legislación civil, siguen basándose en la máxima romana del “*pater is est*”, con solo algunas variantes, también el Código Familiar de Morelos contempla la máxima creada por los romanos, para determinar la paternidad de los hijos habidos en matrimonio, y por lo cual también utiliza los periodos mínimo y máximo de la gestación, los derechos y obligaciones que se deben los cónyuges y también la presunción de concepción que al final complementa a la presunción de paternidad.

El artículo anterior establece que se presumen hijos de los cónyuges, fracción I “los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio”, se contempla el plazo mínimo de la gestación de ciento ochenta días, plazo que se ha determinado como mínimo para que nazca vivo y viable un ser humano, así como la presunción de que la concepción ocurrió

después de que se celebre el matrimonio; en la fracción II, se hace uso del plazo máximo de gestación, que establece la ley es de trescientos días, que es el plazo máximo, comúnmente, en el cual puede estar un ser humano dentro del vientre de su madre, sin que se ponga en riesgo la vida de ambos; plazo utilizado para determinar la paternidad en caso de nulidad del matrimonio, muerte del marido o divorcio, estableciendo el artículo que se comenzara a contar este plazo desde el momento en que quedaron de hecho separados los cónyuges, por que presupone la ley que ese pudo ser el último momento en el cual los cónyuges sostuvieron relaciones sexuales y probablemente ocurrió el hecho de la concepción, y que a partir de ese momento los cónyuges posteriormente dejaron de tenerlas, por lo cual es poco probable que tuviera lugar la concepción.

Como se puede apreciar en la presunción de paternidad de Morelos se hace uso de los plazos mínimo y máximo de la gestación, pero no solo en el artículo referente a la presunción, sino en algunos otros artículos también, como lo establecido por los siguientes:

“ARTÍCULO 185.- IMPOSIBILIDAD DE DESCONOCER LA PATERNIDAD. El marido no podrá desconocer que es el 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; y

II.- Cuando el marido concurrió al levantamiento del acta de nacimiento del presunto hijo, o lo reconoció expresamente.”

En este artículo se contempla la imposibilidad de desconocer a un hijo que nace antes de que transcurra el periodo mínimo de gestación de ciento ochenta días, bajo ciertas circunstancias; artículo criticable ya que deja al arbitrio del presunto padre el establecimiento de la filiación paterna, como se menciona en la Teoría voluntarista de Colin y en la formalista de Cicu.¹⁰¹

¹⁰¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., págs. 229, 237.

“ARTÍCULO 186.- FILIACIÓN DEL HIJO NACIDO EN SEGUNDAS NUPCIAS. Si la viuda, la divorciada, o la mujer cuyo matrimonio fuere declarado nulo, contrajere nuevas nupcias dentro del periodo prohibido por el artículo 81, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:

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

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

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, debe probar su dicho mediante la prueba pericial genética; y

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

Se utilizan tanto el periodo mínimo y máximo de la gestación para determinar la probable paternidad, y también se trata de establecer el punto en el cual pudo ocurrir la concepción.

O lo establecido por el artículo 187, en su párrafo tercero y cuarto, que contempla tales plazos, para dar la pauta de ejercer la acción para contradecir la paternidad.

“ARTÍCULO 187.- CONTRADICCIÓN DE LA PATERNIDAD POR EL MARIDO Y ARBITRAJE Y TRANSACCIÓN EN MATERIA DE FILIACIÓN.

Los herederos del marido, excepto en el caso del párrafo segundo de este artículo, 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...

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...”

Otros artículos hacen uso del plazo máximo de la gestación, para establecer limitaciones para realizar ciertos actos jurídicos, como lo establecido por el artículo 81, contemplado dentro de los impedimentos para contraer matrimonio y que establece:

“ARTÍCULO 81.- IMPEDIMENTO POR POSIBLE GRAVIDEZ DE LA MUJER. La mujer no puede contraer matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior. En los casos de nulidad o de divorcio, debe contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.”

También se puede contemplar el uso de tal plazo en los artículos que fundamentan el ejercicio de la acción de desconocimiento de los hijos, como lo establece el artículo siguiente:

“ARTÍCULO 184.- DESCONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NACIDOS DESPUÉS DE LA SEPARACIÓN PROVISIONAL. 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 tendrán pretensión para demostrar que el marido es el padre.”

Y aunque no se señala los trescientos días expresamente en el artículo siguiente, por simple deducción podemos establecer que se refiere al plazo máximo de la gestación de trescientos días o diez meses, que viene siendo lo mismo.

“ARTÍCULO 183.- DESCONOCIMIENTO DE LOS HIJOS POR ADULTERIO DE LA MADRE. 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 fehacientemente que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa o no podía engendrar hijos.”

Por otra parte y como mencione anteriormente, para la legislación de Morelos, es importante contemplar dentro de su código el hecho de la concepción, tal y como lo vemos reflejado en su Constitución, en el artículo 2, primer párrafo y que transcribo a continuación:

“ARTÍCULO 2.- En el Estado de Morelos se reconoce que todo ser humano tiene derecho a la protección jurídica de su vida, desde el momento mismo de la concepción, y asegura a todos sus habitantes, el goce de las garantías individuales y sociales contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la presente Constitución y, acorde con su tradición libertaria, declara de interés público la aplicación de los artículos 27 y 123 de la Constitución Fundamental de la República y su legislación derivada.”

Por consiguiente también se ve reflejado tal criterio dentro del Código Familiar, comenzando por el artículo 1, que establece en su primer párrafo lo siguiente:

“ARTÍCULO 1.- SUJETO DE DERECHO. La persona jurídica individual es todo ser humano desde la concepción hasta la muerte natural, titular de derechos y obligaciones.”

Se considera sujeto de Derecho familiar, a todo ser humano a partir de la concepción, y aunque es poco probable que un nonato sea titular de derechos y obligaciones, tampoco es imposible.

Y en los casos en los que está permitida la investigación de la paternidad, se deduce tal acción del hecho de que ciertas circunstancias concurren con el momento o la fecha de la concepción, como se estipula en el artículo 212, fracción uno y tres:

“ARTÍCULO 212.- INVESTIGACIÓN PERMITIDA DE LA PATERNIDAD. La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio está permitida:

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

III.- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hacía vida marital con el presunto padre...”

En lo referente a las pruebas que son admitidas en los juicios sobre filiación, en especial a lo referente a la prueba del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), se hace mención de tal en el artículo 186, fracción II, “...El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, debe probar su dicho mediante la prueba pericial genética...”, la cual se podrá realizar a un cuando no sea propuesta por las partes, a petición del juez, como lo establece el artículo 452 del Código Procesal Familiar de Morelos, fracción II, III y IV que dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 452.- REGLAS GENERALES DE TRAMITACIÓN DE LOS JUICIOS SOBRE PATERNIDAD Y FILIACIÓN. Los asuntos sobre paternidad y filiación sólo podrán decidirse mediante sentencia declarativa que se dicte en juicio contradictorio.

El juicio contradictorio se tramitará de acuerdo con las reglas de la controversia familiar, con las siguientes modalidades:

II. La rebeldía y el allanamiento no vinculan al Juez, debiendo ordenar el desahogo de las pruebas a que se refiere este artículo.

III. El Tribunal podrá tener en cuenta hechos no alegados por las partes, y ordenar de oficio la práctica de pruebas;

IV. Si las partes no lo hicieren, el Juez deberá ordenar el desahogo de la prueba pericial en genética...”

Tanto el código familiar como el código procesal familiar, denominan a la prueba del ADN como prueba pericial en genética, por lo cual la legislación de Morelos determina que la realización del examen comparativo del ácido desoxirribonucleico (ADN), debe de regirse por las reglas que rigen a la prueba pericial.

Y como en otras legislaciones la presunción de paternidad se deduce del hecho de la existencia del matrimonio, así como de los derechos y obligaciones que surgen de la celebración de esta, y en especial en atención de la obligación que se impone a los cónyuges de guardarse fidelidad, tal y como se consagra en el artículo 84, que establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 84.- DERECHOS Y OBLIGACIONES COMUNES Y RECÍPROCOS DE LOS CÓNYUGES. Los cónyuges tienen derecho a decidir de común acuerdo y de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y ayudarse mutuamente.

Cualquier convenio contrario a esas finalidades se tendrá legalmente por no puesto.”

Y en atención a esa obligación de guardarse fidelidad entre los cónyuges, se presupone que solo entre ellos sostienen relaciones sexuales, lo cual dicta la lógica y hace llegar a la conclusión de que el padre de los hijos de la mujer casada es su cónyuge.

Finalmente consideramos que la entidad federativa de Morelos dentro de su legislación familiar establece un criterio uniforme en cuanto se refiere a los plazos de gestación, tanto para determinar la paternidad, como en otros de sus artículos que mencionamos con anterioridad; por otra parte también considera de importancia regular el hecho de la concepción e incorporarla dentro de su legislación, también es destacable que regule la prueba del ADN como una prueba pericial, que en esencia es el tratamiento que debería de dársele, ya que aunque se trata de una prueba que tiene un margen de error mínimo, su eficacia depende de otros factores, como la calidad de los reactivos usados, entre otros.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.

Finalmente en este último capítulo expondré la problemática del objeto de esta investigación y la posible solución; comenzando por el análisis que se realizara al artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, que contempla la presunción de paternidad dentro del matrimonio; análisis que será a partir de describir sus presupuestos, para establecer que criterios contemplo el legislador en cuanto a establecer la paternidad dentro del matrimonio en el Distrito Federal, y que tienen hoy vigencia dentro del Derecho que rige las cuestiones de filiación, así como determinar si el criterio que se contempla para determinar dicha paternidad es congruente y uniforme; como siguiente punto expondremos la importancia que tiene la concepción dentro de la determinación de la paternidad en el matrimonio, y de la cual también surge a su vez la importancia de los plazos de gestación, que durante siglos ayudo y ha contribuido a establecer la paternidad de los hijos del cónyuge varón, y por lo cual siguen siendo utilizados por la mayoría de las legislaciones para determinar la paternidad dentro de la institución del matrimonio y aun fuera de esta institución. Por último desarrollare la propuesta para establecer los requisitos, que a consideración y con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, podrían constituir la presunción de paternidad, a partir de su modificación, con lo cual se da una solución al problema de la falta de uniformidad de los criterios sostenidos por el Código Civil del Distrito Federal, en cuanto a los plazos de gestación y el hecho de la concepción para determinar la paternidad, en cuanto al matrimonio se refiere.

4.1 ANÁLISIS AL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE.

En razón de que nuestra legislación pertenece y sigue los lineamientos de un sistema jurídico romanista-germánico, es que recoge dentro de la mayoría de sus códigos la presunción de paternidad, de origen romanista que se consagra en la máxima del *“pater is est quem iustae nuptiae demostrant”*, y que fue acogido después para determinar la paternidad en el matrimonio por el Código de Napoleón, y posteriormente por las todas las legislaciones que recibieron su influencia, dentro de las cuales se encuentra nuestra legislación mexicana, y es así como tal presunción de paternidad está presente desde el Código Civil de Oajaca de 1827 en su artículo 169; en el Proyecto de Código Civil Mexicano de Justo Sierra de 1859 en su artículo 126; en el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866 en su artículo 210; en el Código Civil de Veracruz-Llave de 1868 en su artículo 275; Código Civil del Estado de México 1869 en su artículo 224; en los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884 en sus artículos 314, 290 y 291; en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 en su artículo 143 y 144; y finalmente en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928 en sus artículos 324 y 325.¹⁰²

Tras la reforma que sufrió el Código Civil de 1928, y la creación en el año 2000 del Código Civil para el Distrito Federal, la presunción de paternidad es regulada actualmente por su artículo 324, el cual analizaremos, en la medida en que podamos ir separando sus elementos o presupuestos y estudiarlos, para comprender y lograr establecer, que si solo en el conjunto de los presupuesto que integran la presunción de paternidad se puede llegar a tener mayor o menor grado de eficacia y certeza en cuanto a la aplicación y determinación de la paternidad durante la vigencia del matrimonio de los cónyuges.

¹⁰²LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., pág. 183.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente a partir del primero de junio del año dos mil regula la presunción de paternidad durante el matrimonio en el Libro Primero, De las Personas; Título Séptimo, De la Filiación; Capítulo I, Disposiciones Generales, artículo 324 que establece lo siguiente:

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

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

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

El artículo en mención establece en sus dos fracciones la presunción para determinar la paternidad durante la vigencia del matrimonio; tal presunción es clasificada por el Derecho y la doctrina como una presunción legal relativa o *iuris tantum*, por admitir prueba en contrario, como quedo estipulado en el cuarto punto del segundo capítulo de esta investigación.

De la redacción del texto de este artículo se contemplan y deducen los elementos, que exige la ley como los presupuestos que configuran la presunción de paternidad dentro del matrimonio, y que son los siguientes:

- 1) El matrimonio entre los progenitores
- 2) La determinación de la maternidad
- 3) El nacimiento del descendiente durante el matrimonio o el nacimiento del descendiente dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge.

1) El matrimonio entre los progenitores

Como primer requisito de la presunción de paternidad, la ley exige la existencia de un matrimonio, el Código Civil en su artículo 146 define que el matrimonio “es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”, a la cual podríamos añadir, que con la posibilidad de tener de manera libre, informada y responsable descendencia. Y que antes de la reforma del dos mil, era la única institución jurídica de la cual surgía la presunción de paternidad, ahora extendida a la institución del concubinato también.

Como se estableció anteriormente, puede tratarse de un matrimonio válido o putativo; matrimonio válido en tanto que reúna todos sus elementos de existencia y de valides, conforme a lo establecido por el Código Civil en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103, y sin que medie algún impedimento dirimente no dispensable que señala el artículo 156, ni exista causa de nulidad establecidas en el artículo 235 del mismo ordenamiento legal;¹⁰³ y matrimonio putativo, por ser en apariencia en un principio considerado como válido, hasta demostrar su nulidad, por lo cual se le otorgan ciertos efectos favorable tanto a los cónyuges, como a los hijos nacidos de este matrimonio, de tal manera que si por ambos cónyuges o solo por uno, fue contraído de buena fe el matrimonio, y este es declarado nulo, se le considera putativo y produce los efectos que establecen los artículos 255 y 256 del Código Civil.¹⁰⁴

En cuanto a los elementos del matrimonio establecemos que son los siguientes: los sujetos, el vínculo, el objeto y el contenido. Y sin adentrarnos muy extensamente en los primeros tres elementos del matrimonio, solo haremos un comentario breve de estos, ya que del último elemento de esta

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 108.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 115.

institución, consideramos que se encuentran inmersos otros elementos de la presunción de paternidad derivados del mismo matrimonio y que son el deber de fidelidad, cohabitación y débito carnal.

En cuanto a los sujetos, estos sólo pueden ser en razón de la procreación y la presunción de paternidad, un hombre y una mujer. El vínculo en cuanto a que, entre el hombre y la mujer al exteriorizar su consentimiento, surge una relación jurídica que une a los nuevos cónyuges y los constituye como tales, además se trata de un vínculo único; perpetuo ya que se extiende para toda la vida por lo que no puede haber matrimonio temporal; es exclusivo por constituir una sola unidad al no admitir a los sujetos de este vínculo contraer nuevo matrimonio mientras subsista el primero, y es mutuo por que los cónyuges están obligados, uno respecto al otro y viceversa. El objeto es crear una comunidad de vida en la cual ambos cónyuges se hagan recíprocos deberes y obligaciones personales respectivamente. Por último el contenido, que se refiere al conjunto de obligaciones, derechos y deberes conyugales a los que están sometidos los cónyuges al contraer matrimonio.¹⁰⁵ Entre los cuales como señala el artículo 146 del Código Civil figuran los siguientes: respeto, igualdad y ayuda mutua, sin embargo de estos se comprenden inmersos también otros deberes como los del deber de vida en común, de débito carnal, de fidelidad, de asistencia y de autoridad, deberes fundamentados en el vínculo moral-espiritual derivados del matrimonio y que la ley sanciona esos deberes morales erigiéndolos en obligaciones de derecho que los cónyuges tienen entre sí.¹⁰⁶

De los deberes del matrimonio los que tienen una conexión directa en la presunción de paternidad son el deber de cohabitación, fidelidad y débito carnal, por lo que nos remitimos a su estudio.

¹⁰⁵FORNÉS, Juan, *Derecho Matrimonial Canónico*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1990, págs. 171- 175.

¹⁰⁶MÉNDEZ COSTA, María Josefa y Daniel Hugo, D'ANTONIO, *Derecho de Familia*, T. II, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001, págs. 20 y 21.

La cohabitación o vida en común exige de los cónyuges el deber de vivir juntos en el domicilio conyugal que se establezca para ello, lo que hará posible el cumplimiento de los otros deberes, y a través del cumplimiento de este deber existe la posibilidad, física y espiritual de cumplir con el objetivo del matrimonio y los demás deberes, se trata de un deber recíproco, permanente e imperativo con la excepción de que puede suspenderse por resolución judicial.

El deber de fidelidad nace con el matrimonio, es un deber que se da en igualdad y reciprocidad, y aunque el código civil no hace una referencia explícita a este deber, se deduce del carácter monogámico del matrimonio y del respeto que se deben los cónyuges; guarda estrecha relación con el amor conyugal y con la paternidad responsable, y principalmente a cumplir la promesa de entrega conyugal, el compromiso diario y permanente entre los cónyuges y a evitar el adulterio.¹⁰⁷

El débito carnal se comprende dentro del amor conyugal, que deriva en el aspecto de la relación sexual, que debe de entenderse como una forma más personalizante, más unitiva y de mutua entrega entre los cónyuges, este deber es permanente, recíproco, intransmisible, irrenunciable e intransigible, y a través del débito carnal o relación sexual la pareja se expresa el amor conyugal y el fin procreativo responsable.¹⁰⁸

Como se puede deducir de la presunción de paternidad consagrada en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, exige la existencia del matrimonio, que sea válido y que cumpla con todos los requisitos de ley, o que se trate de un matrimonio putativo; y en consecuencia también el cumplimiento de los deberes de cohabitación, fidelidad y débito carnal que son esenciales para presumir la filiación de los descendientes habidos en esta institución y para imputar la paternidad,¹⁰⁹ deberes que surgen con la celebración del matrimonio,

¹⁰⁷CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *Matrimonio. Compromiso Jurídico de Vida Conyugal*, Ed. Limusa, México, 1990, pág. 53 y 54.

¹⁰⁸CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales*, 2° ed., Ed. Porrúa, México, 1990, págs. 144 y 145.

¹⁰⁹LÓPEZ FAUGIER, Irene. Óp. cit., pág. 215.

y que por lo tanto no existen antes de la celebración de este, por lo cual no son exigibles entre las partes antes. Este presupuesto se prueba con el acta de matrimonio respectiva.

2) La determinación de la maternidad

La maternidad queda determinada mediante la acreditación del nacimiento y la identidad del nacido.¹¹⁰

Elementos que no presuponen mayor dificultad en cuanto hacer probados, como lo establecía Zannoni, que la “maternidad se acredita por el parto de la mujer, y por eso, como también se lee en Paulo, *mater semper certa est*. Esto debería llevarnos a concluir que el parto constituye el *hecho* que, probado, atribuye *ipso iure* la maternidad por aquello de que el parto sigue al vientre o, si se prefiere, de que la maternidad, en sentido biológico, siempre es cierta”¹¹¹

En primer lugar el nacimiento o parto del hijo, que es indudablemente uno de los elementos que se aprecian a simple vista, por los hechos que le anteceden como el embarazo y por las personas que interviene en auxilio del parto, como son el médico, las enfermeras, la partera o matrona y en ocasiones hecho que atestigua el propio marido; y este se prueba con el certificado del médico, obstetra o persona quien ayudo en la atención del parto ó al no contar con tal certificado mediante constancia de parto, además de que el mismo Código Civil en su artículo 60, impone el deber a la madre de reconocer a sus hijos.

En segundo lugar la identidad del nacido, es decir que el hijo que pasa por suyo la mujer sea el que realmente dio a luz, se prueba también con el certificado de nacimiento o constancia de parto, ya que tal documento recoge

¹¹⁰ORTIZ DE ROZAS, Abel Fleitas y Eduardo, G. ROVEDA, *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Lexis, Buenos Aires, Argentina, 2004, pág. 335.

¹¹¹ ZANNONI, Eduardo A., op. cit., pág. 295.

datos individualizadores relacionados con el día, el lugar, la hora del alumbramiento y características del nacido como el sexo, peso, tamaño, etcétera;¹¹² y si existiera duda alguna sobre la identidad del hijo se estará a lo dispuesto por el artículo 341 y 443 sobre la posesión de estado de hijo.

En cuanto al certificado de nacimiento o constancia de parto, este es regulado por el artículo 54 del Código Civil que establece lo siguiente;

“Las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquel hubiera nacido, acompañando el certificado de nacimiento. El certificado de nacimiento deberá ser suscrito por médico autorizado para el ejercicio de su profesión, o persona que haya asistido el parto, en el formato expedido para tal efecto por la Secretaria de Salud del Distrito Federal, el cual contendrá los datos que establezca el Reglamento del Registro Civil. Dicho certificado hace prueba del día, hora y lugar del nacimiento, sexo del nacido y de la maternidad. En caso de no contar con certificado de nacimiento, el declarante deberá presentar constancia de parto en los términos en que lo establezca el Reglamento del Registro Civil. Cuando por causas de fuerza mayor, de conformidad con lo que establezca el reglamento, no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, deberá presentar denuncia de hechos ante el Ministerio Público donde se haga constar las circunstancias de los hechos.”

Como se deduce de este segundo elemento, que considero uno de los más fáciles de comprobar, debe de establecerse de manera inequívoca la maternidad de la esposa, para que inmediatamente después en función de la maternidad sea atribuida la paternidad al esposo; y estando a lo dispuesto por la redacción del artículo 324 que establece que “Se presumen hijos de los cónyuges,...”, y aunque en sentido estricto no se debe de entender de tal frase que existe también una presunción de maternidad, porque no la hay, no existe, ya que de la determinación de la maternidad y en razón de la conjunción de todos los elementos aquí desarrollados se presupone la paternidad; pero atendiendo a un sentido más amplio, a interpretar lo que nos quiso establecer el legislador, entendemos que debemos de probar la maternidad y no presumirla, para que de esta manera tenga un mayor grado de efectividad la presunción de paternidad.

¹¹²LLOVERAS, Nora, *Patria Potestad y Filiación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986, págs. 45-50.

3) El nacimiento del descendiente durante el matrimonio o el nacimiento del descendiente dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge.

El artículo 324 del Código Civil, en su primera fracción dispone lo siguiente:

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

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y...”

Como ya mencione solo existe la presunción respecto del padre y no respecto de la madre, por lo tanto debe de entenderse que la fracción primera establece que se presumen son hijos del esposo de la madre, todos aquellos descendientes que hayan nacido en el matrimonio. Esta fracción solo exige que los hijos hayan nacido dentro del matrimonio, dando pie a la hipótesis de que la mujer con quien pretenda contraer matrimonio el varón, ya se encuentre embarazada antes de casarse y una vez casada, en atención a esta fracción primera de la presunción de paternidad, se presume que el marido es el padre del hijo o hija de la mujer con quien acaba de contraer nupcias.¹¹³

Como se puede deducir de la primera fracción del artículo 324 se establece que es hijo del esposo de la madre, todo descendiente que haya nacido dentro de la institución del matrimonio, sin importarle a la ley el momento de la concepción, por no considerarse relevante, al igual que no contemplar el plazo mínimo de la gestación, por tampoco considerarse de relevancia incluirla en esta fracción.

En la fracción segunda del artículo 324 dispone lo siguiente:

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

¹¹³LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., pág. 215.

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

La presunción de paternidad en esta segunda fracción opera en cuanto a presumir que son hijos del esposo de la madre, los hijos cuya concepción tuvo lugar dentro de la vigencia del matrimonio y el nacimiento posterior ocurra durante los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, sin importar que sea causada por nulidad, muerte del marido o divorcio. Para esta segunda fracción tanto el momento de la concepción, como el plazo máximo de la gestación son relevantes, ya que más adelante en la propia redacción de esta fracción, se dispone que dicho término de trescientos días, plazo establecido legalmente como lo máximo que puede durar el embarazo, y el cual recae a su vez en un fundamento científico que determina que el plazo máximo de la gestación es de diez meses; se comenzara a contar en los casos de divorcio o nulidad desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial, porque en estos juicios la ley impone el deber a la parte actora como a la demandada de habitar en domicilios separados, además, que a partir de ese momento los cónyuges dejaron de cumplir con sus deberes conyugales y en especial que suspendieron los deberes de cohabitación, fidelidad y débito carnal; y que anterior a esta suspensión decretada judicialmente los todavía cónyuges en ejercicio de los deberes antes mencionados, pudieron sostener relaciones sexuales y, en consecuencia, dar pie a que ocurriera el hecho de la concepción; por lo cual los hijos que fueron concebidos durante el matrimonio y que nacieron durante los trescientos días que siguieron a su disolución gozaran de la presunción de paternidad; y aunque no se establezca expresamente, tales criterios son aplicables también a lo referente a la muerte del marido, para lo cual el término contemplado comenzara a contar a partir del fallecimiento de este.

Además de lo anterior señalado la ley impone que para que opere esta presunción de paternidad, la exconyuge no debe de haber contraído nuevo matrimonio, ya que si contrae nuevas nupcias dentro del término de trescientos días siguientes a la disolución de su primer matrimonio, y la exconyuge está embarazada de su anterior cónyuge; con fundamento en la primera fracción del artículo 324 del Código Civil, el presunto padre de su hijo será su nuevo esposo o cónyuge, por el simple hecho de haber nacido durante la vigencia del nuevo matrimonio,¹¹⁴ además de que en el Código Civil en su artículo 156 que regula lo concerniente a los impedimentos para celebrar matrimonio, no hay disposición expresa que prohíba la celebración de este en caso de que la mujer este embarazada, o exija como en otros códigos de la República la exhibición de certificado médico en el cual conste su estado físico.

Finalmente del conjunto de todos estos elementos descritos anteriormente se logra presumir la paternidad del cónyuge varón durante el matrimonio en el Distrito Federal, y claramente se observa que el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal no es congruente en cuanto a su redacción, no guarda una uniformidad de criterios como otras legislaciones del país, ya que para su primera fracción, no toma como punto de referencia, ni de importancia o en consideración el hecho de la concepción ni el plazo mínimo de la gestación para presumir la paternidad, solo impone de manera simple que todos los hijos que nacen en matrimonio, son hijos del cónyuge varón; sin embargo en su segunda fracción dispone que se presumirán hijos del cónyuge varón, los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, para lo cual considera de importancia establecer o presumir que el momento de la concepción ocurrió cuando todavía tenía vigencia el matrimonio, y que la ley otorga un plazo de trescientos días para que el hijo que nazca en ese tiempo se presuma que es del excónyuge, plazo establecido por

¹¹⁴ *Ídem.*

la medicina y por la ley como el plazo máximo que puede durar un embarazo sin que la madre y el hijo corran riesgo alguno, ya que pasando este límite se intervendrá quirúrgicamente a la madre para extraer al producto y darle posibilidades de sobrevivir.

Por consiguiente el legislador al establecer la presunción de paternidad, por un lado no considera de importancia la concepción, ni el plazo mínimo de la gestación de ciento ochenta días para presumir la paternidad al comienzo del matrimonio; sin embargo cambia de criterio al establecer y considerar importante la concepción y el plazo máximo de la gestación de trescientos días para presumir la paternidad en caso de disolución del matrimonio, criterios que podríamos considerar contradictorios y que solo contribuyen a establecer imputaciones erróneas de paternidad, y que a consideración nuestra son el problema principal de este artículo, además de constituir el objeto de análisis de esta investigación.

Aunado a esto, como la primera fracción del artículo 324 no toma en consideración el hecho de la concepción, ni fija un plazo mínimo de gestación, la mujer que va a contraer matrimonio puede estar ya embarazada, y el padre de su hijo se presumirá que es el cónyuge con el contrajo nupcias, aunque no lo sea; por lo tanto es importante establecer con congruencia y uniformidad los criterios para presumir la paternidad, porque se estaría dando un estado filial a un hijo a quien no le corresponde tal; además como la presunción se deriva de la conjunción, de la celebración del matrimonio y del cumplimiento de los deberes de cohabitación, fidelidad y débito carnal, no debería de establecerse simplemente la paternidad de un hijo por la sola celebración del matrimonio, ya que la mujer antes de casarse no tiene por qué cumplir con los deberes de cohabitación, fidelidad o débito carnal, ya que todavía no le son impuestos; y en todo caso si se demostrara que la mujer tuvo relaciones sexuales prematrimoniales con el cónyuge que contrajo matrimonio, no bastaría su

demostración porque también se tendría que demostrar que fue el único con quien las tuvo, hecho que no se puede demostrar fehacientemente; porque la mujer soltera no tiene como la casada el deber de cohabitar, ni de observar fidelidad o sostener relaciones sexuales respecto de un determinado hombre;¹¹⁵ y que esto más lo antecedido forman parte del problema que constituyen el objeto de esta investigación.

4.2 RELEVANCIA DE LA CONCEPCIÓN EN LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.

La concepción desde un punto de vista médico se refiere a la fecundación, que es definida como “un fenómeno complejo que consiste en la unión de las gametas femenina y masculina resultando de esta unión la formación de un organismo unicelular: la célula *huevo* o *cigoto*.”¹¹⁶ Concepto médico que nos da una idea con términos médicos de lo que trata el hecho de la concepción, y que colabora a definir desde un punto de vista médico-legal el término de concepción que la ley utiliza para “expresar el momento en que el espermatozoide penetra en el óvulo, es decir, que concepción equivale a óvulo fecundado siendo ese el momento en que comienza la existencia de las personas.”¹¹⁷

La concepción es importante en tanto ayuda a determinar de manera indirecta la paternidad, ya que a través de que la concepción en conjunción con otros elementos de la presunción de paternidad, se puede presumir con base en estos la paternidad; la concepción a su vez se deduce a partir del hecho del nacimiento y de los plazos de gestación, que van entre un mínimo y un máximo que la ley determina en ciento ochenta y trescientos días, y que solo en los

¹¹⁵LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., págs. 117-121, 182-187 y 209-219.

¹¹⁶PATITÓ, José Ángel, *Medicina Legal*, 2ª ed., Ed. Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág. 293.

¹¹⁷*Ibidem*, pág. 294.

primeros ciento veinte días de tales plazos pudo ocurrir la concepción, a lo que la ley denomina como periodo legal de concepción.

Referente a lo anterior nos establece Hernández Rivero que “En realidad, la paternidad se deduce de la cohabitación o en relación con esta, y no con la concepción, al menos formalmente”,¹¹⁸ en atención a lo anterior, surge la duda referente al artículo 324 del Código Civil en su primera fracción que simplemente presupone hijos de los cónyuges a los nacidos de matrimonio, sin que ambos cónyuges tengan, antes de la celebración del matrimonio, que observar deberes conyugales, los cuales surgen con la celebración de este.

Más adelante nos detalla Hernández Rivero, con referencia a la importancia de la concepción y de los deberes conyugales lo siguiente, “Pero lo que determina verdaderamente la paternidad biológica y hoy hasta jurídicamente en algunos casos, es la concepción, es decir, la cohabitación que ha sido fecunda, y no las otras, cuando ha habido varias próximas a la concepción. Biológicamente, no cabe ninguna duda. Jurídicamente, también resulta trascendente la concepción y no la cohabitación, como tal, en aquellos casos en que la paternidad es excluida por pruebas biológicas.”¹¹⁹ Hoy día tales pruebas para determinar la fecha probable de la concepción solo conforman dentro de procedimiento judicial una prueba indirecta sobre la paternidad (prueba de maduración fetal), ya que existen actualmente métodos que con un mínimo de error pueden determinar tal o cual paternidad (pericial en materia genética o prueba del ADN), pero tales probanzas solo son utilizadas dentro de procedimientos judiciales, solo en los juicios que controvertan la paternidad, y no como una forma de establecer la paternidad entre los cónyuges; porque la innovación, la trascendencia en este aspecto del Código Civil del año dos mil, está en admitir contra la presunción de paternidad pruebas provenientes de los avances científicos en los procedimientos judiciales que resuelvan sobre la

¹¹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., pág. 94.

¹¹⁹ *Ídem*.

paternidad controvertida, de brindar al juzgador un medio de prueba contundente y que no deje dudas, además de crear convicción en el ánimo del juez sobre la paternidad, como lo proporciona la pericial en materia molecular o llamada también prueba del ADN.

Por el contrario si para presumir la paternidad en el matrimonio, hiciéramos uso de la pericial en materia molecular (ADN), en principio ya no se trataría de una presunción, si no de la confirmación de la paternidad, caeríamos en un rigorismo legal absoluto de solicitar la comprobación de la paternidad biológica verdadera, a través de la aplicación de la antes mencionada prueba a todo aquel que nazca para verificar su paternidad real, lo cual solo contribuiría a generar un ambiente de desconfianza en las recién formadas familias, lo cual va en contra de los propios valores de la institución y de la sociedad, además probablemente también generaría la desintegración de esta.

Retomando el tema que nos ocupa, la concepción está íntimamente relacionada con el ejercicio del deber del débito carnal, o hablando materialmente, la concepción está relacionada con el hecho de que los cónyuges sostuvieron relaciones sexuales, o como también se le designa, que la concepción está relacionada con la cohabitación; y como ambas suelen ocurrir con poca diferencia en cuanto a tiempo se refiere, al igual que en lo biológico tales acontecimientos no distan mucho en el tiempo; el Derecho suele tener en cuenta a la cohabitación por la concepción, sin embargo ambas van encaminadas a crear en la sociedad una homogeneidad en cuanto a establecer un criterio de índole legal para presumir la paternidad; y posteriormente de crear en la sociedad, en el cónyuge varón la convicción a través de elementos como la celebración del matrimonio, de ejercer los deberes de cohabitación, fidelidad y débito carnal, y de observar los plazos de gestación, que el hijo que pasa por suyo es verdaderamente su hijo, evitando en principio imputaciones falsas de paternidad, y evitar la duda en el cónyuge varón sobre su paternidad, a partir de

brindarle elementos que a él y a la ley les hagan presuponerla, y que finalmente repercuta en brindar seguridad jurídica a los hijos.

El Código Civil del Distrito Federal artículos más adelante hace una referencia al hecho de la concepción, al establecer en el artículo 326 primer párrafo lo siguiente; “El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.”, como se deduce de la redacción de este artículo se contempla la posibilidad de impugnar la paternidad del cónyuge varón demostrando que no tuvo relaciones sexuales con su cónyuge, dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento; lapso de tiempo en el cual la ley presupone que pudo acontecer que los cónyuges sostuvieron relaciones sexuales fecundas, que dieron origen a la concepción; y auxiliándose en los plazos mínimo y máximo de la gestación es que la ley infiere que solo la concepción puede tener cabida en los primeros ciento veinte días de la gestación, ya que establece trescientos días como el termino máximo que puede durar la gestación (embarazo), y restando a este término los ciento veinte días anteriores que impone la ley, da como resultado ciento ochenta días, que es el termino mínimo que puede durar la gestación; sin que en ninguno de los dos casos, alguno de los implicados corra peligro en su salud.

Por lo cual el código civil no contempla dentro de la legislación un criterio uniforme, porque establece como una posibilidad para desconocer la paternidad, la falta de participación del cónyuge varón en la concepción, sin embargo no considera importante para establecer la paternidad el hecho de la concepción, como anteriormente era considerada por el artículo 324 del Código Civil de 1928 que se transcribe a continuación.

“Artículo 324 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 esta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contara en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”¹²⁰

Y en palabras de Acosta Romero, que considera que la fracción primera de este artículo “se refiere a la época del nacimiento para fijar el carácter de la filiación es decir, *después* de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, porque puede acontecer que, realizado el matrimonio los cónyuges se separen antes de cualquier convivencia, de cualquier relación sexual.”¹²¹

Caso contrario que podría ocurrir al cobijo de la fracción primera del artículo 324 del Código Civil vigente, que al no tomar en cuenta la concepción ni establecer un plazo mínimo para determinar la paternidad, un individuo podría casarse con una mujer embarazada, sin que este tuviera conocimiento de tal circunstancia y sin que hubiera sostenido relaciones sexuales prematrimoniales con la mujer; y que muriera en un accidente fatal cuando se disponía a comenzar su viaje de bodas, sin haber sostenido relaciones sexuales con su actual cónyuge, el hijo que naciera se le imputaría al esposo de la madre, alejando esta que el nacimiento ocurrió durante el matrimonio.¹²²

Por otra parte el Código Civil vigente determina la duración de la gestación, a través de un sistema mixto o legal atenuado, por lo menos en lo que se refiere a la segunda fracción del artículo 324, porque toma como regla general tanto el plazo máximo de la gestación, como el mínimo, además de determinar un periodo legal de concepción, que consiste en establecer la concepción en el plazo de los ciento veinte días de los trescientos que preceden

¹²⁰MUÑOZ, Luis y Salvador, ZAVALETA CASTRO, *Comentarios al Código Civil*, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983, pág. 328.

¹²¹ACOSTA ROMERO, Miguel; et al., *Código Civil para el Distrito Federal. Comentarios, Doctrina y Jurisprudencia*, V. I. Libro Primero, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, págs. 335-339.

¹²²LÓPEZ FAUGIER, Irene. op. cit., págs. 120 y 121.

al nacimiento; además admite que la presunción de paternidad tiene un valor relativo, y permite que la paternidad controvertida sea corroborada mediante pruebas biológicas y en concreto por la prueba pericial en materia molecular (ADN).¹²³

La importancia de la concepción también deviene del complemento que hace con los plazos mínimo y máximo de la gestación, ya que contribuyen en gran medida a presumir la fecha de esta y de tener mayor grado de certeza sobre la imputación de la paternidad; por lo cual la ley considera que para conocer el momento de la concepción, se debe partir del hecho conocido del nacimiento y entonces aplicar a este, sea el caso que corresponda, el plazo mínimo o máximo de la gestación.

Los plazos tanto mínimo como máximo de la gestación y que están inmersos en la mayoría de las presunciones de paternidad, contribuyen a presumir la fecha probable de la concepción. Tales términos fueron propuestos desde la antigua sociedad romana por Hipócrates, quien preciso que “si el niño hace su primer movimiento a los 70 días de la concepción, nace a los 210, y si es a los 90, nace a los 270 días, cifras que no eran exactas y que podían variar un poco más o en menos”,¹²⁴ ya en la época clásica de los juristas romanos los plazos se fijaron, en diez meses el plazo máximo y el nacimiento en el séptimo mes como el plazo mínimo; en la edad media predomina el criterio sostenido por los romanos, estableciendo que la gestación no dura menos de siete meses ni más de treinta y nueve semanas y un día; posteriormente en los trabajos preparatorios del Código de Napoleón, se consultó al médico Fourcroy, respecto de los plazos de la gestación, el cual concluyó con la “fijación de 186 días para los nacimientos acelerados y de 286 días para los nacimientos

¹²³RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit., pág. 98.

¹²⁴*Ibidem*, pág. 100.

tardíos”,¹²⁵ sin embargo al entonces Cónsul Napoleón le parecieron rigurosos los plazos propuestos por Fourcroy, y los modifico dejando establecido como plazo mínimo el de ciento ochenta días y como máximo el de trescientos, que equivalían a seis y diez meses exactos del entonces calendario republicano; y dada la influencia del Código de Napoleón, tales plazos se ven reflejados en la legislación civil mexicana anterior al Código Civil del año dos mil, porque después de la creación de este fueron modificados por el legislador, y ahora solo de manera expresa hace referencia al plazo máximo de la gestación y de manera implícita al plazo mínimo.

Aunado a lo anterior diversos estudios de medicina corroboraban la razón de ser de tales plazos, por mencionar algunos, lo que establece Silva Silva, que señala que no existe un acuerdo entre ginecólogos y médicos en general para fijar un plazo preciso de la gestación, empero para algunos es de 260 días y para otros de 280 días y hasta 300 días.¹²⁶

En el mismo sentido Romo Pizarro sostiene “que dentro de circunstancias normales promedios, el plazo normal de término del periodo de embarazo de la mujer es de 271-272 días, contados desde la fecundación de la misma. De ahí que nuestro legislador civil, según hemos comentado, haya establecido un lapso que va de los 180 a los 300 días desde la concepción; atendiendo, seguramente, a que el feto es viable a contar, aproximadamente, desde los 180 días en adelante.”¹²⁷ Sin embargo como lo mencione ahora solo el código civil acoge uno solo de esos plazos.

Aunado a lo anterior la moderna obstetricia sigue considerando que hoy día los plazos que se citan no han cambiado mucho, en cuanto a un parto normal se refiere, ya que la mayoría de las legislaciones del país siguen

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 109.

¹²⁶ SILVA SILVA, Hernán, *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, T. I, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1991, pág.121 y 122.

¹²⁷ ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Medicina Legal. Elementos de Ciencias Forenses*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1992, pág. 216.

utilizando los mismos plazos en cuanto se refiere a determinar el momento de la concepción.

Finalmente tanto la concepción como los plazos de gestación, contribuyen a evitar imputaciones falsas de paternidad, y a brindar mayor seguridad jurídica a los hijos; porque estoy convencido que solo del conjunto de todos los elementos o presupuestos que constituyen la presunción de paternidad, esta puede tener mayor grado de eficacia, sin que por ello se constituya en una verdad absoluta e irrefutable (como hoy día no lo es); además de que en primer lugar partiendo de la propia naturaleza jurídica de la presunción (que parte de un hecho conocido, para averiguar la verdad de otro desconocido), la de paternidad debe partir del hecho cierto del parto, enseguida se presume la fecha durante el cual fue concebido el descendiente, la cual debe de distar del nacimiento no menos de ciento ochenta días y no más de trescientos; después, que la concepción debió de ocurrir en el tiempo legal de concepción o que es lo mismo durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que antecedieron al nacimiento, y que necesariamente la madre sostuvo relaciones sexuales con un hombre y que tal hombre fue el marido, en atención a los deberes de cohabitación y fidelidad, por lo cual se presume que los maridos son los padres de los descendientes que sus mujeres dieron a luz. Tal y como sostiene Parra Benítez “El fundamento de esta presunción es claro. La ley impone a las mujeres casadas la obligación de fidelidad; en virtud de tal obligación solo pueden cohabitar con sus maridos. Debe observarse que la ley no solo se limita a imponer una obligación, sino que, además, presupone que el obligado la cumple.”¹²⁸ Sin embargo la primera fracción del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal simplemente impone la paternidad, sin que la concepción tenga una influencia decisiva, ya que no importa que el descendiente sea concebido antes de la celebración del matrimonio, la fracción solo exige que el nacimiento ocurra durante su vigencia, sin considerar tampoco

¹²⁸PARRA BENÍTEZ, Jorge, *La Filiación en Derecho de Familia*, Ed. Leyer, Colombia, 2008, pág. 101.

que la mujer antes de que contraiga matrimonio no tiene por qué observar los deberes de cohabitación y fidelidad respecto a un solo hombre, ya que estos deberes conyugales surgen con la celebración del matrimonio.

4.3 PROPUESTA PARA ESTABLECER REQUISITOS DE APLICACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.

En relación con todo lo anterior expuesto, ahora podemos proponer cuáles son los presupuestos o requisitos que convendrían ser exigidos por el Código Civil del Distrito Federal para la aplicación de la presunción de paternidad; consideraciones y motivos que se deben de tomar en cuenta para reformar el artículo 324 del código en mención, y que además considero que en virtud de los elementos que mencionare, la presunción de paternidad tendrá mayor eficacia en cuanto a determinar la paternidad dentro de la institución del matrimonio, y brindar mayor seguridad jurídica a los hijos.

En primer lugar se debe de establecer en el artículo 324 que solo se trata de una sola presunción, y no de dos, tal como se deduce de la redacción actual del artículo en mención, porque no se presume la paternidad y la maternidad, si no solo la paternidad, por lo cual debería comenzar la redacción del artículo, estableciendo que se presumen hijos del cónyuge varón, e inmediatamente después las fracciones que contengan la presunción.

Establecer una presunción que no solo imponga la paternidad en razón del matrimonio, sino que con fundamento en elementos que surgen de la propia naturaleza de la presunción de paternidad, pueda presumirse tal, y solo cuando se reúnan tales presupuestos o requisitos se impute la paternidad.

El Código Civil del Distrito Federal debe contemplar criterios uniformes en cuanto a presumir la paternidad, para crear de esta manera en la sociedad, en los padres, la convicción sobre su paternidad, criterios en caminados a crear en la sociedad una conciencia sobre la paternidad responsable.

Por otro lado contribuyen estos presupuestos a reforzar las bases del matrimonio, contribuyen a establecer en la sociedad un medio para determinar la paternidad sin recurrir a la necesidad de la comprobación; pero aportando elementos que en su conjunto eleven las probabilidades de acierto y disminuyan al mínimo los errores en cuanto a la imputación de paternidad, derivada de la aplicación de la presunción de paternidad, con la finalidad de no crear dudas sobre esta, lo cual solo motivaría que se interpusieran en los tribunales familiares más juicios tendientes a demostrar o desvirtuar tal vínculo.

Asimismo deben de contemplarse criterios uniformes y sistematizados en ambas fracciones del artículo que contempla la presunción de paternidad, se deben de establecer los mismos requisitos de aplicación para presumir la paternidad en toda la redacción del artículo 324, tomando en consideración tanto los plazos de gestación, como el hecho de la concepción.

Que la paternidad sea presumida con base a una verdadera presunción, con base en elementos que deriven del matrimonio, en específico del cumplimiento de los deberes de cohabitación, debito carnal y fidelidad, de la concepción, que se determina a su vez con los plazos de gestación, requisitos que hacen elevar la eficacia de la presunción de paternidad.

Como requisitos, elementos o presupuestos de la presunción de paternidad, que deben de observarse en ambas fracciones del artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal, debemos considerar los siguientes:

1.- La presunción solo debe ser enfocada a la paternidad y no a la maternidad.

2.- Debe de existir un matrimonio valido, que es aquel que reúna todos los requisitos para la celebración del mismo, o tratarse de un matrimonio putativo, en cuanto a los efectos jurídicos que se extienden a los descendientes.

3.- Respecto del matrimonio deben de observarse de este, los deberes de cohabitación, fidelidad y débito carnal, mismos que solo son exigibles entre los cónyuges hasta después de la celebración del matrimonio.

4.- Se debe fijar un plazo mínimo, el cual después de que tal plazo culmine tenga suceso el hecho del nacimiento y no antes, y con fundamento en los estudios realizados por la obstetricia moderna, el plazo mínimo de gestación es el que se comprende, como lo establece Robert M. Kliegman el límite de la viabilidad está entre las 22 y 25 semanas de gestación¹²⁹(entre 154 y 175 días), o como lo señala Lagman Sadler que entre el quinto y séptimo mes, cuando se lleva a cabo el desarrollo de los pulmones que permite la respiración del recién nacido prematuro¹³⁰(entre 150 y 210 días). Y podríamos seguir citando ilustres maestros de la medicina moderna y la mayoría coincidiría en cuanto al plazo mínimo de gestación, por lo cual podemos considerar que actualmente el plazo mínimo de gestación de 180 días, en el cual sin ayuda médica puede sobrevivir y ser viable un ser humano que es acogida por la mayoría de las legislaciones tanto nacionales como internacionales, es vigente y factible de aplicarse.

5.- Se debe fijar un plazo máximo, dentro del cual deba acontecer el hecho del nacimiento y no después; por considerar también la obstetricia moderna que el plazo máximo de la gestación es el que se comprende, como lo señala Roberto Ahued dentro de las 38 y 40 semanas¹³¹(entre 266 y 280 días), así mismo Salvador Martínez, considera que la duración aproximada de la gestación corresponde a 9 meses ordinarios o a 10 meses lunares (280 a 285 días).¹³²Por lo que estoy de acuerdo con lo que nuestro código civil determina como plazo máximo de gestación en 300 días, tiempo máximo que puede estar

¹²⁹KLIEGMAN, Robert M., *et al.*, *Nelson. Tratado de Pediatría*, 18ª ed., V. I, Ed. El Servier, España, 2009, págs. 671-675.

¹³⁰LAGMAN, Sadler, *Embriología Medica con Orientación Clínica*, 10ª ed., Ed. Medica Panamericana, Buenos Aires, Argentina, 2007, págs. 205-209.

¹³¹AHUED AHUED, J. Roberto, *et al.*, *Ginecología y Obstetricia Aplicadas*, 2ª ed., Ed. El Manual Moderno S.A. de C.V., México, 2003, págs. 353-359.

¹³²MARTÍNEZ MURILLO, Salvador y Luis, SALDIVAR S., *Medicina Legal*, 18ª ed. Ed. Méndez Editores, México, 2009, pág. 265.

un ser humano dentro del vientre de la madre sin que corran riesgo de perder la vida, con lo cual nuestra legislación va más allá de lo que determina la medicina en un afán de salvaguardar el interés superior del menor.

6.- Los plazos mínimo y máximo de gestación que se establecen, se utilizarán para determinar y presumir la fecha probable en la que pudo ocurrir la concepción del o los descendientes, que se obtiene a partir de la fecha del nacimiento restándole el plazo mínimo de la gestación, por lo cual la concepción debió de realizarse dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que le preceden al nacimiento; tal plazo de ciento veinte días resultante configurara lo que el Derecho a denominado el periodo legal de concepción, por lo cual el hecho de la concepción debe tener lugar dentro de ese plazo de ciento veinte días.

Con fundamento en los presupuestos anteriores, la presunción de paternidad deberá quedar redactada de la siguiente manera.

“Artículo 324: Se presumen hijos del cónyuge varón, salvo prueba en contrario:

I.- Los hijos que nazcan ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio y,

II.- Los hijos que nazcan dentro de los trescientos días después de la disolución del matrimonio, sea está por causa de muerte, divorcio o nulidad, plazo que empezara a contarse desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial ó de que se pueda acreditar dicha separación”

Propuesta del artículo 324 sobre la presunción de paternidad que contempla de manera uniforme un criterio para atribuir la paternidad, al establecer tanto un plazo mínimo de gestación de ciento ochenta días al contraer matrimonio, en razón del cumplimiento de cohabitación, fidelidad y débito carnal que se deben los cónyuges y que nacen con la celebración de este y que antes no son exigibles a ninguno de ellos.

Un plazo máximo de gestación de trescientos días para presumir la paternidad en razón de la actualización de la hipótesis de disolución del matrimonio por las causas enunciadas muerte, divorcio o nulidad.

Que presupone solo la paternidad y no la maternidad de uno de los cónyuges, en específico del cónyuge varón, ya que como hemos mencionado la presunción solo opera en razón de la paternidad y no de la maternidad, por ser este un hecho de fácil comprobación.

Que contempla además en ambas fracciones y considera de importancia el momento de la concepción, para imputar la paternidad del cónyuge varón, con lo cual podemos establecer que estamos hablando formalmente de una presunción sobre la paternidad en ambas fracciones del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, y no de una imposición sobre la paternidad en la primera y una presunción en la segunda fracción del artículo citado, brindando una mayor seguridad jurídica a los hijos.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Que la presunción de paternidad establecida por los romanos, ha contribuido en diversos sistemas jurídicos desde su creación, a imputar la paternidad dentro de la institución del matrimonio, en las cuales ha sido aplicado en función de los mismos presupuestos o requisitos, y que actualmente tal presunción sigue contribuyendo a determinar la paternidad en el matrimonio, en el sistema jurídico mexicano.

SEGUNDA. Que después de la caída del Imperio Romano y la posterior creación del Código de Napoleón, y gracia a la influencia que tuvo en nuestro sistema jurídico, fue recogida la presunción de paternidad en los distintos Códigos civiles y familiares del territorio nacional, configurándose de los mismos elementos en la mayoría de ellos.

TERCERA. Que la determinación de la paternidad es de suma importancia porque de ella se derivan otras instituciones como la filiación y la patria potestad, lo cual a su vez se ve reflejado en la creación de diversos derechos relacionados con estas, como los alimentos, los derechos sucesorios; o derivan en prohibiciones como las establecidas para contraer matrimonio; y en ocasiones constitutivas de delitos como el abandono.

La presunción de paternidad siempre ha jugado un papel muy importante en la sociedad mexicana, al ser la primera forma contemplada por la ley, para presumir e imputar, en un primer momento, la paternidad del cónyuge varón dentro de la institución del matrimonio, y que finalmente tiene por objeto el establecer la filiación de los hijos nacidos de matrimonio.

CUARTA. La presunción de paternidad sigue siendo utilizado por la ley para imputar y establecer en un principio la paternidad, y que también sigue teniendo o contemplando los mismos requisitos o presupuestos para ese mismo efecto, la existencia de un matrimonio, la observancia de los deberes de cohabitación, fidelidad y débito carnal, los plazos mínimo y máximo de gestación para presumir la fecha aproximada de la concepción y establecer así la paternidad.

QUINTA. Que la presunción de paternidad se estableció por la ley para determinar la paternidad del cónyuge varón con base en los presupuestos establecidos por la misma ley, y no para presumir la maternidad, que es un hecho factible de comprobarse fácilmente, en razón de todas las personas que intervienen en la consecución de tal acontecimiento del embarazo y por el mismo parto.

Por lo cual proponemos que el artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal en vez de establecer que “Se presumen hijos de los cónyuges...”, cuente con la redacción propuesta.

“Artículo 324: Se presumen hijos del cónyuge varón, salvo prueba en contrario:...”

SEXTA. Que solo del conjunto y funcionamiento de todos los presupuesto de la presunción de paternidad se puede hablar formalmente de una presunción, y que el actual artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal que contempla como una presunción su primera fracción, no es tal, no es una presunción formalmente, porque solo imputa la paternidad en función de un único elemento que es el matrimonio.

SÉPTIMA. Que antes de celebrar el matrimonio los cónyuges no se deben entre ellos deberes de cohabitación, fidelidad y débito carnal, y que todos los deberes enunciados son creados, se generan y son exigibles en la medida de lo posible a partir de la celebración del matrimonio y no antes.

Y que aun demostrando que la mujer sostuvo relaciones sexuales con su futuro cónyuge, no es suficiente, porque nos veríamos en la obligación de demostrar que fue el único con quien las sostuvo; y que la mujer soltera no tiene el deber de observar fidelidad a un hombre cierto, como si lo tiene la mujer casada.

OCTAVA. Que la presunción de paternidad, como tal es una presunción de naturaleza *iuri tamtum* por admitir prueba en contrario, que parte de hechos conocidos para llegar a conocer otros hechos desconocidos, lo que configura formalmente una presunción, y que con base en elementos como el matrimonio, los deberes que surgen del matrimonio, los plazos de gestación y el momento de la concepción, se puede presumir la paternidad del cónyuge varón, lo que configura formalmente la presunción de paternidad.

Actualmente lo que el artículo 324 no establece en su primera fracción, ya que presume la paternidad en función del matrimonio solamente, estableciendo que se presume que los cónyuges son los padres de sus hijos, porque lo que motivo la celebración del matrimonio fue el embarazo.

NOVENA. Que es congruente reformar el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal que regula la presunción de paternidad, porque no contempla dentro de su redacción una uniformidad de criterios para regularla, ya que en su primera fracción no considera importante el momento de la concepción, ni el plazo mínimo de gestación para presumir la paternidad al comienzo del matrimonio; y cambiando el criterio en su segunda fracción para presumir la paternidad cuando se disuelva el matrimonio por muerte, divorcio o nulidad, la cual se apoya en el plazo máximo de gestación para establecer la fecha probable de la concepción, por lo cual en esta fracción considera importante el momento de la concepción y plazos de gestación, estableciendo así criterios carentes de uniformidad y contradictorios.

DÉCIMA. Que los plazos mínimo y máximo de la gestación siguen siendo establecidos por el Derecho y respaldado por estudiosos de la medicina obstétrica, en ciento ochenta días el plazo mínimo y trescientos días el plazo máximo, y que sean seguido utilizado desde su determinación por los romanos y hasta hoy por los códigos civiles y familiares no solo de la república sino de otros países para determinar la fecha aproximada de la concepción y finalmente para presumir la paternidad, en función de las relaciones sexuales que sostuvieron los cónyuges dentro del plazo legal de la concepción, que a su vez es determinada por los plazos de gestación, que lo contemplan dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento.

DÉCIMO PRIMERA. Que en función de los plazos de gestación y en observación al principio de uniformidad de la ley civil, las fracciones del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal deben de tener la redacción propuesta, quedando de la manera siguiente:

I.- Los hijos que nazcan ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio y,

II.- Los hijos que nazcan dentro de los trescientos días después de la disolución del matrimonio, sea está por causa de muerte, divorcio o nulidad, plazo que empezara a contarse desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial ó de que se pueda acreditar dicha separación.”

DÉCIMO SEGUNDA. Que aunque actualmente y gracias a los avances de la ciencia médica y la tecnología, y en especial de la medicina molecular, a través de la realización del examen del Ácido Desoxirribonucleico o ADN se puede determinar la paternidad con un margen de error mínimo, la sociedad sigue utilizando las presunciones para imputar la paternidad, en razón de que la familia encuentra sus bases en las relaciones derivadas de la confianza, el amor, la verdad, la asistencia, entre otras más, promoviendo así a criar individuos que serán útiles para la sociedad; bases que se desestabilizarían por la realización del examen del ADN.

DÉCIMO TERCERA. Que la realización de la prueba del Ácido Desoxirribonucleico, solo debe ser utilizada para determinar la paternidad controvertida dentro del foro judicial, en los tribunales familiares, en los juicios sobre la paternidad y no como un medio para establecer la paternidad de todas las personas de manera cotidiana.

Además de que actualmente no es posible llevar a cabo tal supuesto hipotético, porque no existe la infraestructura para llevar a cabo tantas pruebas de ADN, como niños nazcan en el territorio nacional, ni personas que lo paguen; ya que la prueba aun hoy con el precio mucho menor de lo que anteriormente costaba, no es barata, y que la efectividad de tal prueba depende de la calidad de los reactivos que se utilicen al desarrollarla, además de la técnica de la persona que la realizase, y que dichos reactivos no son tampoco baratos y mucho menos los de mejor calidad, por lo cual no se podría realizar tampoco tantas pruebas por parte del Gobierno por medio de su Secretaria de Salud, porque tal dependencia no podría realizar tantas pruebas, por el gasto que representaría y por la falta de insumos y personal capacitado para llevarlas a cabo.

DÉCIMO CUARTA. Que la realización de tal prueba de ADN actualmente en los juicios sobre la paternidad controvertida; al solicitar la realización de tal probanza a las instituciones públicas, como lo son la Secretaria de Salud, el Hospital la Raza, la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o el Servicio Médico Forense, por conducto de sus peritos, es una realidad que al diligenciar tal oficio solicitado al juez de la causa y otorgado por este, tales instituciones públicas respondan a tal pedimento, que en estos momentos no cuentan con el personal o los reactivos suficientes para realizar tal prueba, a lo cual solo queda a las partes o sufragar el gasto del peritaje o volver a solicitar la realización de la prueba y esperar a que por fin se logre realizar.

DÉCIMO QUINTA. Que actualmente a pesar de que la presunción de paternidad no cuenta con el valor probatorio con el que contaba anteriormente dentro de los juicios de paternidad controvertida, por ser más idónea para resolver esta, llevar a cabo la realización de la prueba en materia genética o ADN, hoy día sí configura el margen para determinar en la sociedad y crear en el ánimo del cónyuge varón la responsabilidad sobre su propia paternidad, con base en todo un mecanismo que toma factores de la vida matrimonial, como el deber de cohabitación, fidelidad y débito carnal, y de hechos de la naturaleza como la concepción, los plazos mínimo y máximo de la gestación, el parto; para presumir la paternidad, sin la necesidad de recurrir a métodos científicos.

DÉCIMO SEXTA. Que la presunción de paternidad es una figura jurídica vigente y aplicable para imputar la paternidad, en el caso de esta investigación a partir del matrimonio, que además ayuda a reforzar tanto a la institución de la filiación, al no establecer falsas imputaciones de paternidad, como al de la familia y la del matrimonio, que como ya se menciona encuentran sus bases en los valores de confianza, respeto, fidelidad, asistencia y en el sentimiento del amor entre los miembros, y que una presunción de paternidad establecida por la ley que contemple, de manera congruente y uniforme, los mismos presupuestos para imputar la paternidad genera mayor seguridad jurídica sobre su filiación a los hijos.

BIBLIOGRAFÍA.

I. DOCTRINA

ACOSTA ROMERO, Miguel; et al., Código Civil para el Distrito Federal. Comentarios, Doctrina y Jurisprudencia, V. I. Libro Primero, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998.

AHUED AHUED, J. Roberto, et al., Ginecología y Obstetricia Aplicadas, 2ª ed., Ed. El Manual Moderno S.A. de C.V., México, 2003.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo, Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones, 3ª ed., 6ª reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1998.

ARIAS RAMOS, J. y J.A., ARIAS BONET, Derecho Romano II Obligaciones, Familia, Sucesiones, 18ª ed., 3ª reimpresión, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1991.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., Matrimonio. Compromiso Jurídico de Vida Conyugal, Ed. Limusa, México, 1990.

CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, Derecho de Familia y Sucesorio. Curso de Derecho Civil IV, Ed. Porrúa, México, 2009.

CICU, Antonio, Trad. Por Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Tejeiro, La filiación, Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1930.

DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso, Instituciones de Derecho Civil, T.II, Ed. Civitas S. A., Madrid, España, 1988.

DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción- Personas-Familia, V.I, 23ª ed., Ed. Porrúa, México, 2004.

DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1996.

FORNÉS, Juan, *Derecho Matrimonial Canónico*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1990.

GARCÍA SIMERMAN, Josefina, *Derecho Familiar. Antología*, Ed. UNAM, Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, División Universidad Abierta, México, 1996.

GÓMEZ FRÖDE, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, 2° ed., Ed. Porrúa, México, 2010.

GONZÁLEZ, Raúl y Campos, SALAS, *La presunción en la valoración de las pruebas*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, TSJDF. México, 2003.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana, ROIG CANAL, *Nuevo Derecho Familiar, en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. (Correlacionado, comparado y comentado artículo 1° al 746 Bis)*, Ed. Porrúa, México, 2003.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, Ed. Porrúa, México, 2004.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, Ed. Porrúa, México, 2005.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 7° ed., Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, 1982.

KLIEGMAN, Robert M., *et al.*, *Nelson. Tratado de Pediatría*, 18ª ed., V. I, Ed. El Servier, España, 2009.

LAGMAN, Sadler, *Embriología Medica con Orientación Clínica*, 10ª ed., Ed. Medica Panamericana, Buenos Aires, Argentina, 2007.

LLOVERAS, Nora, *Patria Potestad y Filiación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Derecho de Familia*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1984.

LÓPEZ FAUGIER, Irene, *La Prueba Científica de la Filiación*, Ed. Porrúa, México, 2005.

MARTÍNEZ MURILLO, Salvador y Luis, SALDIVAR S., *Medicina Legal*, 18ª ed. Ed. Méndez Editores, México, 2009.

MÉNDEZ COSTA, María Josefa y Daniel Hugo, D'ANTONIO, *Derecho de Familia*, T. II, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001.

MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio, *El Derecho Precolonial*, 6º ed., Ed. Porrúa S.A., México, 1992.

MUÑOZ, Luis y Salvador, ZAVALETA CASTRO, *Comentarios al Código Civil*, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983.

ORTIZ DE ROZAS, Abel Fleitas y Eduardo, G. ROVEDA, *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Lexis, Buenos Aires, Argentina, 2004.

PARRA BENÍTEZ, Jorge, *La Filiación en Derecho de Familia*, Ed. Leyer, Colombia, 2008.

PATITÓ, José Ángel, *Medicina Legal*, 2ª ed., Ed. Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, Argentina, 2001.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La presunción de paternidad legítima. Estudio de derecho comparado y Derecho Español*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1971.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Introducción. Personas y Familia*, 39ª ed., Ed. Porrúa, México, 2008.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*, T. II, 11° ed., Ed. Porrúa, México, 2006.

ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Medicina Legal. Elementos de Ciencias Forenses*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1992.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando (coord.) Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, *Código de Napoleón Bicentenario*, Ed. Porrúa, México, 2005.

SILVA SILVA, Hernán, *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, T. I, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1991.

SOLÍS PONTÓN, Leticia (coord.) *La Familia en la Ciudad de México. Presente, pasado y devenir*, Ed. ACPEINAC, Departamento del Distrito Federal Delegación Álvaro Obregón, Miguel Ángel Porrúa, México, 1997.

TORRES ESTRADA, Alejandro, *El Proceso Ordinario Civil*, 3ª reimpresión, Ed. Oxford, México, 2006.

VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado*, 13ª ed., Ed. Porrúa S. A., México, 1996.

ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil, Derecho de Familia*, T. II, 2° ed., 2° reimpresión, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.

II. LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política para el Estado de Hidalgo.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Zacatecas.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Zacatecas.

Código Procesal Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

Decreto número 237. Publicado el 10 de Mayo de 1986 en el Suplemento al Periódico Oficial número 38, que contiene el Código Familiar del Estado de Zacatecas.

III. DICCIONARIO.

Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, T. I y II, ed. 21°, Ed. Espasa Calpe S.A. Madrid, España, 2000.

IV. FUENTES ELECTRÓNICAS.

ALDAZ, Phenélope y Geovana, ROYACELLI, Proponen cambiar el orden de los apellidos, El Universal, México, 3 de diciembre de 2010,

JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, Evolución de la patria potestad en el derecho mexicano a partir del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 a la actualidad.

Delegación Miguel Hidalgo.